

THESE DE DOCTORAT DE DROIT

L'UNIVERSITE DE RENNES 1

ECOLE DOCTORALE N° 599
Droit et Sciences politiques
Spécialité : *Droit privé*

Par

Isaure de Romand-Gerbault

« Les principes en droit de la famille »

Thèse présentée et soutenue à l'Université Rennes, le 22 décembre 2023

IODE (UMR CNRS 6262)

Rapporteurs avant soutenance :

Gilles RAOUL-CORMEIL Professeur, Université de Caen
Aude MIRKOVIC Maître de conférences HDR, Université d'Évry

Composition du Jury :

Président : Gilles RAOUL-CORMEIL Professeur, Université de Caen
Examinateurs : Jean-René BINET Professeur à l'Université de Rennes
Marie GAYET Maître de conférences, Université de Rennes

Dir. de thèse : Jean-René Binet Professeur à l'Université Rennes 1

REMERCIEMENTS

En premier lieu, je tiens à remercier mon directeur de thèse dont la patience et la confiance ont permis à ce travail de recherche d'aboutir. Les solutions trouvées pour pallier à l'éloignement et aux sollicitations familiales m'ont permis de tenir cette longue distance.

Mes remerciements s'adressent aussi aux membres du jury qui ont bien voulu accepter la tâche d'évaluer les résultats de ma recherche : Professeur Gilles Raoul-Cormeil, Madame Aude Mirkovic et Madame Marie Gayet.

Je remercie ma famille pour leur soutien. En particulier ma mère qui a consacré du temps dans la relecture de mon travail, mon mari pour ses précieux encouragements et mes trois enfants qui m'aident à me concentrer sur l'essentiel et qui font ma fierté.

À toutes les personnes qui y ont cru bien plus souvent que moi.

SOMMAIRE

Introduction

Partie 1 – L’existence des principes en droit de la famille

Titre 1 – Les principes directeurs du droit de la famille

 Chapitre 1. Les principes vertueux du droit de la famille

 Section 1. Le principe de dignité

 Section 2. Le principe d’égalité

 Section 3. Le principe de solidarité

 Chapitre 2. Les principes structurels de la famille

 Section 1. Le principe de monogamie

 Section 2. Le principe d’exogamie

Titre 2 – Les principes topiques du droit de la famille

 Chapitre 1 : Les principes visés de droit de la famille

 Section 1. Le principe des souvenirs de famille

 Section 2. Les principes attachés au nom de famille

 Chapitre 2. Les principes visés ayant une résonnance dans le droit de la famille

 Section 1. Les principes à caractère extrapatrimonial substantiel à la famille

 Section 2. Les principes substantiels à la famille ayant un caractère patrimonial

Partie 2 – L’étude normative des principes de droit de la famille

Titre 1 – La valeur normative des principes de droit de la famille

 Chapitre 1. L’autonomie des principes de droit de la famille

 Section préliminaire. Le cas particulier des principes directeurs

 Section 1. L’indépendance des principes du droit de la famille face aux sources du droit

 Section 2. Les principes comme source autonome du droit de la famille

 Chapitre 2. La force obligatoire des principes de droit de la famille

 Section 1. La recherche de la place des principes au sein de la pyramide des normes

Section 2. Une nouvelle vision de la hiérarchie des principes de droit de la famille

Titre 2 Effectivité des principes en droit de la famille

Chapitre 1. La délicate application des principes

Section 1. L'effectivité dépendante de la nature de l'application des principes

Section 2. L'impact sur les principes de l'application de normes extérieures au droit de la famille

Chapitre 2. La délicate applicabilité des principes

Section 1. Les conséquences des mutations familiales sur les principes

Section 2. Les conséquences de la mutation sociale sur les principes

PRINCIPALES ABRÉVATIONS

AJ fam.	Actualité juridique famille.
Ass. plén.	Assemblée plénière.
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles).
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle).
Cass.	Cour de cassation.
CCE	Communication commerce électronique.
CE	Conseil d'État.
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme.
Chron.	Chronique.
Civ. 1 ^{ère}	Première Chambre civile de la Cour de cassation.
Civ. 2 ^{ème}	Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation.
Civ. 3 ^{ème}	Troisième chambre civile de la Cour de cassation.
Coll.	Collection.
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation.
Comm.	Commentaire.
Cons. const.	Conseil constitutionnel.
D.	Dalloz.
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois.
DH	Dalloz hebdomadaire.
DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.
DP	Revue générale de droit.
Dr. & patr.	Droit et patrimoine.
Dr. fam.	Revue de droit de la famille.
Dr. soc.	Revue de droit social.
Ed.	Édition.
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.
IR	Informations rapides (recueil Dalloz).
J-Cl civil	Juris-classeur Civil
JCP G	Juris-classeur périodique (semaine juridique), édition générale.
JCP N	Juris-classeur (semaine juridique), édition notariale.
JDJ	Revue journal du droit des jeunes.
JO	Journal Officiel.
L.	Loi.
Legicom	Revue legicom.
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence.
LPA	Les petites affiches.

Mél.	Mélange.
Ord.	Ordonnance.
Préf.	Préface.
Rapp.	Rapport.
RCA	Responsabilité civile et assurance.
RDC	Revue des contrats.
RDI	Revue de droit immobilier.
RDSS	Revue de droit sanitaire et sociale.
Req.	Requête.
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé.
Rev. trim. dr. civ.	Revue trimestrielle de droit civil.
RGDA	Revue générale du droit des assurances.
RIDC	Revue internationale de droit comparé.
RJPF	Revue juridique personne et famille.
RRJ	Revue de la recherche juridique.
RSC	Revue de sciences criminelles.
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil.
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial.
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation.
ss.	Sous.
T.	Tribunal.
t.	Tome.
TGI	Tribunal de grande instance.
Trad.	Traduction.
V.	Voir.
Vol.	Volume.

Bien des gens veulent la conséquence sans songer au principe, et prétendre cueillir les fruits sans prendre soin de l'arbre.¹

Introduction

I- Définition de la famille

1. Définition juridique de la famille. - « *Les vraies familles font du bien, au jour le jour, sans bruit, par une influence insensible et d'autant plus profonde. Elles nous sanctifient par la joie et par l'affliction ; elles pulvérissent peu à peu notre égoïsme ; elles mettent du devoir dans tous nos sentiments et de la douceur dans tous nos devoirs. A qui n'a pas eu de vraie famille, il manquera toujours quelque chose* »². Mais qu'est-ce qu'une vraie famille ? Existe-t-il seulement de fausses familles ? Car en effet, si la famille doit être définie, tout juriste évoquera les liens de parenté et d'alliance juridiquement reconnus. Par exemple, « *La famille est l'ensemble des personnes qui descendent les unes des autres ou d'une souche commune* »³, « *La famille est l'ensemble des personnes unies par le mariage ou par la filiation ou par la parenté et l'alliance, celle-ci résultant elle-même du mariage et de la filiation* »⁴, ou encore, « *La famille est un groupe de personnes unies par des rapports de parenté et d'alliance* »⁵. Ainsi, la famille est ou n'est pas. Des critères sont posés que ce soit : dans l'encadrement du mariage par le consentement et l'institutionnalisation devant l'officier d'état civil ; dans la définition posée dans le Code civil du PACS ou du concubinage ; dans les différents critères de reconnaissances de la filiation... Si aucune définition générale de la famille n'est donnée, les éléments qui la constituent sont posés par le droit ce qui permet à tout individu de connaître les liens exacts qui le relient aux autres. Cette détermination juridique de la famille peut cependant évoluer ce qui rend toute définition impossible. Selon les époques, le concubinage ou l'enfant naturel ont pu ne pas être reconnus. De même les considérations données à l'étendue des liens familiaux ont changé. C'est ce qu'a très bien traduit l'éminent sociologue Émile Durkheim dans

¹ B. de Constant, *Cours de politique constitutionnelle*, éd. Hauman et Cie, Bruxelles, 1837, spéc. p. 408.

² Cte A. de Gasparin, *La famille : ses devoirs, ses joies et ses douleurs*, t. 1, Librairie nouvelle, 1872, spéc. p. 4.

³ Aubry et Rau, *Droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 1, Librairie Marchal et Billard, 1936, spéc. p. 368.

⁴ J. Carbonnier, *Flexible droit*, L.G.D.J., coll. Anthropologie du droit, 2013, spéc. p. 252.

⁵ Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *La famille*, éd. LGDJ, coll. de Droit civil, 2022, spéc. p. 19.

la « loi du rétrécissement continu de la famille »⁶. Aujourd’hui, l’essentiel du droit de la famille tourne autour du couple et des enfants qui en sont issus. Ainsi donc, le partage d’un même toit est devenu un élément fondamental pour l’existence des liens familiaux.

2. Définition de la vraie famille. - Cependant, dans l’esprit commun, la famille reste très complexe à définir. Si les liens du sang et d’alliance sont communs à la plupart d’entre elles, il faut y ajouter des éléments subjectifs que sont l’affection et l’attachement. Que de personnes ont renié leurs liens par défaut d’amour ou par erreurs de jugements ! Ces sentiments, le droit est inapte à les comprendre⁷. Ainsi, le droit détermine ce qui constitue une famille et l’individu détermine si celle-ci est bien une vraie famille. L’objectif aujourd’hui du droit est de se rapprocher de la vraie famille⁸. Lorsque la société perçoit ce que la vraie famille apporte, il est normal de vouloir la normaliser. Le problème est que la vraie famille ne peut se globaliser. Elle n’existe que par le biais de la conscientisation que nous formons un groupe uni par l’affection et les devoirs mutuels. La vraie famille est constituée d’êtres vers lesquels nous pouvons nous tourner lorsqu’il n’y a plus d’espoir, au milieu desquels nous nous sentons choyés et qui, souvent, nous rattachent à une terre. Cet effet de groupe, l’être humain en a besoin⁹ et si la famille qui nous a été donnée ne peut remplir ce rôle alors l’Homme se tournera bien souvent vers ceux qui lui ont tendu la main et qu’il nommera sa vraie famille. Mais plus encore, les éléments culturels entrent en compte dans cette définition. Tiraillé entre différentes visions sociales, individuelles, culturelles, le Code civil lui-même a refusé de dire ce qu’était une famille. Il faut pourtant bien poser des éléments de reconnaissance pour pouvoir la régir.

3. Le rapprochement entre la définition juridique et la famille ressentie. - Aujourd’hui donc, le droit ne veut plus reconnaître la famille mais la vraie famille parce qu’elle semble être celle qui rend la société plus vertueuse. Depuis longtemps, la famille est reconnue comme utile

⁶ É. Durkheim, « La famille conjugale », cours de 1892, in *Oeuvres complètes. Textes III. Fonctions sociales et institutions*, éd. de Minuit, Paris, 1975, pp. 35-49.

⁷ Sur ce sujet, V. : I. Pariente-Butterlin, *Le droit, la norme et le réel*, PUF, 2005, spéc. p. 119 : « Le droit ne perçoit dans les liens humains que les degrés de parenté, qui ne correspondent pas toujours aux liens d’affection, aux soins et à la proximité réelle. Mais cette formulation demande un affinement, car à proprement parler le droit ne voit pas, et cette métaphore de la vision, sans doute, occulte la véritable emprise du droit sur le monde : les relations affectives sont à ce point instables, singulières, uniques, qu’elles sont étrangères à la normativité. La norme juridique ne peut les prendre en considération dans le raffinement de leur complexité ».

⁸ Cet objectif est notamment soutenu par la Cour européenne des droits de l’Homme : « Depuis de nombreuses années, la juridiction européenne refuse de limiter sa définition de la famille à la société issue du mariage. Plus que le caractère juridique de la famille, la Cour s’attache à la réalité sociale du lien », D. Youf, *Penser les droits de l’enfant*, Puf, 2002, spéc. p. 61.

⁹ C’est la question de l’état naturel de l’homme qui pour perdurer a besoin du droit puisque ce dernier ne peut vivre qu’en groupe : « nulle trace n'est restée dans la mémoire des hommes de l'état où auraient vécu, en un lieu quelconque du globe, des êtres humains sans lien entre eux et sans idée de la famille et de la société ». H. Thiercelin, *Principes du droit*, éd. Guillaumin, 1865, pp. 372, spéc. p. 20.

à la société voire comme le groupe originel à cette dernière. Ce sont là des considérations auxquelles Aristote souscrivait puisque, selon lui, la famille serait un groupe qui se constitue naturellement puis chaque groupe familial se rassemble pour former la cité. De ce fait, Aristote ne pensait pas utile que le droit interfère dans les relations familiales puisqu’idéalement, au sein de la famille, « *chacun voit dans la vie et le bonheur de l’autre, une activité dont ils portent en commun la responsabilité* »¹⁰. De l’antiquité à la Déclaration universelle des droits de l’homme de 1948¹¹, la famille a toujours été louée comme ciment social de l’État. Seulement, le droit ne peut se défaire du réel et il existe bel et bien de fausses familles. Ces dernières sont composées d’individus qui abandonnent, renient, oublient d’élever ou même d’aimer. Face à ces réalités, le droit, afin de rendre la société stable, doit nécessairement intervenir dans les relations familiales que ce soit pour les attester ou pour régler certains conflits qui s’y jouent¹². Il est impensable de laisser la famille entre les seules mains des individus qui la composent¹³. Ces derniers pouvant être déficients, elle est de toute évidence sujette à l’imperfection. Jusque dans l’intimité du foyer familial, le droit doit pouvoir réguler les relations. De même, les rôles de parenté jouant parfois sur le plan social, il est indispensable de sécuriser les appartenances familiales. Il est donc impossible de laisser l’institution familiale aux mains de la nature. Son respect et son bon fonctionnement assurent à la société une plus grande cohésion et une plus grande paix sociale ainsi qu’une bonne éducation des générations futures.

Ainsi, l’affection et le ressenti sont désormais pris en considération autant que possible. Ce qui pourrait être qualifié d’autodétermination familiale étant privilégiée, le droit a moins désormais pour rôle de réguler mais d’attester une réalité. Les individus ont un désir de reconnaissance et souhaitent que le droit se rapproche des faits plutôt qu’à ce que les souhaits individuels tendent vers le droit¹⁴. Ainsi, le rôle du droit de la famille a évolué au sein de la société. Il ne doit plus diriger les comportements mais seulement protéger la famille. Il y a une fonction d’accompagnement et non plus de régisseur, ce qui l’éloigne de sa capacité à « *semer les*

¹⁰ Aristote, *Éthique à Eudème*, VII, 10, 1242, a.

¹¹ Au troisième alinéa de son article 16, elle dispose en effet : « La famille est l’élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l’État ».

¹² En ce sens, V. : M. Gomar, « Pourquoi du droit dans la famille ? », in *La famille que je veux, quand je veux ?*, ss. dir. C. Neirinck, Érès, 2003, pp. 7-19. V. également plus largement : P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le code civil*, l’Hermès, 4^e éd., 1998, spéc. p. 301 : « *La règle de droit est le trait d’union entre l’action humaine réellement possible et l’action humain socialement idéale, elle est le trait d’union entre la réalité et l’idéal, le fait et la valeur* ».

¹³ En ce sens, V. : P. Murat, « Couple, filiation, parenté », in *Des concubinages, droit interne, droit international, droit comparé*, Études offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, pp. 53-71, spéc. p. 56 : « *Il est de la nature du droit de poser des limites à la toute-puissance de l’homme : malgré le désengagement législatif, malgré un certain idéal de neutralité de la loi civile, le droit de la famille ne peut échapper à cette nécessité* ».

¹⁴ V. en ce sens : J. et A. Pousson, *l’Affection et le droit*, préf. F. Rigaux, éd. du C.N.R.S., 1990, spéc. p. 31 : « *À l’heure actuelle on dénote une volonté réelle et croissante de superposer au lien affectif un lien juridique. Les concubins, les enfants recueillis, les parrains et marraines, les parents nourriciers, les gardiens de fait ou provisoire, les amis, tous ceux qui peuvent se prévaloir d’une attaché affective sont pris en compte, peu ou prou, par l’ordre juridique* ».

mœurs »¹⁵. Il devient en effet compliqué de distiller une morale commune quand les individus contractualisent¹⁶ de plus en plus leurs relations familiales¹⁷.

4. Le cheminement du rapprochement entre les définitions juridiques et ressenties. -

Par conséquent, il y a eu deux évolutions normatives au sein du droit de la famille. La première est le recul des lois oppressives du fait de la radicalité des conditions pour accéder à la légitimation des relations. Il en va ainsi de la fin des filiations légitimes et naturelles¹⁸, de l'accès aux femmes aux mêmes rôles que les hommes¹⁹ ou encore, plus récemment, à l'acceptation des mariages homosexuels²⁰. Les lois qui jusqu'à présent étaient restrictives et incontestables se retrouvent confrontées à des normes nouvelles faites de droits individuels et de liberté. En effet, la seconde évolution tient en l'attention nouvelle portée aux droits de l'Homme et à la primauté de la personne. Au fur et à mesure de l'évaporation de la loi, une morale nouvelle est définie à travers le respect des droits individuels. Les prérogatives, détenues jusqu'alors par l'Église durant des siècles²¹, ce qui a permis l'élaboration de la famille unidimensionnelle, lui sont retirées. Cette morale sociale distillée par l'ensemble des acteurs du droit permet la naissance de la famille pluridimensionnelle. L'unité entre les familles n'est plus une raison suffisante à l'entrave des désirs individuels ce qui pousse à renoncer au schéma familial traditionnel.

5. Le bouleversement normatif en droit de la famille. – La famille de manière générale se construit autour d'un *corpus* de règles. Elles peuvent être propres, culturelles, religieuses, traditionnelles ou bien évidemment juridiques. Les normes juridiques prennent aujourd'hui moins de place dans ce conglomérat de règles. Pour la France dont l'héritage légicentriste est fort, il s'agit d'un vrai bouleversement de la pratique. Le Code civil n'est plus de ce fait, la

¹⁵ V. sur ce sujet l'article de Y. Lequette qui reprend la citation de Portalis : « Le droit est la semence des mœurs », in *Le discours et le Code : Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. 391 et s..

¹⁶ V. *infra*, n° 425 et s..

¹⁷ V. sur ce sujet : I. Dauriac, « L'ordre et la morale », *Defrénois*, n° 170, spéc. p. 1.

¹⁸ Ord. n° 2005-759 du 4 juill. 2005 portant réforme de la filiation. L'abolition de la différence entre filiation légitime et naturelle s'est faite par étape à partir de la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 inspirée par le professeur Carbonnier qui pose le principe d'égalité entre les enfants qu'ils soient légitimes ou naturels. Sur cette dernière loi, le professeur Bénabent a d'ailleurs dit qu'elle développe « *la réception juridique du vécu affectif comme élément constitutif essentiel de la filiation juridique* ». A Bénabent, *Droit de la famille*, LGDJ, Paris, 2022, n° 472, spéc. p. 356.

¹⁹ L'égalité homme-femme s'est construite progressivement au fil de nombreuses lois. Les trois plus importantes dans le domaine familial reste : l'adoption du préambule de la Constitution de 1946 qui en son article 3 dispose : « *La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme.* » ; L. n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale qui supprime la notion de chef de famille au sein du Code civil ; L. n° 87-570du 22 juill. 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale, dite Malhuret qui institue l'autorité parentale conjointe à tous les parents qu'ils soient mariés, non-mariés, séparés ou divorcés.

²⁰ L. n° 2013-404, 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JO* 18 mai, p. 8253.

²¹ Sur ce sujet, V. : Ch. Delsol, *La fin de la chrétienté ? L'inversion normative et le nouvel âge*, éd. du Cerf, pp. 170, spéc. p. 136 et s..

référence exclusive du droit de la famille. Il y a une multiplication des codes qui régissent la famille puisque la fiscalité, le droit social, la santé ont des textes propres qui agissent sur la famille. Le foisonnement n'est pas limité aux articles de Codes mais s'étend également aux autres textes normatifs et aux règles non écrites²². Ainsi, les textes législatifs deviennent plus généraux laissant ainsi plus de pouvoir de détermination au juge et aux individus. Le vecteur d'éthique au sein de la famille est désormais le juge et non plus le législateur²³. C'est dans ce cadre que naissent les principes en droit de la famille.

II- Définition des principes en droit

6. Étymologie du terme « principe ». - Le terme de principe est ancien puisqu'il vient du latin « *primus* » d'une part et « *capio* » d'autre part, ce qui signifie « *l'origine première d'une chose* »²⁴. Ainsi, « *principium* » fait référence à ce qui est premier, aux prémisses d'un élément. Cette étymologie ne suffit pas cependant pour en déduire une définition puisqu'au fur et à mesure la notion a été galvaudée²⁵ et est devenue polysémique. C'est pourquoi, elle est qualifiée par les juristes de « *mystérieuse* »²⁶, « *rebelle* »²⁷, « *difficile à analyser* »²⁸, « *confuse* »²⁹ voir « *intuitive* »³⁰. Pour révéler toutes ses aspérités, la notion doit d'abord être définie de manière

²² En ce sens, v. : J.-R. Binet, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ, 4^e éd., coll. Cours, 2022, spéc. p. 377 et s. ; Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit de la famille*, op. cit., spéc. p. 48 et s. ; V. Égéea, *Droit de la famille*, LexisNexis, 4^e éd., 2022, spéc. p. 11 et s. ; A. Bénabent, *Droit de la famille*, op. cit., spéc. p. 27 ; C. Bernard-Xémard, *Cours de droit des personnes et de la famille*, Gualino, 7^e éd., 2022, spéc. p. 36 et s.

²³ Sur ce sujet, V. : conf. « Éthique et droit de la famille », <https://videos.univ-grenoble-alpes.fr/video/0101-le-thematique-et-le-droit-de-la-famille/>.

²⁴ Définition donnée par le Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales. <https://www.cnrtl.fr/lexicographie/principe>. V. dans le même sens la définition de A. Lalande in *vocabulaire technique et critique de la philosophie*, éd. PUF, coll. Quadrige, 2010 : « *On appelle principes, l'ensemble des propositions directrices auxquelles tout le développement ultérieur et subordonné* ».

²⁵ « *Principes est synonyme de commencement ; et c'est dans cette signification qu'on l'a d'abord employé ; mais ensuite à force d'en faire usage, on s'en est servi par habitude, machinalement, sans y attacher d'idées, et l'on a eu des principes qui sont le commencement de rien* ». Monsieur l'Abbé de Condillac, *La logique ou les premiers développements de l'art de penser*, an III, seconde partie, chap. VI, spéc. p. 114.

²⁶ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, th. Dijon, 1909, spéc. p. 302 : Les principes « *empruntent une partie de leur majesté au mystère qui les entoure* ».

²⁷ J.-P. Gridel, « Le rôle de la Cour de cassation française dans l'élaboration et la consécration des principes généraux du droit privé », in *Les principes généraux du droit. Droit français, droit des pays arabes, droit musulman*, éd. Bruylant, 2005, spéc. p. 135 : Les principes sont une « *notion rebelle à toute définition rigoureuse* ».

²⁸ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., Paris, 1955, spéc. p. 326 : « *Les juristes parlent en général des principes juridiques comme d'une notion bien connue et se dispensent ainsi de l'analyser* ».

²⁹ Ph. Gérard, « Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit », *Déviance et société*, 1988, vol. 12, n° 1, pp. 75-90, spéc. p. 75.

³⁰ Ph. Jestaz, « Principes généraux, adages et sources du droit en droit français », in *Les principes généraux du droit. Droit français, droit des pays arabes, droit musulman*, Bruylant, 2005, spéc. p. 171 : « *La notion ne peut être saisie que par l'intuition* ».

générale, à travers le regard des autres sciences (A) avant d'être abordée du point de vue du droit (B) et de manière plus spécifique du droit de la famille (C).

A) Définition générale du terme « principe »

7. La définition philosophique du terme principe. - Les différentes sciences existantes se sont approprié le terme de principe. En philosophie, le principe est une chose impalpable que le savant cherche à atteindre. Ainsi, Platon et les stoïciens avaient créé le concept d'âme du monde qui était en réalité selon eux, le principe d'unité de l'univers³¹. Le principe selon Aristote est à l'inverse une chose connue de manière innée, c'est la connaissance sensible. Un principe est alors ce qui est indiscutable, nul besoin de le démontrer, de le justifier : « *les principes se sentent* »³² affirmait le philosophe Pascal. C'est une connaissance préexistante qui est plus certaine que les conclusions qui en découlent³³. En ce sens, pour les philosophes croyants, Dieu est le principe de toute chose.

De ce fait, dans la première vision, le principe est en constante recherche, dans la seconde, le principe est ce qui nous est un élément donné indiscutable.

Quoi qu'il en soit, qu'il soit une vérité recherchée ou infuse, un principe est un impératif. C'est d'ailleurs le sens qui existe dans le langage courant lorsque quelqu'un mentionne ses propres principes. Ce sont des exigences indérogeables. Renier ses principes reviendrait à renier sa personne. « *Ma personne n'est rien, mon principe est tout* »³⁴ comme disait le Comte de Chambord pour signifier son intransigeance face à ceux qui souhaitaient qu'il fasse des concessions à la monarchie absolue.

8. La définition des sciences dures du terme principe. – Le mot « principe » est également utilisé dans toutes les sciences dites dures comme présupposé à partir duquel de nombreuses conséquences sont déduites. Un principe est donc ce qui se constate sans pouvoir être démontré. Une vérité est tenue pour acquise tant qu'une contre-vérité n'est pas présentée. C'est pourquoi, les principes doivent être connus afin de pouvoir construire un raisonnement scientifique. Car, en plus d'être au commencement, la notion de principe fait référence à l'origine d'un mouvement, à une dynamique. Que ce soit les principes logiques, les principes mathématiques,

³¹ Platon, *Timée*, Présentation et trad. L. Brisson, GF-Flammarion, nov. 2017, pp. 496, spéc. p. 39 à 42.

³² B. Pascal, *Pensée*, Lafuma, §110.

³³ C'est également la vision de Pascal lorsqu'il dit « *Les principes se sentent, les propositions se concluent* », *Pensées*, « Connaissance du cœur et connaissance rationnelle », éd. Brunschvicg, §282.

³⁴ *L'Union* n° 304, vendredi 31 oct. 1873, lettre du Comte de Chambord à Charles Chesnelong datée de « Salzbourg, 27 octobre 1873 », spéc. p. 1, col. 1.

les principes rationnels...toutes ces mentions se réfèrent à des postulats de départs admis à l'unanimité. Les principes en sciences précèdent tout raisonnement et doivent donc être connus pour pouvoir prétendre à toutes recherches scientifiques.

9. Conclusion. - Deux solutions s'offrent donc pour le droit : soit il y a une vision philosophique du droit et les principes relèvent alors du droit naturel c'est à dire que leur légitimité tient à leur nécessaire application à l'ensemble du genre humain ; cette pensée peut être résumée de nos jours par la phrase du professeur Antoine Gouëzel qui explique que les principes « *sont par nature connotés de manière positive ; ils sont au sommet de notre ordonnancement juridique parce qu'ils représentent les valeurs essentielles de notre société* »³⁵ ; soit il y a une vision plus méthodique des principes. Ces derniers seraient alors une norme irrévocable à partir de laquelle des multitudes de conséquences se déduisent. Aucune de ces deux solutions n'est satisfaisante, le droit n'étant pas à la recherche d'une vérité transcendante et ne pouvant prétendre pouvoir organiser définitivement la vie humaine de manière théorique, chaque être humain étant unique. Le droit est au service de la vérité mais ne peut l'énoncer *ab initio*. Il faut donc se résoudre à ouvrir une troisième voie et déterminer le sens du terme de principe en droit qui ne peut reprendre à son compte les définitions évoquées ci-dessus.

B) Définition juridique du terme « principe »

10. Le tracé des différentes approches des principes de droit. - À la vue des multiples emplois de la notion de principe, il semble évident qu'elle soit un incontournable du droit. La place que les principes occupent au sein du paysage normatif a évolué au gré des théories du droit qui se sont succédé. Il est donc intéressant de revenir sur les différentes lectures du droit qui ont eu lieu dans le passé en commençant par le droit naturel (1), puis par l'école de l'exégèse (2), ensuite l'école scientifique (3) et jusqu'à l'herméneutique qui caractérise notre histoire récente (4). Cette chronologie trace le cheminement intellectuel permettant de donner une définition contemporaine des principes.

³⁵ A. Gouëzel, « Réflexions sur la « liberté de mettre fin aux liens du mariage », *Dr. fam.* 2017, n° 11, ét. 19, p. 10.

1. Le respect du sens premier du terme de principe : le droit naturel

11. La certitude d'un droit universel. - Le droit s'est très tôt emparé du concept de principe étant donné qu'il est mentionné dans cette discipline dès les temps romano-germaniques³⁶. D'abord pris dans leur sens premier, les principes étaient des commandements incontestables dont découlaient de nombreuses normes. C'est le sens donné au droit naturel : un ensemble de normes, gouvernées par la raison humaine et la nature des choses, supérieur au droit positif. Des axiomes en quelque sorte issus de l'instinct humain. Ils ont ensuite été des valeurs issues de la morale chrétienne avec, en premier lieu, celle selon laquelle tout individu a un caractère sacré³⁷. Les principes sont dans ces deux cas extra positifs avec un caractère divinatoire.

12. Critique de la vision *jusnaturaliste* des principes. - Cette vision des principes ne peut cependant pas être satisfaisante. En effet, les principes sont bien issus de l'esprit humain, du juge en particulier. Leur création est donc issue d'une construction humaine dépendant directement d'une société donnée. Nous ne pouvons prétendre que les principes de droit de la famille que nous allons étudier sont universels. Les principes appartiennent au droit, il faut « rendre à César ce qui appartient à César »³⁸ et admettre que les principes sont avant tout des normes juridiques faites pour assurer le bon fonctionnement d'une société humaine. Ces normes doivent être convenues par les individus qui s'y soumettent et leur efficacité dépend de l'acceptation sociale.

La remise en cause du droit naturel par une grande partie de la doctrine au XIXème siècle a changé la vision que portent les juristes sur les principes. Il a fallu justifier leur existence en les attachant au droit positif soit en faisant appel à l'histoire, soit à travers un raisonnement par abstraction. Seulement cette remise en cause a pris du temps. En effet, l'école de l'exégèse a fait perdurer le sens transcendant du terme de principe en considérant, comme nous allons le voir désormais, que les principes sont au fondement du pouvoir en place et en ce sens, sont au-delà de toute volonté politique.

³⁶ V. : F. Zenati-Castaing, « Les principes généraux en droit privé », in *Les principes en droit*, ss. dir. S. Caudal, Economica, coll. « études juridiques », Paris, 2008, spéc. p. 258 : « *En ce qu'ils [les principes] sont la norme abstraite par excellence, ils constituent la base du droit privé ; mieux, leur avènement coïncide avec la naissance du droit romano-germanique et du droit français qui en est une des principales composantes* ».

³⁷ V. par ex. : J.-J. Burlamaqui, *Principes du droit naturel*, Chez Barillot et fils, Genève 1747, pp. 352, spéc. p. 2 : « *L'idée du droit, et plus encore celle du droit naturel, sont manifestement des idées relatives à la nature de l'homme. C'est donc de cette nature même de l'homme, de sa constitution et de son état qu'il faut déduire les principes de cette science* » ; J. Domat, *Traité des lois*, Caen, coll. Bibliothèque de philosophie politique et juridique, 1828, spéc. p. 1 : « ... et que ceux même qui n'ont pas les lumières de la religion où nous apprenons quels sont ces principes, devraient au moins les reconnaître en eux-même, puisqu'ils sont gravés dans le fond de notre nature ».

³⁸ Cette citation tirée de la Bible (Mc 12 :13-17 ; Math 22 :15-22 et Luc 20 : 20-26) marque la volonté le spirituel du temporel. Les principes étant issus de la société humaine, ils ne peuvent provenir d'un commandement divin.

2. L'école de l'exégèse : des normes au fondement du système juridique

13. Les principes comme ciment de l'État de droit. - Lorsque le courant exégétique est advenu, les principes ont encore été des normes originelles. Son sens premier n'a donc pas été remis en cause en même temps que le droit naturel³⁹. Cependant, avec des textes inédits comme celui de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, les principes sont devenus l'expression d'un postulat admis par une grande majorité, comme vérité première. Il n'est alors pas étonnant que ces derniers aient eu un sens magnifié au moment où la souveraineté populaire prenait son essor. Des auteurs, comme Raymond Carré de Malberg⁴⁰, se sont penchés sur les principes et ont affirmé que toute norme provient de la volonté de l'État. Carré de Malberg étant constitutionnaliste, les seuls principes qu'il aborde sont ceux qui fondent le pouvoir de l'État, par exemple, la souveraineté nationale ou la loi comme expression de la volonté générale. En ce sens, les principes existent avant l'État. Ce sont des règles qui échappent à la volonté des Hommes.

Ainsi, ces derniers sont inébranlables et indéfinis parce qu'ils ont la fonction de légitimer le pouvoir en place. De ce fait, les « *principes juridiques ne sont pas posés mais paraissent exister en soi, comme un substrat juridique incréé qui est à l'origine de toute création* »⁴¹. Les principes sont des vérités qui nous sont données. Ceux-ci sont donc les seules normes qui échappent au positivisme, ils ont pour rôle de fonder l'État moderne. Au-delà de ces principes, il n'y a que la loi. Cette dernière est en mesure de poser des principes, comme l'entendait Portalis⁴², mais ceux-ci sont alors compris comme des normes situées dans la continuité de la loi⁴³.

14. Critique des principes comme normes au-dessus du droit. - Cependant, et cette thèse le démontre, les principes ne peuvent se résumer à la racine du pouvoir politique. Ils ne sont pas seulement des règles constitutionnelles. Ils peuvent concerner des objets beaucoup plus

³⁹ Au sujet des principes généraux, Gény parlait de « l'irréductible droit naturel ». F. Gény, *Élaboration scientifique du droit positif : l'irréductible droit naturel*, Recueil Sirey, Paris, 1915.

⁴⁰ Voir notamment les deux principaux ouvrages : *La Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données du droit public français*, vol. 2, Sirey, Paris, 1920-1922 et *La loi, expression de la volonté générale*, Sirey, Paris, 1931. Pour des auteurs allant dans le même sens quant aux principes, v. : F. von Savigny, G.F. Puchta, P. Laband.

⁴¹ E. Maulin, « Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française », *Annales historique de la Révolution française*, avr-juin 2002, pp. 5-25, spéc. p. 6. https://www.persee.fr/doc/ahrf_0003-4436_2002_num_328_1_2577.

⁴² « *L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit : d'établir des principes seconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière* ». Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil promulgué le 21 janvier 1801*, préf. M. Massenet, éd. Confluences, coll. « Voix de la Cité », pp. 78.

⁴³ V. en ce sens le rapport annuel du doyen Aubry de 1857 lu à la séance de rentrée des facultés de Strasbourg : « *Toute la loi, dans son esprit aussi bien que dans sa lettre avec une large application de ses principes et le plus complet développement des conséquences qui en découlent, mais rien que la loi, telle a été la devise des professeurs du Code Napoléon* ».

restreints comme les souvenirs de famille ou les dons manuels. Les principes ne sont pas premiers par l'envergure de leur champ d'action mais parce que, dans ce champ d'action aussi petit soit-il, ils sont prééminents. Le Conseil d'État, et la Cour de cassation à sa suite, en s'emparant des principes ont coupé le lien indéfectible entre les principes et les valeurs immuables de l'État de droit. La multiplication des principes a par la suite achevé cette vision sacrée d'eux-mêmes. Il ne peut, en effet, y avoir qu'un tout petit nombre de principes pour que ces derniers jouent un tel rôle. Les principes ont alors été pleinement intégrés au droit positif par l'école scientifique.

3. Les principes de droit issus de l'esprit humain : L'école scientifique

15. Les principes comme substrat normatif. - A la fin du XIXème siècle, la jurisprudence a connu un grand essor⁴⁴. Le doyen George Ripert, décrit comme un positiviste spiritualiste, s'est refusé à considérer les principes comme des axiomes. Selon lui, les principes sont comme « *de grandes règles qui président au maintien de l'ordre essentiel. Leur existence dépend de notre conception du droit* »⁴⁵. Ainsi, les principes ne sauraient être universels et sont entièrement construits par l'Homme selon une culture juridique donnée. Ce raisonnement de construction a fini par mener à la considération selon laquelle les principes ne sont, en réalité, qu'une simple extrapolation des normes existantes, ce que certains qualifient « *d'induction amplifiante* »⁴⁶. Ils sont inspirés par l'ensemble des autres règles, un travail d'abstraction en somme par un mouvement ascendant. Il s'agirait alors, ni plus ni moins, que du respect par le juge de l'article 4 du Code civil qui interdit au juge tout refus de jugement sous prétexte de « *l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi* »⁴⁷. Il n'existe donc aucune normativité des règles d'origine jurisprudentielle⁴⁸.

⁴⁴ Pour comprendre la remise en cause de l'exclusivité des codes juridiques, il faut lire l'ouvrage du Doyen Gény, à l'origine de cette nouvelle école doctrinale : *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2ème éd., 1919.

⁴⁵ G. Ripert, *op. cit.*, spéci. p. 345.

⁴⁶ J. Ghustin et G. Goubeaux avec participation de M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil – Introduction générale*, LGDJ, 4^e éd., n° 449. Sur le sujet de l'induction, v. : F. Grégoire, « L'induction », *Revue Philosophique de Louvain*, n° 73, 1964, pp. 108-151.

⁴⁷ A ce propos, quelques Code civil voisins abordent l'existence des principes généraux du droit : Art. 1.1 du Code civil Belge ainsi que l'art. 2 du Code judiciaire Belge ; l'art. 12 du Code civil italien dispose qu'en l'absence de disposition législative, le litige doit être tranché par les principes généraux du droit ; quant au Code civil espagnol, dès son art. 1^{er}, ce dernier souligne que les principes généraux du droit font partie des sources du système juridique.

⁴⁸ C'est ce que considérait notamment les auteurs Aubry et Rau lorsqu'ils soutiennent que « *la jurisprudence la plus constante ne peut être considérée chez nous comme constituant un élément du droit* », *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zachariae*, t. 2, spéci. p. 120, §40.

16. Critique des principes comme norme dépendante de la loi. - Il est vrai que l'école de l'exégèse avait soustrait les principes des mains du politique puisque les grands principes issus de la philosophie des lumières sont de portée universelle. Pourtant, au fur et à mesure du temps, le juge s'appuyant sur les principes pour rendre sa décision s'est mis à invoquer des principes non écrits. Pour justifier cet état de fait, sans remettre en cause le système démocratique, la doctrine a souhaité relativiser ce pouvoir de création en parlant, par exemple, de « *droit spontané* »⁴⁹. La spontanéité est cependant plus difficile lorsque la jurisprudence est engoncée dans un carcan de textes écrits. Lorsque nous étudions les principes en droit privé, nous ne pouvons nier leur aspect *contra legem*. Il devient alors plus compliqué d'affirmer que les principes ne sont qu'une synthèse du droit. Ils sont, au pire, réduits à un simple « *mécanisme correcteur* »⁵⁰ et, au mieux, une norme totalement indépendante⁵¹. Cette vision des principes qui ne peut être soutenue en droit privé, reste cependant possible en droit administratif où l'écrit a une place plus secondaire. Nous en voulons pour preuve la définition donnée par le professeur George Vedel qui explique que les principes généraux du droit « *ne sont pas autre chose qu'une synthèse constructive accomplie par le juge à partir des données juridiques que lui fournit un milieu donné* »⁵². Ainsi, le droit privé avec son florilège de codes, avec le Code civil en tête, a limité la reconnaissance de l'autonomie des principes. Pendant longtemps ces derniers ont été ignorés ou assujettis à la loi alors qu'en parallèle ils prenaient leur place en droit administratif⁵³.

4. L'herméneutique appliquée au droit

17. Une interprétation des principes à la lumière des faits. - Le XXe siècle a été le berceau de plusieurs théories juridiques dont le cœur du raisonnement est de revenir à une analyse plus pragmatique du droit. Ces recherches cherchent *in fine* à échapper au choix entre le droit positif ou le droit naturel, qui ont pour caractères communs la rigidité de la norme établie préalablement au conflit⁵⁴. En France, ce courant a été représenté notamment par Michel Villey.

⁴⁹ P. Deumier, *Le droit spontané*, préf. J.-M. Jacquet, Economica, coll. « Recherches juridiques », 2002, pp. 477.

⁵⁰ C. Bouix, *Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne*, préf. P. Deumier, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2017, pp. 522.

⁵¹ Habermas attribue même une fonction critique aux principes généraux du droit dans *Droit et démocratie*, Gallimard, coll. NRF Essais, Paris, 1997, spéc. p. 228 et s.. Sur ce sujet, v. également, B. Frydman, *Le sens des lois*, Bruylant, 3^e éd., 2011, spéc. n° 318, p. 664-366.

⁵² G. Vedel, *Cours de droit administratif*, Paris, 1951-1952, spéc. p 167.

⁵³ V. sur ce sujet G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil – t. 1 : Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 1976, spéc. p. 231 : « *Le caractère plus lacunaire du droit administratif et du droit public en général, l'absence de texte formel surnombre de question essentielles, rendent plus nécessaire le recours à des principes généraux.* »

⁵⁴ « *Selon les deux théories, le droit concret et positif est contenu tout prêt dans la norma, c'est-à-dire déterminé à l'avance et donc imperméable à la caractéristique historique du contexte de la décision et inflexible quant à elle. Cette parenté de deux adversaires si farouches que sont le droit naturel et le positivisme juridique peut paraître étonnante, mais elle a tout à fait ses raisons internes : les deux ont une orientation axiomatique, les deux se fondent sur une pensée codificatrice, et, surtout, les*

Ce dernier, décrit comme jusnaturaliste, apportait cependant une nuance fondamentale à cette philosophie en réclamant un lien indéfectible entre le droit et les faits⁵⁵. Le droit ne se limite pas à des injonctions issues de textes de lois⁵⁶. Le droit naturel ici se nourrit du réel et ne rayonne pas uniquement autour de valeurs immuables et indiscutables. Ainsi, pour un juriste comme Michel Villey, l'interprétation est l'activité réelle et la norme n'est que la technique. Ainsi, il appelle à interpréter les textes à la lumière des faits afin de rendre une décision plus juste. Dans cet esprit, les principes perdent l'aspect dogmatique existant au sein de la philosophie du droit naturel et deviennent des normes qui ne prennent sens qu'à travers une juste application. Il est vrai qu'en droit, la mise en pratique d'une norme peut être très différente de l'idée initiale et le résultat contraire à l'intention originelle. C'est pourquoi, le droit doit rester au service d'une vérité qui le dépasse et ne jamais s'imaginer s'y substituer. Il en va ainsi pour les principes de droit : ils sont au service de la justice et jamais exempts de critique.

18. L'efficacité de la notion de principe dans la persuasion au sein du débat juridique.

- Dans la réminiscence de l'herméneutique, le dialogue devient un nouvel instrument dans la connaissance du droit. L'emploi du mot principe a évolué avec l'école de la nouvelle rhétorique initiée par Chaïm Perelman. L'objectif de cette nouvelle école de pensée était de sortir du carcan positiviste qui amenait à renoncer à l'application de toute valeur au sein du procès : « *Toute problématique du raisonnement juridique, et spécialement judiciaire, s'efforcera donc d'élaborer une dialectique, où la recherche d'une solution satisfaisante enrichira l'arsenal méthodologique permettant de maintenir la cohérence du système, tout en l'assouplissant* »⁵⁷. Pour lui, le juge ne peut se défaire des valeurs pour rendre justice mais se doit d'argumenter pour convaincre son auditoire du bien-fondé de sa décision. De là à estimer que les principes juridiques ne seraient que des éléments nécessaires à l'argumentation, il n'y a qu'un pas que Chaïm Perelman n'a pas voulu franchir contrairement à d'autres auteurs.

Il est vrai que « *les principes sont l'arme préférée des juristes* »⁵⁸. N'aborder les principes qu'à travers leur fonction argumentative enlèverait tout intérêt normatif à ces règles⁵⁹. Or, certains

deux sont attachés à la philosophie systématique du rationalisme, dont l'objectif consiste à établir un système de conclusion adéquates et exactes », A. Kaufmann, « Par-delà le droit naturel et le positivisme juridique vers l'herméneutique juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Université Saint-Louis, 2019, spéc. p. 64.

⁵⁵ Sur ce sujet, v. : A. Punzi, « Pour une philosophie réaliste du droit. Villey et les équivoques sur le droit naturel », in *Michel Villey, vingt ans déjà !*, texte traduit par A.-J. Arnaud, LGDJ, pp. 70-92.

⁵⁶ « *Il ne semble point que la fonction du juge ni du droit soit de prescrire des conduites. La proposition juridique définit ce qui est à chacun* », M. Villey, *Critique de la pensée moderne*, douze autres essais, éd. Dalloz, Paris, 1976, spéc. p. 223.

⁵⁷ Ch. Perelman, *Logique juridique, Nouvelle Rhétorique*, Dalloz, 2^e éd., coll. « Méthodes du droit », 1978, spéc. p. 85.

⁵⁸ M. Hauriou, « Police juridique et fond du droit », *RTD civ.* 1926. 309.

⁵⁹ V. en ce sens : R. Rodière, « Les principes généraux du droit privé français », in *Rev. intern. dr. comp.*, vol. 2, 1980, p. 309 et s., spéc. p. 317 : Selon l'auteur les principes généraux n'existent pas et ne sont « *qu'une catégorie vainc et prétentieuse* ».

auteurs continuent en ce début du XXI^e siècle à cantonner les principes à une fonction argumentative. C'est ce qui ressort de la définition du professeur Philippe Jestaz lorsqu'il affirme qu'« *est principe la norme qu'on appelle ainsi pour lui attribuer, à tort ou à raison, une importance particulière* »⁶⁰. Nous ne pouvons nier le pouvoir argumentaire des principes ; parce qu'il sous entend un axiome juridique, l'appel à un principe clôt souvent tout débat. De ce fait, les principes deviennent régulièrement un moyen inattaquable pour arriver à une fin contestable. C'est pourtant ignorer que depuis longtemps la Cour de cassation reconnaît la normativité des principes puisque la Chambre des requêtes a admis le 15 juin 1892⁶¹ qu'un pourvoi puisse être formé sur le fondement d'une violation d'un principe. Cet aspect argumentaire des principes, qui n'est au fond qu'une réalité au sein des débats politiques, a conduit à la critique même de leur existence. Telle a été la thèse soutenue par Madame Marielle de Béchillon pour qui « *le droit n'a pas pour objet d'établir des vérités* »⁶². Or, il ne peut y avoir de normes qui se soustraient à la critique. A ce titre, affirmer qu'une idée est conforme à tel ou tel principe de droit reste une idée dont la légitimité reste à démontrer. C'est pourquoi faire appel à un principe tenu comme loi universelle afin de servir une rhétorique est une pratique à laisser aux autres sciences.

19. Le retour en grâce de la place du juge dans le paysage normatif. – Dans la volonté de modeler les normes aux faits et non l'inverse, la place du juge est mise en avant. Dworkin, lui-même porteur d'une philosophie du droit passant par une interprétation des usages⁶³, dans ses théories partait du postulat que le juge, qu'il représentait sous les traits d'Hercule, s'efforce toujours de trouver la meilleure décision possible⁶⁴. Pour ce faire, le juge se dégage de plus en plus de la loi pour s'ouvrir à d'autres normes comme les principes. C'est la rationalité qui gagne sur l'allégeance à la loi⁶⁵. C'est ainsi que Dworkin affirmait que le principe était la preuve que le droit n'était pas seulement composé de règles nécessairement adoubées par une institution.

⁶⁰ Ph. Jestaz, « Principes généraux, adages et sources du droit en droit français », in *Autour du droit civil. Écrits dispersés, Idées convergentes*, Dalloz, Paris, 2005, spéc. p. 225.

⁶¹ Req., 15 juin 1892, DP 92. 1. 596, S. 93. 1. 281, note Labbé.

⁶² M. de Béchillon, *La notion de principe général en droit privé*, th. ss. dir. B. Saintourens, éd. Presse universitaire d'Aix-Marseille, 1998, spéc. p. 119.

⁶³ Sur ce sujet, v. : C. Sintez et J.-A. Dorato, « La conception herméneutique du droit de Dworkin. Un autre paradigme », *Archives de philosophie du droit*, vol. 51, 2008, pp. 319-340.

⁶⁴ V. R. Dworkin, *Law's empire*, Harvard University Press, 1986, spéc. chap. VII.

⁶⁵ Sur ce sujet, v. : F. Zenati, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », D. 2002. 15 : « *Ces innovations qui se succèdent depuis près de deux siècles et qui s'accélèrent et s'intensifient dans la période contemporaine semblent traduire une rationalité nouvelle en même temps que connue, celle d'un système dans lequel le droit n'est plus abstrait ni contraignant, mais factuel et rhétorique, voire négociable* ». Le juge Guy Canivet lui-même l'explique : « *ce qui inspire nos décisions, c'est l'application du droit, la réalisation de principes juridiques, la recherche de la solution la plus équilibrée possible dans la mesure où le droit ne peut pas s'appliquer de manière textuelle* », interview accordée sur Europe 1 le 12 octobre 2001 à propos de la décision accordant l'immunité pénale du chef de l'État.

En ce sens, les principes sont encouragés par la doctrine comme « *garde-fou* »⁶⁶ de l'excès du droit.

C) Définition du principe au sein du droit privé de la famille

20. Un terme ayant la réputation d'être indéfinissable. - Au milieu de tous ces débats doctrinaux, il est difficile de trouver une définition incontestée des principes. Aujourd'hui, la question de la définition du principe de droit n'a pas été tranchée. Pire encore, il semble qu'elle se soit complexifiée avec l'essor du droit de l'Union européenne qui a créé un nouveau degré de juridiction qui fait appel, lui aussi, aux principes. Il reste donc une grande confusion autour de ce terme. Il est parfois utilisé pour désigner en réalité les droits fondamentaux⁶⁷, une liberté⁶⁸, un standard⁶⁹, une règle coutumière⁷⁰... Il faut rappeler alors, à l'instar de Nicolas Molfessis⁷¹, l'importance de limiter l'utilisation de ce terme et réfléchir à son bon emploi afin d'éviter de le vider de sa substance. Quand bien même le terme est utilisé de manière réfléchie, nous nous perdons parmi les nombreux mots qui viennent s'ajouter au terme « principe ». Il existe en effet plusieurs catégories de principes : les principes fondamentaux déterminés par le Conseil constitutionnel⁷² ; les principes essentiels⁷³ déterminés par la Cour de cassation et qui sont cruciaux au respect de l'ordre public français ; les principes fondateurs qui sont à l'origine

⁶⁶ P. Sargas, « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation – Les garde-fous des excès du droit », *JCP* 2001, n° 12, doctr. 306.

⁶⁷ Droit de mener une existence familiale normale par ex., la haute juridiction administrative l'a élevé au rang de « principe général du droit » : CE, 8 déc. 1978, *Gisti : Lebon* 493 ; *D.* 1979. 661, note L. Hamon et *D.* 1979. *IR* 94, obs. P. Delvelvé ; *Rev. crit. DIP* 1979. 139 ; *AJDA* 1979. 54 – Sur ce sujet, v. : Dondoux, « Le droit à la vie familiale normale, arrêt du Conseil d'État du 8 déc. 1978 », *dr. soc.* n° 1, 1979. 57.

⁶⁸ « Le libre choix parental du prénom » : A partir de l'art. 57 du Code civil la jurisprudence parle d'un principe, cf. : CA Caen, 30 mai 1998, n° 971584. Ou encore, « la liberté matrimoniale » : Req. 30 mai 1838, S. 1838, 1, 492 J. G. v° Mariage, n° 32 à propos de cette liberté : « *Un principe d'ordre public qui soit avant, soit depuis la promulgation du Code civil a toujours été consacré par la jurisprudence* ».

⁶⁹ L'exemple le plus criant est celui de l'intérêt supérieur de l'enfant que la doctrine qualifie régulièrement de principe : Th. Hammarberg, « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes », *Journal du droit des jeunes*, 2011/3 (n° 303), pp 10-16 ; De même dans de nombreuses décisions de la Cour EDH, v. par ex. : CEDH, gde ch., 23 mars 2016, n° 47152/06 ; CEDH, gde ch., 24 janv. 2017, n° 25358/12 ; CEDH, 1^{re} section, 28 fév. 2019, n° 19951/16 ; CEDH, gde ch., 10 sept. 2019, n° 37283/13 ; CEDH, gde ch., 10 déc. 2021, n° 15379/16.

⁷⁰ Nous pouvons citer l'immutabilité du régime matrimonial qui est une règle née en pays de coutume au XVI^{ème} siècle. Si cette immutabilité a été remise en cause par la réforme du 23 juin 2006 relatives aux successions et libéralités, pour certains doctrinaires, cette règle perdure, v. : C. Brenner, « Solidarités familiales et mise en commun des biens du couple », *Dr. fam.* 2016, n° 6, pp. 29-33. Pour une qualification de la règle comme un principe, v. l'ouvrage : N. Pétroni-Maudière, *Le déclin du principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux*, préf. B. Vareille, Presse Universitaire de Limoges, 2004, pp. 557 ; V. Barabé-Bouchard, « Le changement de signification du principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux », *JCP N*, 1994, 1, p. 111.

⁷¹ V. concl. N. Molfessis, « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2001, p. 699.

⁷² Il y en existe onze actuellement : la liberté d'association, les droits de la défense, la liberté individuelle, la liberté d'enseignement, la liberté de conscience, l'indépendance de la juridiction administrative, l'indépendance des professeurs d'universités, la compétence exclusive de la juridiction administrative pour l'annulation ou la réformation des décisions prises dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, l'autorité judiciaire gardienne de la propriété privée immobilière, l'existence d'une justice pénale des mineurs, le principe de pérennité du droit local d'Alsace-Moselle. Aucun d'entre eux ne concerne directement le droit de la famille.

⁷³ V. *infra.*, n° 353.

d'institutions telle que l'Union européenne ; ou encore les principes déontologiques qui sont les règles et les devoirs liés à une profession donnée.

21. Définition. - Cependant, il est nécessaire de poser une définition afin de rendre clair notre objet d'étude. Le principe est ainsi « *une norme issue de la jurisprudence dont l'ascendance se caractérise par une grande généralité et par un régime juridique souple* ». Nous reprendrons point par point les éléments de cette définition dans un premier temps (1) puis, dans un second temps, le choix de subdiviser les principes en deux catégories en ce qui concerne le droit de la famille (2).

1. Les éléments propres aux principes

22. Annonce du plan. - Quatre éléments se dégagent de la définition des principes. Le premier concerne la jurisprudence qui les crée (a), le second leur aspect prééminent (b) qui est permis par les troisième et quatrième points que sont leur grande généralité (c) et leur régime juridique souple (d).

a. Une norme issue de la jurisprudence

23. L'évolution du rôle de la jurisprudence. - Il y a sans conteste une fonction centrale qui est le berceau des principes. Il s'agit de celle du juge. En effet, l'accroissement des principes en France s'est réalisée à la fin du XIXème siècle au temps de la « *grande période prétorienne* »⁷⁴, notamment grâce au statut de la Cour de cassation. Au départ, pourtant, de Montesquieu à Robespierre, il n'y avait qu'un seul but la concernant : la disparition du juge en tant que source du droit. La jurisprudence devait alors être complètement soumise à la loi et la Cour de cassation devait seulement être un moyen d'uniformiser l'interprétation de cette matière législative. Sauf que, couper la jurisprudence de ses capacités réflectives aurait conduit à terme à l'appauvrissement du travail des magistrats⁷⁵. Cela aurait été comparable à un arbre

⁷⁴ Ch. Atias, *Le droit civil*, Puf, coll. « Que sais-je ? », 7ème éd., 2004, spéc. p. 20. Sur ce sujet, v. : G. Morin, *La révolte du droit contre le Code les atteintes à la souveraineté des individus, les formes actuelles de la vie économique : les groupements, esquisse d'une structure nouvelle des forces collectives*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1945.

⁷⁵ Réduire le droit à la loi est réducteur car, comme le disait le doyen Carbonnier, « Le droit est plus grand que les sources formelles du droit », *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, coll. anthologie du droit, 2013, spéc. p. 21.

à qui on aurait laissé les racines sans lui permettre de s'abreuver⁷⁶. Le juridique ne peut se défaire de la recherche du juste⁷⁷. Certes, la jurisprudence se fonde sur des textes de droit mais ces derniers ne peuvent être appliqués qu'avec l'apport d'un plus vaste champ d'étude parmi lesquelles l'histoire, la philosophie la sociologie...

C'est ainsi que tout l'inverse s'est produit. En effet, la création en place d'une unique Cour supérieure en droit privé a permis de solenniser la jurisprudence. Le fait qu'elle parle d'une seule voix et qu'elle se détache des faits qui lui sont soumis lui a permis de lui donner de l'importance⁷⁸. Forts de ces nouvelles considérations les juges de la Cour de cassation ont eu dans leurs mains le pouvoir de viser des normes extra-législatives et de leur donner une vraie force juridique. Le revirement opéré a alors permis de donner un nouveau souffle à la jurisprudence qui, libérée de sa crainte de porter atteinte à la séparation des pouvoirs, s'est permise de mener des réflexions qui ont abouti à la création des principes. De fil en aiguille, la jurisprudence est devenue incontestablement une source du droit⁷⁹. C'est ainsi que les attendus de principes ont pu naître⁸⁰.

24. La crainte du gouvernement des juges. - Seulement, une nouvelle crainte est née : le juge, en créant la norme, ne risque-t-il pas de reprendre à sa main le pouvoir législatif, déclenchant le risque d'un nouveau gouvernement des juges⁸¹ ? Cet équilibre entre l'interprétation et la création semble donc fragilisé lorsque nous concédonsons que le juge peut aller à l'encontre de la loi pour rendre ses décisions. C'est certainement pourquoi, pendant quelques temps, la doctrine considérait que les principes qui fondaient les décisions juridiques

⁷⁶ C'est notamment la pensée du professeur Atias : « Déclarer le droit commun, c'est formuler les principes auxquels correspondent les comportements habituellement reconnus comme préférable après des siècles d'expériences, après une multitude d'essais et d'erreurs rectifiées », *Le droit civil*, op. cit., spéc. p. 9.

⁷⁷ C'est ce qu'explique brillamment le professeur Roubier : « Il ne faut pas méconnaître, en effet, que l'ordre juridique formel peut contenir, sous la pression des intérêts et des besoins, un certain nombre de règles, que la raison d'autorité peut, pendant un certain temps, faire obéir ; mais si ces règles se révèlent trop contraires à la justice, cette autorité sera rapidement mise en échec, parce qu'à un certain degré de civilisation les hommes ne peuvent supporter longtemps le divorce entre ce qui est juridique et ce qui est juste. [...] Alors, dominant toutes les sources juridiques, vont apparaître un certain nombre de principes généraux qui ont pour but d'exprimer le contenu de la justice : et le souverain fera bien lui-même de s'y conformer en édictant ses lois, car celles-ci ne s'imposeraient plus, au cas contraire, aux particuliers. » P. Roubier, « Ordre juridique et source du droit », in *Le droit privé français au milieu du XXe Siècle*, Mél en l'honneur de Georges Ripert, T. I, LGDJ, Paris, 1950, spéc. p. 23.

⁷⁸ Sur ce sujet, v. : F. Zenati, *op. cit.*

⁷⁹ Sur ce sujet, v. : S. Belaid, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, préf. M. Villey, LGDJ, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit», vol. XVII, Paris 1974 ; P. Morvan, « En droit, la jurisprudence est une source du droit », *RRJ*-2001-1, p. 77 et s..

⁸⁰ Sur ce sujet, v. : C. Atias, « L'ambiguité des arrêts dits de principe en droit privé », *JCP* 1984. I. 3145.

⁸¹ Sur ce sujet, v. : É. Lambert, *Le gouvernement des juges*, réimpression éd. 1921, préf. F. Moderne, Dalloz, 2005 ; Ch. Boutin, B. Daugeron et F. Rouvillois (ss. dir.), *Contre le gouvernement des juges ?*, éd. Cerf, coll. Cerf patrimoines, 2023, pp. 286 ; F. Rouvillois, *Le gouvernement des juges – Histoire d'un mythe politique*, éd. Desclée de Brouwer, 2013 ; S. Brondel, N. Foulquier et L. Heuschling (ss. dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, éd. de la Sorbonne, coll. Science politique, pp. 374 ; D. Terré, « Le gouvernement des juges », *Les questions morales du droit*, Presses Universitaires de France, 2007, pp. 167-191 ; A.-M. Le Pourhiet, « Gouvernement des juges et post-démocratie », *Constructif*, vol. 61, 2022/1, pp. 45-49 ; J.-D. Bredin, « Un gouvernement des juges ? », *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 68, pp. 77-85.

étaient dans l'esprit du droit⁸². Le juge ne faisait que constater leur apparition sans les créer, ou en cherchant toutes sortes de fondements⁸³ qui légitimeraient leur invocation par le juge. Faire appel aux principes permet également aux juges de conserver, du moins en apparence, un semblant d'impartialité, « *d'invoquer un fondement juridique qui semble, prima facie, leur être extérieur* »⁸⁴. Il en est pourtant le seul et unique auteur.

25. La crainte d'un excès de pouvoir injustifié. - Le rôle du juge est cependant restreint par rapport à celui du législateur : il n'est pas de créer la loi mais de rééquilibrer le droit lorsque celui-ci se heurte aux faits. Par ailleurs, contrairement au législateur, le juge ne peut s'autosaisir. Ces évidences énoncées ne doivent pas empêcher la critique notamment sur la clarification des possibilités laissées au juge. Jusqu'à présent cette émancipation du juge n'a pas débordé sur le rôle du Parlement qui reste le détenteur incontesté du pouvoir législatif⁸⁵. Reste à savoir ce qui rend légitime le pouvoir normatif du juge et comment limiter sa propre liberté⁸⁶ ? Une piste peut être proposée qui permettrait de relativiser le pouvoir du juge : la justice fonctionne d'une telle manière qu'elle s'autocontrôle. Chaque juge est contrôlé par une juridiction supérieure. Donc, s'il ne veut pas être sanctionné, le juge se doit de respecter la norme générale, c'est-à-dire la loi et les principes visés.

Une fois acceptée l'idée que le juge soit à l'origine des principes, il faut accepter que ces principes soient une norme à part entière.

b. Une norme ascendante

26. Précisions lexicales. - L'emploi du terme d'« ascendance » est volontaire puisqu'il s'agit de s'éloigner du terme « supérieur » qui semble souvent définir les principes. La mention de

⁸² V. par ex. : « *L'énoncé d'un principe non écrit est la manifestation de « l'esprit » d'une législation* ». J. Boulanger, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé français au milieu du XXe Siècle*, Mél en l'honneur de Georges Ripert, Tome I, LGDJ, Paris, 1950, spéc. p. 67

⁸³ Sur ce sujet, le doyen Ripert disait très justement que les juristes « peuvent facilement se mettre d'accord, si on ne leur demande pas de s'entendre sur le fondement des principes mais seulement sur leur existence », *Les forces créatrices de droit*, op. cit., spéc. p. 344. Finalement, la doctrine a admis qu'il puisse y avoir différents fondements sans accepter pleinement l'idée que le juge soit la seule et unique source constante : « *Nous avançons donc finalement que dans la jurisprudence de la Cour de cassation, les principes généraux du droit sont des axiomes à prétention normative, assis sur ces sources matérielles du droit que sont tantôt la tradition ou l'ordre social, tantôt la raison ou l'équité, sans lien nécessaire avec un texte précis, et fertile en virtualité d'application.* » J.-P. Gridel, « Le rôle de la Cour de cassation française dans l'élaboration et la consécration des principes généraux du droit privé », op. cit., spéc. p. 138.

⁸⁴ N. Molfessis, « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », op. cit..

⁸⁵ V. sur ce sujet : Ph. Malaurie, « Les précédents et le droit », R.I.D.C. 2006, 58-2, pp. 319-326.

⁸⁶ Certains auteurs remettent complètement en cause l'impartialité de la justice au point de faire apparaître un certain cynisme dans l'argumentation jurisprudentielle : « *Que dit-il (le juge) donc, si ce n'est que le juge décide, en réalité, par sentiment et non par jugement, par intuition et non par raisonnement, et que le raisonnement apparaît seulement dans l'énoncé de son opinion* ». J.-C. Hutcheson, « Le jugement intuitif, la fonction du « hunch » dans la décision judiciaire », trad. par L. Bordonaba, *Cahiers philosophique*, 2016/4, pp. 95-109, spéc. p. 107.

supérieur renvoie cependant à l'échelle des normes et laisse à penser que les principes sont au sommet de l'ordonnancement juridique. Or, il sera vu au cours de cette étude, que le principe s'intègre mal au sein de la pyramide des normes tant sa place semble se mouvoir au gré des applications qui en sont faites⁸⁷. L'ascendance, en revanche, marque d'une part une action dynamique et, d'autre part, sa supériorité non par rapport aux autres normes mais sur un objet donné.

27. Une norme dynamique et structurante. - Dans son ouvrage sur le principe, le professeur Philippe Choulet explique pourquoi le principe est commandement et il explique alors que « *L'action de commander est à la fois dynamique (mettre en mouvement, donner de l'énergie, galvaniser) et structurante (mettre en ordre, organiser, répartir)* »⁸⁸. Ces deux aspects, dynamique et structurant, se retrouvent profondément dans le principe en tant que norme.

Le premier aspect s'explique par le lien direct que les principes entretiennent avec les faits. Ceux-ci sont consacrés au cours d'une affaire présentée devant la justice. Le principe écarte les autres normes pour que le droit s'ancre sans intermédiaire dans une affaire donnée. L'application d'un principe *contra legem* n'abolit pas la loi qu'il écarte : il n'est supérieur que pour un instant. Il permet le dialogue entre les faits et le droit puisque le juge, en plus de créer le principe, garde son pouvoir d'interprétation. Or, ce sont les faits qui viennent ajuster l'interprétation du juge. Alors que dans l'application d'un texte, le juge recherche avant tout quelle était la volonté du législateur. Il y a donc une dynamique qui se crée puisque le juge, tout en prenant en compte l'état du droit, s'interrogera sur la juste réponse à apporter à un litige particulier.

Le second aspect est celui de la structuration d'un objet donné. Que ce soit avec un principe très général tel que celui de la dignité⁸⁹ ou avec un principe plus précis tel que celui des dons manuels⁹⁰, il donne une vision globale de l'objet qu'il appréhende. Dans une branche du droit telle que celle de la famille, où les normes ne se concentrent plus dans le Code civil mais se dispersent entre les différents codes et s'étourdissent dans le respect des droits individuels, des normes structurantes comme les sont les principes sont précieuses. Ces dernières combinent l'art subtil d'imposer un commandement tout en « *donnant à penser* »⁹¹. Ce mécanisme est permis

⁸⁷ V. *infra*, n° 342 et s..

⁸⁸ Ph. Choulet, *Le principe*, éd. Atlandes, coll. Clef Concours Philosophie, 2022, spéc. p. 27.

⁸⁹ V. *infra*, n° 47 et s..

⁹⁰ V. *infra*, n° 240 et s..

⁹¹ Ph. Choulet, *op. cit.*, spéc. p. 33.

par leur généralité et leur construction permanente, tel un dialogue constant entre le droit et la réalité des faits.

c. Une norme ayant un caractère général

28. Un élément clé des définitions données par la doctrine. - Le caractère général des principes est un ingrédient qui revient régulièrement dans les définitions données par la doctrine⁹² notamment celles, comme les professeurs Jestaz et Jamin, qui sont sensibles au positivisme. Selon ces derniers, le principe est « *une règle plus générale que d'autres et qui par conséquent gouverne des règles particulières placées à un moindre étage de normativité* »⁹³. La généralité est un terme finalement assez imprécis, il convient donc de préciser ce qu'il contient en l'occurrence.

En effet, les principes sont des règles qui sont générales comme toutes règles qui constituent une source du droit : ils ont vocation à s'appliquer à l'ensemble des sujets de droit. Seulement, en ce qui concerne les principes la généralité prend une véritable intensité.

29. Une généralité dans la forme. - Cette généralité se traduit tout d'abord dans sa forme : les principes sont laconiques. Ce mode d'édition permet à la règle de se résumer à l'essentiel et de la faire appliquer dans diverses occasions. Ainsi, s'intéresser aux principes de droit de la famille devient délicat puisque les principes sont souvent à cheval sur plusieurs branches du droit. Nous nous limiterons alors aux principes qui ont un véritable écho dans la gestion de la famille par le droit.

30. Une généralité dans le fond. - Sur le fond, le professeur Philippe Gérard a dégagé deux généralités en ce qui concerne les principes. D'une part, « *la généralité d'extension* » qui désigne la capacité des principes à englober de nombreuses règles particulières. D'autre part, « *la généralité par l'intensité* » qui suppose que les principes se situent sur un niveau supérieur dans la hiérarchie des normes. Sur ce second point, la controverse est régulière. Certes, les principes sont invoqués au détriment de textes qui auraient pu s'appliquer. Ils ont une nature

⁹² Par ex. : « Norme juridique dotée d'une généralité, d'une stabilité et d'une importance particulière », G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, t. I : Introduction générale à l'étude du droit civil*, op. cit., spéc. p. 230 ; « *Le principe est une règle plus générale que d'autres et qui par conséquent gouverne des règles particulières placées à un moindre étage de normativité* », Ch. Jamin et Ph. Jestaz, *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004, pp. 314, spéc. p. 228 ; Les principes sont « *des propositions non écrites dont la généralité permet de soutenir une large série de solutions positives* », D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, th. ss. dir. Y. Loussouarn, Paris 2, 1992, spéc. p.61

⁹³ Ph. Jestaz et Ch. Jamin, op. cit., spéc. p. 228.

contra legem qui induit leur supériorité. Cependant, il semble que l'enchevêtrement entre les textes et les règles extratextuelles ne puisse se traduire en terme hiérarchique. Cette vision kelsenienne du droit trouve peut-être dans l'avènement des principes un redoutable désaveu⁹⁴. Une autre division peut être admise en ce qui concerne la généralité des principes en droit de la famille. *Primo*, une généralité « *directive* » c'est-à-dire que le principe n'apporte aucune précision quant à sa mise en œuvre. Il a vocation à donner une direction, pas seulement dans le règlement des litiges mais dans l'appréhension du droit dans son intégralité. *Secundo*, une généralité « *englobante* » c'est-à-dire que le principe traduit une valeur globale et ne cible donc aucun cas particulier. Il donne alors une vision synoptique du régime juridique de l'objet qu'il concerne. C'est la raison pour laquelle, d'ailleurs, certains auteurs refusent de qualifier les principes de règles⁹⁵ puisqu'ils ne sauraient être cantonnés à une situation donnée. Les principes sont appelés à s'appliquer à de nombreuses situations différentes. Les principes seront toujours imprécis dans leur application⁹⁶ contrairement aux textes qui peuvent s'enfermer dans d'infinis détails, comme le constatent au quotidien la plupart des juristes.

d. Une norme ayant un régime juridique variable

31. Une application illimitée des principes. - Une norme ne peut exister si elle n'est pas appliquée. Une loi qui ne sanctionne pas est une lettre morte. C'est en cela que le pouvoir judiciaire est important et doit être séparé du pouvoir législatif et réglementaire. Cependant, cette inexistence de fait est impossible en ce qui concerne les principes : leur création coïncide avec leur application.

Par ailleurs, comme le principe est général, « *il comporte une série indéfinie d'applications* »⁹⁷. Face à cette infinité, le juge doit se frayer un chemin. Plus que dans la proclamation, le pouvoir prétorien est grand par la liberté d'action qui est laissée aux magistrats grâce aux principes, parce que ces derniers ont un régime juridique en perpétuelle construction. Le juge a donc un pouvoir plein et entier en ce qui concerne les principes. Il les crée mais il va également

⁹⁴ V. *supra.*, n° 363.

⁹⁵ V. notamment : D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, *op. cit.*, spéc. p. 54 et s. ; N. Molfessis, « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *op. cit.* ; J.-P. Gridel, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé » *op. cit.*

⁹⁶ C'est ce que traduit la pensée de Dworkin : « *Les principes ne s'appliquent pas sur le mode de « tout ou rien » mais se bornent à donner au juge une « raison » qui milite en faveur d'un type de solution sans pour autant contraindre une décision particulière* ». I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (ss. dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, éd. Presses de l'Université de Saint Louis, 2012, pp. 961, spéc. p. 754.

⁹⁷ J. Boulanger, « Principes généraux du droit et droit positif », *op. cit.* spéc. p. 56.

interpréter autour de cette norme tout le régime juridique qui en découle. La grande généralité des principes va donc permettre de construire leur régime juridique au fil de l'eau.

32. La question de la sécurité juridique. - Une crainte surgit alors concernant la prévisibilité des solutions. Il y a de quoi s'inquiéter quant à la sécurité juridique lorsque non seulement les solutions sont infinies mais encore plus quand ces solutions peuvent évoluer à tout moment⁹⁸. Même après la proclamation d'un principe par le juge, il n'est pas toujours aisément pour le justiciable français de connaître le droit. Rappelons en effet que l'autorité du précédent⁹⁹ n'est pas une source du droit en France¹⁰⁰ contrairement aux pays de la *Common Law*. Cependant, il existe bien une jurisprudence constante qui garantit une logique décisionnelle. A ce propos, la théorie des contraintes juridiques¹⁰¹ nous apporte une réponse rassurante face à ce pouvoir démesuré de la justice sur les principes. Un certain nombre de contraintes pèsent sur le juge, que ce soient, les normes existantes, les contrôles de sa décision par les autres magistrats, l'unité et la cohérence de la jurisprudence ou même les possibles critiques doctrinales... Il y a donc « *un perpétuel dilemme qui hante les cours suprêmes écartelées entre stabilité et modernité* »¹⁰² et qui induit que le juge n'opère de revirement de jurisprudence qu'en tremblant¹⁰³. « *Il est plus difficile de changer de jurisprudence établie que de modifier une loi* »¹⁰⁴ parce que les juges sont tributaires d'un large consensus que ce soit vis-à-vis de leurs pairs que vis-à-vis de la société tout entière. Si le corps social estime que la justice n'est pas rendue alors il sera compliqué de conserver un lien social apaisé en particulier si cette injustice est ressentie au sein du cœur familial¹⁰⁵.

⁹⁸ A ce propos le professeur Hauser mettait en garde contre les difficultés vers lesquelles nous avançons en droit de la famille : « *Attendons les incohérences et les contradictions, elles ne sauraient tarder. Il ne suffit pas d'avancer, en privilégiant, selon les jours, une direction ou une autre à la mode, dans le flou juridique, l'insécurité, l'arbitraire et l'imprévisibilité, quand en plus on ne sait pas où l'on va !* » J. Hauser, « L'intérêt supérieur de l'enfant et le fait accompli : une filiation quand je veux et avec qui je veux, par n'importe quel moyen », *RTD civ.* 2008, 93.

⁹⁹ Sur ce sujet, v. : Ph. Malaurie, « Les précédents et le droit », *op. cit.*

¹⁰⁰ Cet aspect nous a été rappelé par les juges de la haute juridiction : « *Et attendu que la sécurité juridique invoquée ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit* ». Civ. 1^{re}, 21 mars 2000 : *D.* 2000. 593, note C. Atias.

¹⁰¹ Sur ce sujet, v. : M. Troper, V. Champeil-Desplats et C. Grzegorczyk (ss. dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, coll. la pensée juridique, pp. 201 ; P. Brunet et V. Champeil-Desplats, « La théorie de contraintes juridiques face à la théorie des sources du droit », in *Les sources du droit revisitées*, vol. 4 : *La théorie des sources du droit*, ss. dir. Y. Cartuyvels, Ph. Gérard, I. Hachez, Fr. Ost et M. van de Kerchove, Presses Universitaires de Saint-Louis, 2012, pp. 1032.

¹⁰² V. Discours prononcé lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, le jeudi 9 janvier 2014 par Monsieur Jean-Claude Marin procureur général près de la Cour de cassation. Pour compléter cette réalité concernant la conscience du magistrat, Boulanger disait que « *rien ne vient limiter la souveraineté de la Cour de cassation, si ce n'est la haute conscience que la Cour régulatrice a toujours eu de sa mission* ». « Principes généraux du droit et droit positif », *op. cit.*, spéc. p. 68.

¹⁰³ Y. Chartier, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993*, éd. La documentation française, spéc. p. 151 : « *Les revirements marquent les esprits, mais sont un phénomène qu'on peut qualifier de rare* ».

¹⁰⁴ G. Ripert, *op. cit.*, spéc. p. 14.

¹⁰⁵ Les attaques que la justice vit aujourd'hui est certainement un des symptômes du délitement du corps social actuel : 81% des français estimeraient que la justice est trop laxiste selon un sondage CSA pour l'Institut pour la Justice. V. également : L. Garnerie, « Critiques contre les juges d'instruction : les magistrats inquiets », *Gaz. Pal.* n° 41, p. 8 ; C. Delbecque, « La justice

33. Des évolutions maîtrisées. - A y regarder de plus près, le régime juridique des principes, évolue à « petits pas »¹⁰⁶ au gré des affaires apportées devant les tribunaux. Nous verrons qu'au fur et à mesure de leur emploi, la justice apporte des précisions quant au régime juridique soit en y apportant des exceptions, soit au contraire en élargissant le champ d'application. Ainsi, si c'est contourné de dire que le juge, en tant « *qu'ingénieur social* »¹⁰⁷ a une liberté absolue¹⁰⁸, en revanche, la justice, en tant qu'institution, est maîtresse des principes. Or, une institution est par définition plus lente à forger une pensée et à agir ce qui permet de préserver la sécurité juridique dont les justiciables doivent bénéficier.

La définition des principes étant posée, il reste à déterminer quels sont les principes du droit de la famille. Or, dans cette étude, deux catégories de principes peuvent être abordées comme nous allons le voir désormais.

2. La double catégorie des principes

34. Des propositions de division par la doctrine. - La doctrine a souvent eu recours à la division des principes entre différentes catégories. Il peut y avoir, par exemple, une dichotomie en fonction de leur juridicité c'est-à-dire entre les principes normatifs et les principes extrapositifs¹⁰⁹. Le philosophe André Lalande allait même plus loin puisqu'il divisait ce terme en trois catégories. Tout d'abord, les principes d'ontologie qui relèvent de la philosophie, ensuite les principes de logique qui relèvent de la science du droit et, enfin, les principes normatifs qui appartiennent au droit¹¹⁰. S'agissant de cette étude seuls les principes appartenant au droit de la famille seront envisagés.

De manière plus moniste les principes peuvent être classés par certains selon le degré d'autorité de leur auteur. Il y aurait alors trois catégories : l'une supplétive en cas d'absence de texte,

est-elle laxiste ? Entre les magistrats et les citoyens, un fossé grandissant », *L'Express* du 18 juill. 2022 ; Tribune de C. Parisot, « Pourquoi une telle recrudescence des critiques à l'égard des juges ? », *L'Obs* du 27 sept. 2019.

¹⁰⁶ V. *infra*, n° 325.

¹⁰⁷ P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après les Code civil*, L'hermès, 3^e éd., 1994, spéc. p. 195.

¹⁰⁸ L'évolution du rôle du juge au sein de notre société entraîne de nouvelles interprétations sur son pouvoir mais quoi qu'il en soit reste encore mesuré de nos jours : « *Souligner la montée en puissance du juge, ce n'est pas le hisser au sommet d'une nouvelle pyramide et lui reconnaître tous les droits* », V. F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, spéc. p. 42.

¹⁰⁹ A. Jeammaud, « De la polysémie du terme « principe » dans les langages du droit et des juristes », in *Les principes en droit*, ss. dir. S. Caudal, Economica, coll. études juridiques, 2008, p. 49 et s., spéc. p. 70. Selon l'auteur, nous passons de plus en plus aujourd'hui à des principes extrapositifs que ne nous donnent que des orientations.

¹¹⁰ A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit..

l'autre législative et la dernière constitutionnelle¹¹¹. Malheureusement, comme nous le verrons¹¹², il est devenu impossible avec l'usage des principes de les classer sur une échelle de force normative.

Enfin, nous pouvons citer le classement proposé par Planiol lié à la nature même du principe : les principes d'ordre politique, les principes d'ordre moral, les principes d'ordre rationnel et les principes d'organisation technique d'ordre juridique¹¹³. Il semble cependant hardi de prétendre pouvoir classer les principes de la sorte et connaitre ainsi les motifs profonds des décisions de justice. Le principe concernant les souvenirs de famille¹¹⁴ par exemple peut tout aussi bien recouvrir une nécessité morale, que politique voire rationnelle.

35. Le principe selon Patrick Morvan. - En ce qui concerne le droit de la famille, il semble incontournable de s'appuyer sur les travaux du professeur Patrick Morvan. Ce dernier a fait un travail exceptionnel de définition du principe de droit privé dans sa thèse. Il a pu à cette occasion déterminer deux critères permettant d'affirmer qu'une règle donnée est bien un principe. Un critère formel d'une part, à travers le visa de principe que nous avons déjà vu plus haut¹¹⁵. D'autre part, il y a un critère matériel qui peut se traduire par le fait que le principe est *extra legem* et/ou déambule au sein des différentes branches du droit c'est-à-dire qu'il va rayonner dans d'autres ordres juridiques. Ainsi, à travers des éléments concrets, le professeur Morvan nous permet d'avoir une définition très précise de la norme de principe¹¹⁶.

36. L'insuffisance des principes visés pour déterminer les principes en droit de la famille. - Pourtant, cette définition très technique ne permet pas de nier la définition originelle du terme principe qui est d'être une règle première au fondement de l'étude scientifique. A ce titre, il est impossible d'étudier les principes en droit de la famille en se limitant aux principes visés par la Cour de cassation. Il faut, dans le dessein de traiter entièrement le sujet, mener une réflexion sur les règles qui sous-tendent le droit de la famille dans sa globalité. Le nier serait passer à côté du retour à la « *conscience morale* » que semble vivre notre temps¹¹⁷. Deux types

¹¹¹ G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, Puf, 1990, spéc. p. 477.

¹¹² V. *infra*, n° 342.

¹¹³ M. Planiol, refondu et complété par G. Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil – t. I : Principes généraux, Personnes et Biens*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, spéc. p. 70.

¹¹⁴ V. *infra*, n° 141 et s.

¹¹⁵ V. *supra*, n° 23.

¹¹⁶ P. Morvan, *Le principe de droit privé*, préface J-L Sourioux, éd. Panthéon-Assas, Paris, 1999, pp. 788.

¹¹⁷ Ce renouveau est notamment parfaitement décrit dans les différents ouvrages du professeur M. Fabre Magnan. Elle affirme notamment que : « *le renouveau de l'éthique traduit un retour à une conscience morale dont le droit pourrait être la voix. Une sorte de retour aux sources, elle du Droit comme principe de limite et de légitimité, comme protection contre les formes nouvelles de pouvoir, d'un droit de l'humanité qui n'inspire pas encore notre droit positif trop pétri d'utilitarisme scientifique* ». M. Fabre Magnan, préf. in C. Labrusse-Riou, *Ecrits de bioéthique*, Puf, Paris, spéc. p. 31.

de principes cohabitent alors : ceux déterminés par Patrick Morvan et qui relèvent de la technique et ceux plus philosophiques qui impulsent la matière. Ces derniers répondent à la définition donnée par le professeur Philippe Gérard : « *des normes générales qui servent à expliquer et justifier les règles du système juridique en exprimant les valeurs ou les objectifs fondamentaux dont elles tendent à assurer la réalisation* »¹¹⁸. Ces principes, que nous qualifierons de directeurs, ne sortent pas du droit, ils ne débordent pas sur la morale même s'ils s'en approchent certainement. Ils jouent le rôle essentiel de conduire l'élaboration de la norme et son interprétation¹¹⁹.

Il faut donc admettre qu'il existe plusieurs catégories de principes. Patrick Morvan lui-même admet qu'il existe diverses espèces de principes puisqu'il aborde par exemple le cas des principes instrumentaux¹²⁰. Dans ce dernier cas, nous sommes face à un groupe de principes invoqués par le juge dans son visa¹²¹. Ainsi, aucune règle précise ne vient soutenir la décision mais un ensemble qui traduit un esprit à partir duquel le juge vient trancher le litige. Il s'agit la plupart du temps d'un litige international dans lequel de nombreuses règles entrent en concurrence.

37. Une dichotomie permettant de mieux appréhender le droit de la famille. - Cette dichotomie établie, il nous deviendra possible de lister les principes en droit de la famille. Il s'agit d'un passage indispensable pour mieux comprendre la branche du droit de la famille. Il est vrai que « *le fonctionnement des principes généraux en droit contemporain contribue précisément à dépasser le clivage moderne entre l'autorité du texte et l'exigence abstraite de la raison, entre lesquelles on se croit encore pourtant obligé de choisir* »¹²². L'ensemble de la

¹¹⁸ Ph. Gérard, « Aspect de la problématique actuelle des principes généraux du droit », *op. cit.*, spéc. p.79. L'auteur explique ici la pensée du Professeur Neil MacCormick. C'est également la vision du professeur Boulanger : « *Pour employer le langage des philosophes, les principes du droit composent des ensembles de « valeurs ». A chaque juriste de marquer ses préférences. Nous nous contenterons de faire observer que, si des principes ne sont pas nécessairement meilleurs, parce qu'ils sont traditionnels, la proposition inverse est également vraie : des principes ne sont pas nécessairement meilleurs parce qu'ils sont nouveaux* », « Principe généraux du droit et droit positif », *op. cit.*, spéc. p. 74.

¹¹⁹ Ces principes directeurs sont le reflet des valeurs de la société, or, vouloir enlever toute référence aux valeurs en droit était une ablation d'un organe vital du droit.

¹²⁰ P. Morvan, *op. cit.*, spéc. p. 697 et s.. L'auteur critique d'ailleurs cette citation plurielle des principes par le juge. Selon lui, ce procédé ne donne aucune justification satisfaisante de la décision : « *Il (le texte de loi) cède la place à un intitulé grossier qui se borne à afficher la discipline concernée avec un degré inouï d'approximation* ».

¹²¹ Dans le domaine familial nous pouvons citer : Civ. 1^{ère}, 6 juillet 1988, *Bull. civ.* I, n°224, p. 157, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 360, note G. Khairallah, *JKI* 1989, p. 715, note G. Wiederkehr : « *Principes de droit international privé des régimes matrimoniaux* » ; Civ. 1^{ère}, 18 octobre 1988, *JCP G* 1989, II, 21259, note J. Prévault, *JKI* 1989, p. 349, note D. Alexandre, *Rev. crit. DIP* 1989 p. 369 ou encore Civ. 1^{ère}, 14 avr. 2021, n° 19-24.773 : « *Vu les principes régissant les successions internationales applicables aux successions* » ; Civ. 1^{ère}, 25 juin 1991, *JCP G* 1992, II, 21798, note H. Muir-Watt, *D.* 1992. 51, note J. Massip, *JKI* 1991, p. 975, note H. Gaudemont-Tallon : « *Principes de droit international privé en matière de statut personnel* ».

¹²² B. Frydman, *Le sens des lois – histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, *op. cit.*, spéc. p. 666.

société se rend compte du changement du visage familial. Le droit qui embrassait les mœurs¹²³ se retrouve tiraillé, entraîné par les flots des nouvelles revendications¹²⁴ et retenu par des normes ancrées¹²⁵. Ce n'est pas un mystère que le droit est fortement lié au contexte socio-politique. Les principes étant modelés au gré des faits qui sont soumis au regard du juge, ils sont un indicateur fiable de la position du droit vis-à-vis des évolutions sociales.

38. La raison de la mise à l'écart de la liberté. - Ainsi, le droit est partagé entre le désir d'accompagner la libéralisation de la société et d'accomplir son rôle protecteur. Cependant, liberté n'est pas principe, ce que Patrick Morvan a parfaitement expliqué¹²⁶. La liberté n'est pas une norme, la norme vient toujours limiter cette liberté pour permettre une vie sociale. Le droit encadre notre liberté, cette dernière est donc hors du droit. Ainsi, il y a abus de langage quand la Cour de cassation affirme qu'*« en décidant que toute promesse de mariage est nulle en soi, comme portant atteinte à la liberté illimitée qui doit exister dans les mariages, l'arrêt attaqué n'a fait que proclamer un principe d'ordre public, et qui, soit avant, soit depuis la promulgation du Code civil, a toujours été consacré par la jurisprudence »*¹²⁷. Il n'y a pas seulement la Cour de cassation qui se trompe puisque Jean Carbonnier affirme que *« c'est encore un principe général que toute promesse de mariage est nulle en elle-même comme portant atteinte à la liberté qui doit régner dans la formation du lien conjugal »*¹²⁸. Il existe même une dissension réelle entre droit et liberté où l'un et l'autre travaillent constamment à une cohabitation raisonnable. La philosophie voulue est de laisser l'Homme autant que possible libre de ses choix et le mouvement actuel est de pousser les limites du cadre juridique. Or, il y a toujours une méfiance envers la liberté qui menace la famille. Lors du débat sur la libéralisation du divorce,

¹²³ Selon Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *La famille*, op. cit., n° 51, spéc. p. 44 : « la loi civil [...] dans le droit familial [...] dit ce qui est mal et ce qui est bien ».

¹²⁴ Sur ce sujet, voici un extrait très intéressant de l'intervention du professeur Labrusse-Riou : « *Il semble que nous vivons actuellement une période de grandes confusions qui submergent les juristes ; interprètent de la légalité, ces derniers ne savent plus reconnaître dans un droit positif qui, à des titres divers, prétend tout épouser, les faits et les mœurs, les idéologies, les besoins et les désirs, tous plus ou moins érigés en droit subjectifs, les sciences sous toutes leurs manifestations (biologiques, psychologiques, pédagogiques) chaque spécialiste érigeant en « science » son maigre savoir pour mieux asseoir son autorité, les morales substituées à la morale, les vertus aussi (tolérance, équité), que sais-je encore ? », « Droits de l'homme et institution des liens familiaux : Une relation explosive ou perverte ? », in *La famille, le lien et la norme, Actes du coll. de L'Institut des Sciences de la Famille du 10 et 11 mai 1996*, ss. dir. G. Eid, L'Harmattan, 1997, spéc. p. 53. Sur ce sujet, v. également : Y. Lequette, « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », in mél. en l'honneur du professeur G. Champenois, Defrénois, 2012, pp. 523-550.*

¹²⁵ C'est ce que traduisait le discours prononcé lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire par Monsieur Jean-Claude Marin procureur général près de la Cour de cassation le jeudi 9 janvier 2014 : « *Ce perpétuel dilemme qui hante les cours suprêmes écartelée entre stabilité et modernité* ».

¹²⁶ P. Morvan, op. cit., spéc. p. 51. L'auteur compare le droit à un cadre qui vient directement limiter la liberté.

¹²⁷ Req., 30 mai 1838, arrêt Bouvier.

¹²⁸ J. Carbonnier, *Droit civil – Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, éd. puf, coll. Quadrige Manuels, 2004, spéc. p. 263

la crainte de la fragilisation de l'institution familiale était présente¹²⁹. Si ces peurs ne pouvaient justifier le maintien d'un mariage incurable, il est certain que les libertés individuelles ont supplanté la sacralité familiale¹³⁰.

39. Problématique. – Le droit de la famille perdu dans les méandres des intérêts personnels qui effacent désormais très souvent ceux du groupe ; dans une soif de libertés qui ne se tarie pas ; dans un monde aux connexions internationales grandissantes ; à une identité de plus en plus « *incertaine* »¹³¹. Il est cependant inconfortable de naviguer à vue en droit. Les principes peuvent alors jouer le rôle de boussole. Ils permettent de conserver une colonne vertébrale et de continuer à avancer de manière ordonnée.

L'urgence de cette étude est d'autant plus vraie que l'existence même de ces principes pose question. Ils sont en effet, régulièrement attachés à d'autres branches du droit. Par ailleurs, aucune étude ne s'est penchée jusqu'à aujourd'hui sur les principes en droit de la famille. Il est donc nécessaire de les citer. Ainsi, pour les identifier, il semble opportun de se demander lesquels jouent un rôle dans les relations familiales. Une fois déterminé, la question est de savoir comment les principes s'intègrent dans une branche du droit où il existe « *une perte de cohérence dans ses sources* »¹³² ? La normativité des principes en droit de la famille interroge tant il existe de contradictions dans l'application qui en est faite par le juge. De même, comment les principes tolèrent-ils les bouleversements que subit le droit de la famille depuis une cinquantaine d'année maintenant ? Par exemple, ces principes comme celui des souvenirs de famille, qui vont à contrecourant en privilégiant le groupe sur l'individu¹³³, arrivent-ils à subsister face à l'individualisme grandissant ? L'effectivité des principes en droit de la famille ne peut rester indifférente face à toutes ces évolutions.

40. Annonce du plan. - Ce qui est certain c'est que le droit et en particulier le droit de la famille se veut aujourd'hui plus pragmatique tout en proclamant un système de valeur. Les principes sont un élément indispensable pour permettre cette synthèse. Leur étude devient incontournable. Si « *toutes les familles heureuses se ressemblent, mais chaque famille*

¹²⁹ V. notamment : G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil : Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 1976, spéc. p. 49 : « *Le souci de la liberté individuelle conduit à l'affaiblissement des liens familiaux notamment par l'admission du divorce* ».

¹³⁰ Sur ce sujet, v. : E. Maulin, « *L'invention des principes* », in *Les principes en droit*, ss. dir. S. Caudal, éd. Economica, coll. Études juridiques, Paris, 2008, spéc. p. 26 : « *Ce sont, au contraire, des principes (ceux de notre univers politique) relativement récent qui ne sont rendus possibles que par la triple révolution théologique, scientifique et anthropologique qui a caractérisé la naissance de l'ère moderne progressivement centrée autour de la reconnaissance de l'individu* ».

¹³¹ L. Roussel, *La famille incertaine*, Odile Jacob, 1989. Sur ce sujet, v. : J.-P. Lebrun et J.-L. Renchon, *Où va la famille ? Droit et psychanalyse*, Érès, coll. Humus, 2023, pp. 302.

¹³² E. Millard, « *L'évolution du droit de la famille* », *Réalités familiales*, 2003, 68, pp. 80-84, spéc. p. 81.

¹³³ Sur ce sujet, v. : F. de Singly, *Sociologie de la famille contemporaine*, éd. Armand Colin, 2007.

malheureuse l'est à sa façon »¹³⁴, le droit n'intervient bien souvent qu'aux moments douloureux. Il est alors cornélien d'appliquer une bonne justice¹³⁵. Les principes participent efficacement à ce défi c'est pourquoi il faut avoir les idées claires sur ces normes afin de savoir les manier. Il est temps désormais d'entrer dans le recensement de ces principes (Partie 1) avant d'en étudier le fonctionnement (Partie 2).

¹³⁴ L. Nikolaïevitch, *Anna Karénine*, trad. S. Luneau, éd. Hazan, spéc. p. 3.

¹³⁵ V. sur ce sujet : A. Sériaux, « Le juriste face au droit de la famille », *Dr. fam.*, juin 2001, chron. 13, notamment : « *Rigide de par ses principes, le droit de la famille devient légitimement médiocre quand il les applique* ».

Partie 1 – L’existence des principes en droit de la famille

41. Introduction. - Nous allons pour commencer faire un inventaire le plus exhaustif possible des principes en droit de la famille. Si cette partie peut être l’objet d’une liste fastidieuse, il est important que soit nommé l’ensemble des principes structurant le droit de la famille. D’une part, il est nécessaire de procéder à la description de ces principes afin d’appréhender cette thèse de la meilleure des façons puisque ceux-ci seront repris tout au long du développement. D’autre part, ce travail de recensement n’ayant, semble-t-il, jamais été accompli, a une utilité certaine dans l’appréhension globale du droit de la famille.

42. Annonce du plan – Lorsqu’il traite des principes, le professeur Jeammaud propose une dichotomie intéressante¹³⁶. Il mentionne d’un côté les principes extra positifs qui s’apparentent plus à une orientation qu’à une norme et, de l’autre côté, les principes normatifs. C’est cette division sur laquelle nous nous pencherons pour cette partie puisque nous allons étudier en premier lieu les principes qui dirigent le droit de la famille. Ces derniers sont indispensables à la cohérence de la structure de notre droit. Les principes que nous pourrons qualifier de matriciels sont la structure de la famille, ils expliquent la vision que notre droit porte sur ce groupement. En second lieu nous verrons que beaucoup de principes existent mais n’agissent que sur certains pans du droit de la famille. En d’autres termes, nous verrons en premier lieu les principes dans leur sens usuel c’est-à-dire « *Norme constituant une référence fondée sur des considérations théoriques, des valeurs sur lesquelles il convient de régler une action ou sa conduite.* »¹³⁷. Dans le second titre, nous aborderons les principes de droit de la famille dans un sens plus étroit puisque leur portée est moins générale et qu’ils ont une force normative moindre étant donné leur mise en concurrence avec les autres normes.

¹³⁶ A. Jeammaud, « De la polysémie du terme « principe » dans les langages du droit et des juristes », in *Les principes en droit*, ss. dir. S. Caudal, Économica, coll. études juridiques, Paris, 2008, spéc. p. 70.

¹³⁷ V° « Principe », in *Dictionnaire de la langue française*.
<https://www.lalanguefrancaise.com/dictionnaire/definition/principe>.

Titre 1 – Les principes directeurs du droit de la famille

43. Définition. - Il paraît absolument nécessaire que juriste connaisse les principes gouvernant la matière dont il se réclame savant. Ainsi, il est important d'établir les principes qui tracent les contours de la famille juridiquement reconnue étant donné que « *les principes généraux constituent la base de toute construction juridique* » et que donc, « *les règles de droit ne peuvent être édictées et évoluer qu'en fonction des principes généraux auxquels elles doivent se conformer* »¹³⁸. Une branche du droit repose sur une série de principes qui donnent l'esprit de la matière. Cependant, nous ne reprendrons pas le terme de « généraux ». Les principes généraux du droit ont un périmètre plus large que les seuls principes qui enracent un domaine juridique dans un socle à partir duquel la matière se construit. De même, nous n'emploierons pas le terme « fondamental », celui-ci étant utilisé pour les principes consacrés par un texte supranational. Enfin, nous écarterons volontairement dans ce premier titre les principes dits essentiels du fait que ces derniers relèvent de l'ordre public international et non de la gouvernance de la matière. Les principes essentiels sont les successeurs des « principes de justice universelle » qui étaient, selon l'arrêt Lautour¹³⁹, « *considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue* ». Ces principes, s'ils sont essentiels, restent en effet étroitement liés à l'opinion française, ce qui les rend instables. Cette notion est apparue en 2010¹⁴⁰ à travers l'affirmation par la Cour de cassation de l'égalité des parents comme principe essentiel de droit français. Depuis lors, trois principes essentiels ont été affirmés par la Cour de cassation et deux d'entre eux ont été désavoués. Il s'agit d'une part, du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes¹⁴¹ et, d'autre part du principe d'altérité sexuelle de la filiation¹⁴². Nous constatons l'instabilité de ceux-ci. Ainsi, nous préférerons employer le terme

¹³⁸ J.-L. Bergel, *Méthodes du droit, Théorie générale du droit*, Dalloz, 2012, spéc. p.87.

¹³⁹ Civ. 25 mai 1948, *D.* 1948. 357, note Lerebours-Pigeonnière ; *Rev. crit. DIP* 1949. 89, note Batiffol ; *JDI* 1949. 38 ; *S.* 1949. 1. 21, note Niboyet ; *JCP* 1948. II. 4542, note Vasseur ; *GA*, n°19.

¹⁴⁰ Civ 1^{ère}, 4 nov. 2010 : *Bull. civ.* I, n°218 ; *Dalloz actualité*, 18 oct. 2010, obs. Gallmeister ; *AJ fam.* 2011. 46, obs. Boiché ; *dr fam.* 2011, n° 47, obs. Viganotti ; *RLDC* 2011/78; n° 4098, obs. Gallois ; *RJPF* 2011-1/21, obs. Meyzeaud-Garaud ; *RTD civ.* 2011. 116, obs. Hauser

¹⁴¹ Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2011, n°10-19.053, *Mennesson : JurisData* n°2011-005609 et Cass. 1^{ère} civ. 6 avril 2011, n°09-17.130, *Labassé : JurisData* n°2011-005607 ; *Dr. fam.* 2011, étude 14, C. Neirinck ; *JCP G* 2011, 441, obs. Vialla et Reynier ; *D.* 2011, p. 1001, édito. F. Rome ; *D.* 2011.1064, entretien X. Labbée ; *D.* 2011. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet ; *D.* 2011.1585, obs. F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2011, p. 262, obs. F. Chénédé ; *AJ fam.* 2011, p. 265, obs. B. Haftel ; *AJCT* 2011, p. 301, obs. C. Siffrein-Blanc ; *RTD civ.* 2011, p. 340, obs. J. Hauser ; *RLDC* 2011/82, n°4244, obs. Gallois ; *RLDC* 2011/83, n°4275, obs. A. Mirkovic ; *Gaz. Pal.* 2011, p. 1489, avis Domingo ; *Gaz. Pal.* 2011, p. 1512, note B. Weiss Gout ; *Rev. crit. DIP* 2011, p. 722 note P. Hammje : « *est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet au regard de la filiation à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui* ».

¹⁴² Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, n° 11.30.261 et n° 11-30.262 : *JurisData* n° 2012-011952 et *JurisData* n° 2012-011937 ; *JCP G* 2012. 856, C. Petit ; *ibid.* p. 857, F. Chénédé ; *ibid.* p. 728, A. Devers ; *JCP N* 2012, 1314, J.-D. Azincourt ; *AJF* 2012, p. 397, A. Dionisi-Peyrusse : « *est contraire à un principe essentiel du droit français de la filiation, la reconnaissance en France d'une décision étrangère dont la transcription sur les registres de l'état civil français, valant acte de naissance, emporte inscription d'un enfant comme né de deux parents du même sexe* ».

« directeur ». De nombreuses thèses ont été soutenues sur des principes directeurs d'une branche de droit donnée¹⁴³. En effet, depuis l'apparition de la notion de principes directeurs en matière civile, les branches du droit tendent à définir chacune leurs principes directeurs. Nous tentons, dans ce présent titre, de proposer quels pourraient être les principes dirigeant le droit de la famille.

44. Annonce du plan. – La détermination de ces principes est délicate car l'essor de la prise en compte des revendications individuelles ébranle jusqu'aux grands principes qui encadrent notre droit de la famille. Ces principes exercent en effet inéluctablement une contrainte qui est de moins en moins tolérée. Aussi, le législateur comme le juge se perd dans la recherche d'un cadre individualisé qui devient alors de plus en plus difforme et illisible. Cependant, de grands principes en droit de la famille existent et ce travail de recherche offre l'occasion de les étudier pour comprendre leur importance au sein du droit.

Ces principes sont peu nombreux mais établissent à eux seuls les contours de la famille reconnue par notre droit. Nous avons relevé cinq principes directeurs : la dignité, l'égalité, l'entraide, la monogamie et l'exogamie. Les trois premiers sont essentiels à un fonctionnement vertueux de la famille (chap. 1) ; quant aux deux derniers, ils dessinent les limites imposées pour qu'il y ait famille (chap. 2). Ces cinq principes sont la quintessence des bases juridiques de notre droit de la famille. Sans eux, aucune reconnaissance familiale n'est possible. Ainsi, sous les traits des grands principes, une famille peut être définie comme un groupe de personnes entretenant des rapports de dignité, d'égalité et d'entraide et dont les liens d'alliance sont monogames et exogames. Il s'agit donc dans ce présent titre, de définir chacun de ces termes et de caractériser leur nécessité.

¹⁴³ M. Goubinat, *Les principes directeurs du droit des contrats*, th. ss. dir. S. Bros, 2016 ; S. Riancho, *Les principes directeurs du droit du travail*, th. ss. dir. J.-F. Cesaro, 2019 ; E. Vergès, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, th. ss. dir. S. Cimamonti, 2000 ; I. Ka, *Le juge face aux principes directeurs du procès civil*, th. ss. dir. O. Salati, 2015 ; H. Nadjar, *Les principes directeurs en matière d'offres publiques*, th. ss. dir. S. Torck, 2018.

Chapitre 1 Les principes vertueux du droit de la famille

45. Les principes et la vertu. – Il est aujourd’hui plus fréquent de parler d’éthique plutôt que de vertus. En effet, le terme d’éthique recouvre l’ensemble des conceptions morales exemptes de tout jugement de valeur. La vertu, en revanche, désigne tout ce qui tend vers le bien. Or, il semble opportun de rappeler que les êtres humains ont la capacité de déterminer quels principes pourraient favoriser le bien au sein des familles. Les principes que nous allons étudier tendent indubitablement vers le bien commun de la famille. Ils peuvent, en effet, être qualifiés de vertueux car, outre le fait qu’ils concernent la direction morale des comportements interfamiliaux, ils portent en eux une force qui les pousse à faire le bien. A travers eux, « *le droit participe à la morale, des valeurs, en choisissant de les consacrer – ou non – parce qu’elles sont nécessaires à l’existence d’une société* »¹⁴⁴. La société est en droit d’attendre que soient condamnés des comportements qui ne peuvent avoir leur place dans le cercle familial. La famille est un lieu privilégié d’affection, de protection et de solidarité. En l’absence d’application de ces grands principes vertueux, les liens familiaux sont dénaturés.

Nous verrons cependant, que ces principes portent en eux une marge d’appréciation qui peut les fragiliser, d’autant plus qu’ils se confrontent de plus en plus à des normes concurrentielles, des mœurs nouvelles et *in fine* une difficulté grandissante à conserver une vision commune de ce que doit être la vertu familiale.

46. Annonce du plan. - Dans le présent chapitre nous allons donc étudier trois principes : celui de dignité tout d’abord (section 1), celui d’égalité ensuite (section 2) et celui de solidarité pour finir (section 3). Traiter de ces principes ne se résume pas à se draper de « *vêtements magnifiques* »¹⁴⁵ mais, plus simplement, consiste à se poser la question de leur applicabilité. Nous reviendrons donc sur le fait que rien ne peut déroger au principe de dignité, il est un axiome de notre droit. Il n’en va pas de même avec le principe d’égalité, puisqu’il n’a pas vocation à être absolu mais simplement à garantir des relations saines permettant l’épanouissement de chaque individu dans l’espace familial. Enfin, nous verrons que le principe de solidarité tire sa force des liens qui unissent les membres d’une famille.

¹⁴⁴ D. Krajewski, « Les outils jurisprudentiels de la moralisation », *Mél. en l’honneur de Ph. Le Tourneau*, Dalloz, Paris, 2008, spéc. p. 564.

¹⁴⁵ G. Ripert, *Les forces créatrices de droit*, L.G.D.J., 1955, spéc. p. 327 : « *Les hommes qui dans le combat pour le droit se jettent à la tête des arguments trouvent dans l'affirmation des principes des vêtements magnifiques pour des opinions discutables* ».

Section 1. Le principe de dignité

47. Définition du principe de dignité. – Si elle était latente depuis toujours, l'affirmation de la dignité s'est faite pressante après les horreurs connues pendant la seconde guerre mondiale. Le principe doit, dès lors, avoir une fonction protectrice de l'humanité. Il « répond à une vocation défensive de la fragilité existentielle contre le développement de certaines capacités destructrices de la civilisation de puissance, qu'elles soient masquées par un support technique, médical, étatique, commercial ou marchand »¹⁴⁶. Ainsi, le principe de dignité de la personne humaine est affirmé par l'article 16 du Code civil. Le Conseil constitutionnel lui a donné une valeur constitutionnelle dans sa décision du 27 juillet 1994¹⁴⁷. Par la suite, ce principe a été mentionné à plusieurs reprises sur différents sujets¹⁴⁸. En effet, le principe de la dignité de la personne humaine est le fondement de notre démocratie. Son respect s'étend bien au-delà du droit de la famille. En ce qui nous concerne, ce « méta-principe »¹⁴⁹ est essentiel à cette branche du droit, tant et si bien que son existence ne cesse d'être invoquée.

Jusqu'à aujourd'hui, il est difficile de donner une définition juridiquement claire de la notion de dignité. D'après le Professeur Jean-René Binet, « *la dignité de la personne humaine s'imposera, non comme un axiome, logiquement induit d'autres éléments, mais comme un postulat éthique, indémontrable, mais formulable* »¹⁵⁰ selon lequel l'être humain a une dimension plus respectable que toute autre espèce animale. C'est en ce sens que nous pouvons affirmer que la dignité de la personne humaine ne peut être que fonctionnelle, c'est-à-dire, qu'elle ne peut répondre à une liste de comportements qui la définissent. La dignité est le regard

¹⁴⁶ A. Zabalza, « Philosophie juridique des droits de la personnalité », in *Traité de droits de la personnalité*, ss. dir. de J-C. Saint-pau, LexisNexis, coll. Traités, Paris, 2013, Introduction, spéc. p.44

¹⁴⁷ Cons. Const., 27 juill. 1994, n°94-343/344 sur la loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JO 29 juill. 1994, p. 11024, spéc. considérant 2 : « *La sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* »

¹⁴⁸ Cons. Const., 1^{er} fév. 2019, 2018-761 QPC, sur la pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution ; Cons. Const. 2 juin 2017, 2017-632 QPC, sur la procédure collégiale préalable à la décision de limitation ou d'arrêts des traitements d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté ; Cons. Const., 17 nov. 2016, 2016-599 DC, sur loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle ; Cons. Const., 21 nov. 2014, 2014-429 QPC, sur le droit de représentation des notaires ; Cons. Const. 31 juill. 2014, 2014-700 DC, sur loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes ; Cons. Const., 17 mai 2013, 2013-669 DC, sur la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe ; Cons. Const., 29 juin 2012, 2012-260 QPC, sur le mariage d'une personne en curatelle ; Cons. Const., 30 sept. 2011, 2011-173 QPC, sur les conditions de réalisations des expertises génétiques sur une personne décédée à des fins d'actions en matière de filiation ; Cons. Const., 5 août 2011, 2011-159 QPC, sur les droits de prélèvement dans la succession d'un héritier français ; Cons. Const, 11 juin 2010, 2010-2 QPC, sur la loi dite anti-Perruche.

¹⁴⁹ Expression usitée par J. Le Gars, « Homme augmenté, transhumanisme en embuscade », *Dr. fam.*, juin 2018, pp. 17-21, spéc. p. 19.

¹⁵⁰ J.-R. Binet, *Droit et progrès scientifique, science du droit, valeurs et biomédecine*, PUF, 2002, p. 205. Cela rejoint la description selon laquelle : « *L'esprit humain bute nécessairement à un moment donné sur un indémontrable et un inconnaisable, et c'est là ce qui en droit, prend le nom de dignité* », M. Fabre-Magnan, *Introduction générale au droit, Cours et méthodologie*, PUF, 2010, spéc. p. 145.

que la société pose sur chacun de ses membres et qui apporte la preuve à toute personne humaine de sa valeur illimitée. Cette démonstration ne peut être faite qu'avec quelques comportements définis mais par le mouvement d'une société toute entière.

48. Annonce du plan. – Nous verrons donc, dans un premier temps, quelles sont les deux approches qui peuvent être faites concernant le principe de dignité (§1). Ensuite, nous verrons quelle place est faite au principe de dignité au sein du droit de la famille (§2). Le principe de dignité a une expression particulière au sein de la famille car dans ce cercle de personnes, les individus sont définis par la place qu'ils occupent. La reconnaissance de notre humanité passe par cette capacité à nous ordonner, hiérarchiser et cela oblige chacun vis-à-vis des autres membres du groupe familial. Dans un troisième temps, nous verrons l'évolution du principe au sein de cette branche du droit (§3).

§1. Les approches juridiques du principe de dignité

49. Une approche dualiste du principe de dignité. - Cette absence de définition semble difficilement compatible avec la nature des principes qui imposent le respect de règles claires. Pourtant, le respect de la dignité de la personne humaine est une norme contraignante et si la liste des actes qu'elle interdit ou impose est vouée à l'imperfection, il n'en reste pas moins que sa conception fait découler des sanctions. Or, la dignité peut être vue de deux manières en adoptant soit une approche subjective (A) soit une approche objective (B).

A) L'approche subjective du principe de dignité

50. La dignité comme capacité à s'autodéterminer. - La première manière d'appréhender le principe de dignité consiste à se placer du côté de l'individu lui-même. Sa dignité réside alors au sein de « *la valeur éminente qui s'attache à l'individu tenu du caractère unique, irremplaçable de son accomplissement personnel* »¹⁵¹. L'individu est digne parce qu'il s'autodétermine. De cette considération individualiste de la dignité ressort un attachement étroit de celle-ci, voire une confusion, avec la liberté. Pourtant ces deux notions sont opposées en

¹⁵¹ G. Lebreton, « Les ambiguïtés du droit français à l'égard de la dignité de la personne humaine », *Mél en l'honneur de P. Gélyard*, Montchrestien, 1999, p. 55.

droit. En effet, la liberté n'impose pas de comportement précis. Au contraire, la liberté n'existe qu'en ce qu'elle laisse à l'individu qui la revendique la possibilité d'une multitude de choix jusqu'au renoncement à cette dernière. Ce constat fait dire au Professeur Patrick Morvan que la liberté est *a-normative*¹⁵². L'existence du droit n'est justifiée qu'en ce qu'il dessine les contours de la liberté de l'homme qui, sans lui, serait infinie. L'au-delà des frontières normatives n'est fait que de liberté. Les principes, parce qu'ils sont des normes contraignantes, font partie du droit. Contrairement à la liberté, les principes appartiennent au *sollen*. Cet aspect explique que certains auteurs parlent de la dignité comme un concept liberticide¹⁵³. Nous ne saurions leur donner torts puisque toutes normes portent en elle une limitation de la liberté. Cette considération du principe de la dignité vu comme l'application de la liberté laissée à l'Homme de s'autodéterminer porte en elle une méprise originelle. Ainsi, lorsque les partisans de l'euthanasie invoquent le principe de dignité, ces derniers invoquent en réalité la liberté de se donner la mort. Cette confusion explique en grande partie les nombreuses évocations erronées de la dignité. En effet, le principe de dignité commande plutôt de considérer que toute vie humaine est égale et sacrée de sorte qu'elle doit être protégée par-delà toute volonté¹⁵⁴.

B) L'approche objective du principe de dignité

51. La dignité comme parapet de l'humanité. - La seconde manière d'envisager la dignité commande de voir cette dernière non pas selon la capacité de l'individu à s'autodéterminer, mais selon l'humanité présente en chacun. Elle est « *la valeur éminente qui s'attache à l'être humain en sa qualité de membre de l'espèce humaine* »¹⁵⁵. Cette appréciation de la dignité est apparue pour la première fois chez Saint Augustin qui, dans *les Confessions*, considérait la dignité non pas comme un droit élitiste mais comme un principe redevable à tout homme. Kant reprendra cette réflexion mais en affirmant que la dignité n'est plus le fruit du regard de Dieu mais est donnée par la conscience de l'Homme qui devient l'alpha et l'oméga¹⁵⁶. Par cette

¹⁵² P. Morvan, *Le principe de droit privé*, op. cit., spéc. p. 49. P. Morvan reprend la définition donnée par Josserand de la liberté et en déduit cette a-normativité incompatible avec les principes de droit.

¹⁵³ J.-P. Baud, *Le droit de vie et de mort. Archéologie de la bioéthique*, Flammarion, 2001, spéc. p. 308 : « Aux quelques juristes qui font aujourd'hui passer la dignité humaine pour un concept nouveau, donnons acte de ce qu'elle est nouvelle en cette fonction liberticide qui la met à l'épicentre de ce qui détruit la civilisation du droit civil ».

¹⁵⁴ V. par ex. : J. Lecomte, « Le principe de dignité humaine dans les lois de bioéthique », 1^{ère} partie, : *Revue juridique de l'Ouest*, 2004, p. 105 : « Entre l'euthanasie et les soins palliatifs, deux conceptions du principe de dignité humaine s'affrontent : celle d'une liberté composante de la dignité, et celle d'une dignité humaine parfois supérieure à la liberté. Faut-il reconnaître la liberté de la personne et son autonomie, en lui laissant estimer que ses souffrances lui enlèvent toute dignité et toute valeur ? En faisant primer la liberté, on accepte que la personne, par désespoir, par peur ou par compassion envers sa famille, se réduise à un corps souffrant. »

¹⁵⁵ G. Lebreton, « Les ambiguïtés du droit français à l'égard de la dignité de la personne humaine », op. cit., p. 56.

¹⁵⁶ E. Kant, *Leçons d'éthique* : 1775-1780, traduit par Langlois, Paris, Livre de Poche, 1997, pp. 414.

définition, nous ne saurions confondre liberté et principe de dignité. Le principe de dignité devient contraignant et donc peut se revendiquer comme principe puisqu'il appartient alors au droit et commande que tout acte qui remet en cause la part vénérable d'une personne ou d'un groupe de personne doit être empêché et sanctionné. Cette opposition est d'autant plus forte que le principe de dignité se doit d'être absolu. Ce dernier, en effet, devrait être respecté dans n'importe quelle situation. Toute atteinte à la dignité de la personne humaine, quelle qu'elle soit, se doit d'être sanctionnée du fait du caractère axiomatique du principe.

§2. L'inclusion du principe de dignité au sein du droit de la famille.

52. Une dignité statutaire. – Au vu de sa description, le respect du principe de dignité en droit de la famille n'est pas surprenant, puisque le groupe familial abrite la face intime et privée de chaque individu. Il est essentiel que dans chaque branche du droit touchant directement la personne humaine, le principe de dignité soit un principe directeur.

Au sein de la branche du droit qui nous intéresse, le principe de dignité a une expression particulière puisqu'il impose un respect inhérent au rôle que l'on joue au sein de notre propre famille. Le principe de dignité ne touche pas seulement les individus parce qu'ils sont des êtres humains mais aussi parce qu'ils sont père, mère, fils ou fille de. En effet, « *l'injustice acquiert un surcroît de gravité quand elle s'adresse davantage à des amis : par exemple, il est plus choquant de dépouiller de son argent un camarade qu'un concitoyen, plus choquant de refuser son assistance à un frère qu'à un étranger, plus choquant de frapper son père qu'une autre personne quelconque* »¹⁵⁷. La dignité statutaire veut que dans l'imaginaire collectif et à fortiori au sein de notre droit, certains comportements soient condamnés parce qu'indignes de la part d'un membre d'une même famille. Il y a par exemple, une obligation de participation aux frais funéraires de ses parents inscrite à l'article 806 du Code civil, qui joue même en cas de renonciation à la succession¹⁵⁸. La seule exception à ce devoir est lorsqu'il y a une atteinte au principe de dignité de la succession¹⁵⁹. Ainsi, il y a une représentation presque sacrée de la figure parentale qui ne peut être abandonnée seulement en cas d'atteinte à sa dignité. Cela

¹⁵⁷ Aristote, *Éthique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, éd. Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 1994, 1160 a.

¹⁵⁸ V. en ce sens : Civ. 1^{ère}, 14 mai 1992, n° 90-18.967 : *JCP G* 1993. II. 22097, F.-X. Testu ; *JCP N* 1993, n° 18, 137, P. Salvage ; D. 1993. 247, note J.-F. Eschylle ; *Defrénois* 1992, p. 1435, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 1993. 171, note J. Patarin. De même : Civ. 1^{ère}, 21 sept. 2005, n° 03-10.679 : *Dr. fam.* 2005, comm. 251, B. Beignier.

¹⁵⁹ Civ. 1^{ère}, 31 mars 2021, n° 20-14.107 : *Dr. fam.* juin 2021, note B. Beignier. Dans ce dernier commentaire, l'auteur explique que les enfants « doivent donner une tombe à ceux qui leur ont donné un berceau ». Cependant, le principe de dignité de la succession fait tomber cette règle dans le cas où l'ascendant décédé a manqué gravement à ses obligations envers son enfant.

s'explique par le rôle fondamental que joue cette représentation vis-à-vis d'un enfant. Le droit impose une rigueur comportementale nécessaire et qui est liée au titre de parent. Ainsi, nous allons voir deux exemples : d'une part, le juge ne peut laisser représenter, même de manière fictive, des pensées nauséabondes dans l'esprit de parents car cela porte atteinte au principe de dignité. D'autre part, nous verrons que laisser un fils ou une fille témoigner à l'encontre de ses parents est indigne de la part d'un enfant eu égard au respect qu'il leur doit. Dans ces deux cas, la dignité est atteinte non pas seulement parce qu'il s'agit d'une entité de l'espèce humaine mais parce que cela touche au statut que représente la personne au sein de la famille.

53. Exemple de la dignité inhérente à la parenté. - Toutes violences, quelles qu'elles soient, sont contraires à la dignité de la personne humaine. Cependant, celles ayant lieu dans le cercle familial ont un degré supérieur d'abjection et, de ce fait, la seule représentation de ces violences devient indigne. C'est ainsi que la première Chambre de la Cour de cassation a condamné sur le fondement de l'article 16 du Code civil une exposition imaginant des parents ayant envie de faire subir des actes odieux à de leurs enfants¹⁶⁰. En effet, l'œuvre litigieuse présentait une série de phrases représentant les intentions épouvantables que des parents imaginaient faire à leurs enfants. Il est donc certain que le principe de dignité est bafoué ici et pour deux raisons. D'une part, les phrases étaient signées de « papa », « maman ». Or, le degré d'insoutenabilité vis-à-vis de la violence est d'autant plus fort qu'il s'agit d'un parent envers son enfant. D'autre part, cette exposition, ayant pour titre « You are my mirror 1 ; l'infamille » souhaitait, de toute évidence, démontrer que la famille est mauvaise en soi. Or, toute atteinte à la famille peut également atteindre la dignité de la personne humaine sachant qu'elle est le premier lieu d'accueil de l'individu. La famille est un élément important de notre humanité. Nous ne pouvons que saluer cette décision qui marque une limite à la liberté d'expression, cette dernière ne pouvant outrepasser, normalement, le principe de la dignité de la personne humaine. En outre, cet arrêt a été l'occasion pour la Cour de cassation de rappeler le caractère contraignant de l'article 16 du Code civil, ce que la Cour d'appel de Metz niait en l'occurrence. Cette dernière avait en effet énoncé que « *l'article 16 du code civil n'a pas valeur normative et ne fait que renvoyer au législateur l'application des principes qu'il énonce* »¹⁶¹. Le respect de

¹⁶⁰ Civ. 1^{ère}, 26 septembre 2018, n°17-16089 : *RTD civ.* 2018. 863, note A.-M. Leroyer ; *LEFP* nov. 2018, n° 111, p. 2, note F. Rogue.

¹⁶¹ Metz, 19 janvier 2017 : *RG* n° 14/00396 ; *JAC* 2017, n° 44, p. 10, obs. P. Noual ; *D.* 2018. 1913 ; *Légipresse* 2017. 148, note A. Tricoire. En ce sens, v. Ph. Pédro, « La dignité de la personne : principe consensuel ou valeur incantatoire ? », in *Ethique, droit et dignité de la personne*, Mél. Ch. Bolze, Avant-propos, Economica, 1999 ; Ph. Malaurie, « Le droit et l'exigence de dignité », in *Philippe Malaurie – Écrits d'une vie*, LGDJ, 2021, pp. 681 – 688, spéc. p. 684 : à propos de l'article 16 du Code civil : « on voit bien qu'il s'agit surtout d'une déclaration philosophique, et peut-être même d'une simple exorcisme verbal destiné à donner au législateur et à la société française une bonne conscience à bon marché ».

la dignité est l'essence même de notre nature humaine mais aussi un principe normatif que le juge applique au-delà de ce que la loi commande. Ainsi, si la dignité a été affirmée à l'occasion des lois de bioéthique de 1994, ce principe s'applique au droit de la famille comme une norme contraignante.

54. Exemple de la dignité inhérente à la filiation. - Le principe de dignité peut également expliquer qu'un enfant ne puisse témoigner contre ses père et mère. Le témoignage est un type de preuve à laquelle chacun peut participer. L'article 205 du Code de procédure civile ainsi que l'article 259 du Code civil posent toutefois une exception. En effet, ils disposent que « *les personnes qui ne peuvent témoigner peuvent cependant être entendues dans les mêmes conditions, mais sans prestation de serment. Toutefois, les descendants ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux à l'appui d'une demande en divorce ou en séparation de corps* ». Même sans prêter serment, un enfant ne peut témoigner contre ses parents. Le contraire serait indigne du fait de son statut de descendant et pour cause, l'attachement d'un enfant à ses parents est essentiel à l'Homme.

Si le Code de procédure civile semble cantonner cette obligation aux cas de divorce ou de séparation de corps, la jurisprudence l'a étendue. En effet, cette interdiction vaut également pour une procédure pénale connexe à une procédure de divorce. Voici comment les juges de la Chambre criminelle justifient cette extension : « *l'article 205 du NCPC n'est que l'expression d'un principe fondamental inspiré par un souci de décence et de protection des intérêts moraux de la famille dont l'application ne saurait être limitée à la procédure civile.*¹⁶² » Nous ne saurions dire à quel principe fondamental le juge fait référence. Il est cependant certain que le principe de dignité commande qu'un enfant ne soit pas arbitre d'un conflit parental quel qu'il soit. Cette remarque va de pair avec ce qu'énonce l'article 371 du Code civil qui dispose que « *l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère* »¹⁶³. Si, depuis la philosophie de Locke, nous évoquons plus volontiers le devoir des parents d'assurer le bonheur de l'enfant qui a reçu la vie sans leur devoir, l'article 371 du Code civil démontre malgré tout l'existence d'exigences réciproques. Respect, honneur, loyauté... La dignité au sein de la famille se manifeste à travers nos comportements : nos devoirs sont définis par le rôle que l'on joue au sein de la famille et leurs accomplissements sont d'autant plus importants qu'ils s'expriment dans l'intimité.

¹⁶² Crim., 4 fév. 1991, n° 89-86.575 : *JCP G* 1992. II. 21915, note P. Chambon, *RTD civ.*, 1991. 505, note J. Hauser.

¹⁶³ V. à ce sujet : A. Sériaux, « *Tes père et mère tu honoreras. Réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain* », *RTD civ.* 1986. 265.

55. Le principe de dignité par rapport au groupe familial. - Au sein de la famille, le principe de dignité revêt une dimension particulière puisqu'elle est la demeure d'une part de l'intime de chacun. Que nous l'aimions ou que nous la rejetions, la famille est le lieu où notre humanité a pris forme et explique une part importante du regard que l'on porte sur la valeur de notre propre humanité. Cependant, la dignité ne peut exister au sein du droit de la famille que si elle est basée sur la nature de l'être humain et non sur l'individualité d'une personne. La famille est une cellule sociale, si la dignité n'est regardée que du point de vue individuel en faisant fi du groupe, elle n'a plus sa place au sein de la famille qui concerne une association de personnes. C'est pourtant le tournant que semble prendre l'interprétation du principe de dignité aujourd'hui.

§3. L'évolution du principe de dignité au sein du droit de la famille

56. L'évolution du principe au sein du droit de la famille. - Nous constatons un glissement, en droit de la famille, d'une approche objective de la dignité à une approche subjective. Aujourd'hui, la dignité de la personne humaine n'est plus « *l'idée même d'un bien commun, d'une dignité ontologique de la personne humaine (fondée sur sa nature), d'une morale universelle ou d'une loi de la conscience qui prime sur celle de la majorité* »¹⁶⁴. Nous avons vu, en effet, que deux approches existent concernant le principe de dignité. Ces deux définitions trouvent leur application au sein du droit de la famille bien que l'autodétermination prenne le pas sur la considération selon laquelle chaque individu représente l'humanité au-delà de sa propre volonté.

Un débat à l'occasion de la dernière loi bioéthique a eu lieu, par exemple, à propos de l'anonymat des donneurs de gamètes. La filiation par assistance médicale à la procréation avec tiers donneur admet depuis peu qu'il puisse y avoir des échanges d'informations concernant l'identité du donneur. Le principe de dignité appelle à la gratuité du don car la marchandisation des éléments du corps humain pose le risque d'une désacralisation de l'être humain. Cet anonymat permettait ainsi d'éviter toutes possibilités de contrat entre le donneur et les futurs parents. Si certains invoquent le respect de la dignité de la personne humaine pour maintenir l'anonymat des donneurs, il est certain que d'autres motivations expliquaient le maintien d'un

¹⁶⁴ P.-H. Grosjean, *Catholique, engageons-nous !*, éd. Artège, spéc. p. 36.

tel secret. La plus importante est celle d'une peur, non dénuée de fondement, d'une diminution du nombre de donneurs de gamètes.

Cependant, une autre interprétation individualiste du principe de dignité consiste à considérer que l'accès à son identité est essentiel à la construction de son individualité. Le fait de pouvoir connaître sa filiation biologique serait alors aussi une conséquence du principe de dignité. C'est d'ailleurs sur ce fondement que la Cour constitutionnelle allemande a décidé en 1989 que le droit de connaître ses origines est un corollaire du droit à la dignité¹⁶⁵ ; même si le législateur allemand ne permettra cette levée d'anonymat qu'en 2017¹⁶⁶. Il semble que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme aille également dans le même sens¹⁶⁷. Ainsi, si au départ la dignité, prie dans le sens humaniste, menait à la volonté d'empêcher tout risque de collusions entre un donneur et des parents d'intention¹⁶⁸, cette raison est désormais de moins en moins recevable, notamment pour les enfants issus de procréation médicalement assistée qui souhaitent se construire en ayant connaissance de leur identité. De fait, si la levée de l'anonymat avait déjà été envisagée lors de la révision des lois bioéthiques en 2011¹⁶⁹, elle est désormais consacrée par le chapitre 3 de la dernière loi bioéthique¹⁷⁰. Cette évolution n'a pas mis fin cependant au débat puisque les personnes nées avant la promulgation de la loi ne peuvent solliciter la Commission d'accès des personnes nées d'une AMP aux données des tiers donneurs pour retrouver le parent biologique qui sera libre d'accepter ou pas de révéler tout ou partie des informations le concernant. Ainsi, deux individus nés dans les années 80 ont saisi la CEDH en raison de l'impossibilité pour eux d'accéder aux informations non identifiantes sur le tiers donneur, en particulier aux informations médicales. La CEDH a refusé le 7 septembre 2023 de condamner la France estimant que la législation était équilibrée et respectait la vie privée des requérants¹⁷¹.

57. L'incidence de l'individualisme sur le principe de dignité. - La compréhension individualiste de la dignité de la personne a permis au législateur de prendre quelques latitudes vis-à-vis du droit de la famille. En effet, en mettant en avant le principe de dignité, le législateur,

¹⁶⁵ BVerfG, 31 janvier 1989, BVerfGE 79, 256.

¹⁶⁶ L. 17 juill. 2017, « *Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen* ».

¹⁶⁷ CEDH, 13 fév. 2003, n° 42326/98, *Odièvre c/ France* : JCP 2003. II. 10049, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; *Dr. fam.* 2003. Comm. 58, note P. Murat ; *RTD civ.* 2003. 276, note J. Hauser, et 375, obs. J.-P. Marguénaud. La CEDH refuse de condamner la France puisque même si le droit d'accès aux origines dans le cadre de l'accouchement sous X est conditionné, il existe tout de même suite à la loi du 22 janv. 2002.

¹⁶⁸ V. not. l'anthropologue J. Courduriès qui affirme dans le Monde du 12 avril 2019 : « *C'est au nom de la dignité de la personne que les concepteurs de la loi ont décidé d'organiser le don de gamètes (spermes et ovocytes) sur le modèle d'autres dons du corps, tels que le don d'organe, de sang ou de moelle épinière* ».

¹⁶⁹ L. n° 2011-814, 7 juill. 2011, relative à la bioéthique.

¹⁷⁰ L. n° 2021-1017, 2 août 2021 relative à la bioéthique.

¹⁷¹ CEDH, 7 sept. 2023, *Gauvin-Fournis et Silliau c/ Fr.*, n° 21424/16 et 45728/17 : *D. actualité*, 24 oct. 2023, note D. Vidneau.

ou le juge, ont mis de côté certaines normes du droit de la famille. Certains auteurs en ont alors contesté l'essor en alléguant par exemple que « *l'affirmation de la dignité permet de masquer l'abandon de la notion d'indisponibilité du corps humain, infiniment plus protectrice. Le législateur s'abrite derrière la dignité humaine, ce qui l'engage peu en raison de la flexibilité et de l'imprécision de cette notion, pour dépecer le corps en organes, produits et tissus* »¹⁷². En réalité, la dignité a toujours été présente dans notre droit si ce n'est qu'elle s'abritait derrière les notions comme le respect des bonnes mœurs, ou l'ordre public. C'était alors une dignité de la personne qui s'attachait de fait à la nature de l'Homme et non à sa volonté. Ainsi, par exemple, le principe de l'indisponibilité du corps humain suffisait et, lui-même en réalité, se fondait sur la dignité de la personne humaine dont la volonté ne pouvait suffire. Il est certain que nous ne pouvons que nous méfier alors de cette utilisation abusive du principe de dignité qui semble parfois devenir l'instrument et non le fondement d'une décision. Si, à l'instar de divers auteurs¹⁷³ nous pouvons regretter l'utilisation excessive du principe de dignité, il n'en reste pas moins que mettre les torts sur l'émergence de la dignité est un faux procès puisque celle-ci devrait être en accord avec tous les concepts juridiques traditionnels. En revanche, l'interprétation individualiste de la dignité est la raison profonde de ces remises en cause et de ces évolutions juridiques.

La fragilité du principe de dignité due à sa souplesse d'interprétation nous conduit au même constat que le Professeur Fabre-Magnan qui affirme que nous sommes passés à un droit à la dignité¹⁷⁴. Or, un principe ne saurait être un droit. Cette évolution de nature va de pair avec l'évolution plus subjective de la dignité. L'aspect protecteur de la nature humaine n'est dans ce cas plus possible et nous pouvons alors craindre que ce qui nous protégeait jusqu'alors de la barbarie ne soit réduit à néant.

La démonstration de l'importance du principe de dignité au sein du droit de la famille confirme le caractère axiomatique de ce principe dans cette branche du droit. Cependant, l'évolution esquissée ces dernières années tend à fragiliser son rôle et à remettre en cause sa nature. De ce fait, il n'est pas rare que le principe de dignité soit mis en balance face à d'autres

¹⁷² C. Neirinck, « La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique », in *Mélanges Ch. Bolze, Éthique, droit et dignité de la personne*, ss dir. Ph. Pédro, Economica, Paris, pp. 39-50, spéc. p. 47.

¹⁷³ V. notamment l'ouvrage de M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, Puf, 2018, spéc. p. 246 : « *La dignité se porte de toute évidence mieux lorsqu'elle va de soi, et qu'elle va donc sans dire. Il résulte au demeurant de cette agitation une confusion de sens, y compris chez les juristes* ».

¹⁷⁴ M. Fabre-Magnan, « La dignité en droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2007/1 (Volume 58), pp. 1-30. spéc. p. 19-23.

normes ce qui compromet son caractère axiomatique¹⁷⁵. Ainsi, le régime du principe de dignité est affecté par les nouvelles directions que prend le droit de la famille. Son interprétation en particulier donne une indication sur la direction des futures réformes liées au droit de la famille.

¹⁷⁵ V. en ce sens : Paris, 28 novembre 2008, affaire des poupées Vaudou du Président Sarkozy : s'il a été reconnu que ces poupées portaient atteinte à la dignité du Président, cela n'était pas suffisant pour remettre en cause la liberté d'expression. De même, Crim., 18 déc. 2007, n° 06-82245 : *Bull. crim.* 2007, n° 312 : le principe de dignité ne peut s'appliquer que dans les limites des traités internationaux.

Section 2. Le principe d'égalité

58. Le caractère fondamental du principe d'égalité. - L'égalité est un principe omniscient et fondamental puisqu'il se doit d'être appliqué dans toutes les branches de notre droit et qu'il est consacré par de nombreux traités internationaux. Il fait l'objet d'une véritable « *passion française* » puisqu'il est invoqué très régulièrement notamment auprès du Conseil constitutionnel.¹⁷⁶ C'est dans l'article 1 de la déclaration des droits de l'homme de 1789¹⁷⁷ que naît officiellement le principe d'égalité. Cela ne veut pas dire qu'il était jusque-là inexistant ; le sentiment selon lequel il ne peut y avoir de justice sans égalité est présent dès l'antiquité¹⁷⁸ et poursuivit dans la doctrine chrétienne¹⁷⁹. Par ailleurs, comme beaucoup de principes, le principe d'égalité est né suite à différents faits sociaux qui ont conduit les individus à en réclamer une application solennelle.

59. Égalité et droit patrimonial de la famille. - Cependant, le principe d'égalité n'était jusqu'il y a peu que politique et non juridique. Son acceptation dans la sphère privée n'était pas une égalité de fait mais seulement une réalité économique. En effet, le principe d'égalité transparaissait seulement dans le droit patrimonial de la famille.

Ainsi, en ce qui concerne les régimes matrimoniaux, lorsqu'il n'y avait pas de contrat de mariage, c'était le régime de la communauté de meubles et acquêts puis, à partir du 1^{er} février 1966, le régime de la communauté réduite aux acquêts, qui était le régime imposé. Le partage équitable de la richesse au sein du couple est donc depuis longtemps encouragé. Cette répartition égalitaire continue jusqu'à la dissolution du mariage contrairement notamment au régime légal allemand. En effet, selon le droit français, en l'absence de contrat de mariage, tout ce qui est acquis pendant le mariage sera divisé entre les deux membres du couple quel que soit l'apport de chacun. Ce partage prouve la volonté d'appliquer le principe d'égalité au-delà même de la rupture du lien matrimonial. De même, la prestation compensatoire permet de s'assurer que les ex-époux conservent autant que possible un égal niveau de vie. Le règlement

¹⁷⁶ V. en ce sens : F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, th. ss. dir. de L. Favoreu : Paris, Economica, 1997, pp. 397.

¹⁷⁷ « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ».

¹⁷⁸ V. sur ce sujet : J.-F. Balaudé, *Les théories de la justice dans l'Antiquité*, éd. Armand Colin, coll. 128, pp. 128 ; J.-B. Gourinat, « Problèmes de la justice dans l'Antiquité », in *Philopsis*, https://philopsis.fr/wp-content/uploads/2011/07/pdf_justice-gourinat.pdf.

¹⁷⁹ V. sur ce sujet le livre des galates chap. 3, verset 28 : « *Il n'y a plus ni Juif ni non-Juif, il n'y a plus ni esclave ni libre, il n'y a plus ni homme ni femme, car vous êtes tous un en Jésus-Christ* ». Sur ce sujet, v. : A. Badiou, *Saint Paul. La fondation de l'universalisme*, Puf, Paris, 1997.

patrimonial des couples mariés attache donc une importance capitale au principe d'égalité. Il s'agit ici d'une égalité arithmétique dénuée de tout jugement de valeur.

Par ailleurs, en ce qui concerne le droit des successions, l'adage selon lequel *l'égalité est l'âme des partages*, démontre que le droit français, dans un souci certain de paix dans les familles, a toujours cherché l'égalité patrimoniale de la famille. L'écriture du Code civil a permis que soit établit légalement une égalité entre les aînés et les puinés dont le sort était jusqu'alors inégalitaire. De même, c'est en ce sens que la réserve héréditaire a été consacrée¹⁸⁰, cette nécessaire égalité de partage étant d'ordre public international.

60. Égalité et droit extrapatrimonial de la famille. - Le droit ne s'est que très récemment intéressé à l'égalité au sein des relations non économiques de la famille. L'intrusion du droit dans la sphère privée a été acceptée par l'argumentation selon laquelle le but poursuivi, à savoir la recherche d'une plus grande égalité entre les individus, était légitime. Jusqu'alors, la famille était appréhendée comme une cellule de la société, elle était vue dans sa globalité. Ainsi, au départ, seule l'égalité entre les familles était recherchée avec pour objectif politique d'inciter l'ensemble de la société à se rapprocher de la famille modèle : une famille légitimée, légalement reconnue menée par le pater familias, qui conduit sa famille tel un bon époux et un bon père. Ce n'est que dans la seconde moitié du XXème Siècle que la recherche d'une égalité entre les individus d'une même famille a été menée¹⁸¹ sous l'impulsion des réformes menées par le doyen Carbonnier.

61. Une application imparfaite du principe d'égalité. - Aujourd'hui, le droit, dans son application du principe d'égalité, souhaite être actif dans la pondération des inégalités individuelles plutôt que de composer avec celles-ci. C'est ainsi que, par exemple, les conditions

¹⁸⁰ Civ. 1^{ère}, 27 septembre 2017, n°16-17.198 : Jarre : *JurisData* n°2017-018703 ; *Dr. fam.* 2017, comm. 230, M. Nicod. – D. Vincent, « Réserve héréditaire et ordre public international. Mise en œuvre des arrêts du 27 septembre 2017 » : *Dr. fam.* 2018, étude 13 ; *JCP G* 2017, 1236, C. Nourissat et M. Revillard ; *JCP N* 2017, 1305, E. Fongaro ; *AJ fam.* 2017, p. 595, A. Boiché, P. Lagarde, A. Meier-Bourdeau, G. Kessler. – M. Goré, « *Requiem pour la réserve héréditaire* » : *Defrénois* 12 oct. 2017, p. 26 ; *RLDC* 2017, n°153, S. Torricelli-Chrifi ; *D.* 2017. 2185, J. Guillaume et p. 2310, H. Fulchiron, « *Ordre public successoral et réserve héréditaire : réflexions sur les notions de précarité économique et de besoin* » ; *RJPF* 2017, n°12, S. Godechot-Patris et S. Potentier ; *RTD civ.* 2017, p. 833, L. Usunier ; *RTD civ.* 2018. 189, M. Grimaldi ; *Gaz. Pal.* 9 janv. 2018, p. 81, L. Dimitrov et M.-L. Niboyet ; *Rev. crit. DIP* 2018, p. 87, B. Ancel ; *JKI* 2018, p. 113, E. Bendelac ; *Defrénois* 19 avr. 2018, p. 49, J. Gasté. « *Attendu que les consorts font grief à l'arrêt de dire que la réserve héréditaire ne relève pas de l'ordre public international français et de rejeter leurs demandes, alors, selon le moyen, que la réserve héréditaire, qui a pour vocation de protéger la pérennité économique et sociale de la famille, l'égalité des enfants et les volontés et libertés individuelles des héritiers, est un principe essentiel du droit français relevant de l'ordre public international* ; »

¹⁸¹ Cela est passé préalablement par la revendication d'un « principe d'égalité entre les couples mariés et ceux qui ne le sont pas ». V. l'intervention de J.-F. Mattei, *JOAN CR*, 14 avr. 1994, spéc. p. 859. <https://archives.assemblee-nationale.fr/10/cri/1993-1994-ordinaire2/013.pdf>.

posées pour l'accès à certaines institutions familiales telles que le mariage, l'adoption ou l'établissement de la filiation, tendent à être de plus en plus remises en cause.

Pourtant, s'il est un lieu où le principe d'égalité est difficile à imposer c'est bien au sein du cercle familial. Il est évidemment illusoire d'imaginer que l'égalité complète puisse exister tant de différences existent entre les Hommes. Chaque individu est unique avec ses forces et ses faiblesses et c'est d'ailleurs ce qui constitue la richesse de l'humanité. La véritable égalité consiste à ne pas de nier ces dissemblances et à protéger les individus les plus faibles qui pourraient en souffrir. Or, cette tâche est cruciale dans le cadre familial¹⁸². C'est, en effet, dans l'intimité du foyer que s'expriment en général le plus fortement les inégalités. Il est vrai qu'il y a toujours des dominations, légitimes ou non, au sein du groupe. C'est pourquoi l'égalité absolue est illusoire et les sentiments, les sacrifices consentis entraînent une inégalité qui n'est d'ailleurs pas toujours ressentie comme une injustice par les individus eux-mêmes. Pire, « *aucune technique juridique, si sophistiquée soit-elle ne peut tout à la fois promouvoir l'égalité des époux, compenser les inégalités de revenus entre eux, et assurer leur réciproque indépendance* »¹⁸³. Le principe d'égalité est et restera toujours perfectible dans sa mise en œuvre. Dès lors, l'équilibre entre égalité et justice fait l'objet d'une recherche sibylline et incessante mais essentielle en droit de la famille. Ce constat ne doit pas pour autant faire renoncer le droit à corriger autant que possible d'éventuelles injustices sans en créer de nouvelles.

62. Définition du principe d'égalité. - A l'instar du principe de dignité, le principe d'égalité est difficile à définir, sa conception pouvant être quantitative ou qualitative. L'égalité peut être objective, la recherche de cette égalité visant alors à un résultat identique entre deux situations qui ne l'étaient pas. En revanche, l'égalité qualitative tend à prendre en compte l'ensemble des données de chaque situation et peut alors parvenir à des résultats différents mais légitimes. Cette dernière vision de l'égalité se rapproche fortement de l'équité. Ainsi, l'égalité peut, selon la définition qui lui est donnée, parvenir à des considérations antinomiques : « *de nos jours encore, toute réforme présentée au nom de l'idée égalitaire (et il en est ainsi de presque toutes les réformes) rencontre des adversaires qui l'attaquent au nom de cette même idée* »¹⁸⁴. Nous verrons, à travers l'étude de l'égalité des sexes et l'égalité des filiations, qu'en droit de la famille, nous passons aujourd'hui d'une égalité qualitative à une égalité mathématique.

¹⁸² Sur ce sujet, v. : G. Radica, « Libertés et pouvoirs : le rôle de l'égalité dans la famille », *Le Télémaque*, 2014/2, n° 46, pp. 153 – 165.

¹⁸³ F. Dekeuwer-Défossez, *L'égalité des sexes*, Dalloz, 1998, pp 96, spéci. p. 30.

¹⁸⁴ R. Brunet, *Le principe d'égalité en droit français*, éd. Félix Alcan, Paris, 1910, p. 142.

Quant à la nature normative du principe d'égalité, celle-ci peut poser question du fait de l'absence d'indication claire de ce à quoi il oblige. Par son symbolisme et sa généralité, le principe d'égalité peut sembler dénué de toutes forces juridiques. Il n'en reste pas moins que l'égalité est un principe en ce sens où cette norme est extratextuelle et contraignante puisqu'il s'applique autant que possible même au-delà des textes qui le commandent et il sert régulièrement de base légale aux décisions de justice.

Cependant et à l'inverse du principe de dignité, l'égalité ne peut être un axiome au risque de créer de graves dommages. En effet, la recherche d'une égalité parfaite n'est pas toujours pertinente ni juste selon les cas d'espèce. L'égalité doit toujours être pondérée par le juge. Certains pourraient arguer qu'il y a une rupture d'égalité dans le fait que la femme soit l'unique personne à décider de recourir ou non à une IVG¹⁸⁵. Pourtant, l'enfant qu'elle porte est issu nécessairement d'un homme mais, parce qu'il s'agit du corps de la femme, aucune codirection n'existe dans le choix d'interrompre ou non une grossesse en cours. C'est à la femme que revient de déterminer si l'homme deviendra père ou non. L'égalité, des géniteurs en l'espèce, n'est donc pas systématiquement recherchée.

63. Annonce du plan. – A la lumière de ce constat, nous aborderons d'une part l'action du principe d'égalité au sein de la famille (§1). D'autre part, nous verrons que si nous constatons d'immenses avancées du principe d'égalité au sein du droit de la famille, de nouvelles difficultés sont aujourd'hui à constater (§2). Nous allons démontrer que bien qu'indispensable, le principe d'égalité est un maquillage : il peut perfectionner sans jamais rendre parfait et sa mauvaise utilisation peut avilir son sujet.

§1. La mise en œuvre du principe d'égalité au sein du droit de la famille.

64. Annonce du plan. - Les évolutions normatives de ces cinquante dernières années ont donné la part belle au principe d'égalité. Le constat peut être dressé pour deux objets : la filiation (A) et le couple (B).

¹⁸⁵ Certains ont également considérés qu'il y avait une rupture d'égalité du fait qu'une femme puisse refuser que sa filiation soit établie à l'égard de l'enfant à travers l'accouchement sous X. En revanche, un homme ne peut s'opposer à établir sa paternité s'il est prouvé, hors du cadre d'un don de gamètes, qu'il est l'auteur de l'enfant. V. sur ce sujet : H. Fulchiron, « Clap de fin pour les paternités forcées ? », *Dr. fam.*, juin 2017, n° 126 ; G. Cornu, « Les divers priviléges de la maternité », in *Droit civil – La famille* par G. Cornu, éd. Montchrestien, 9^e éd., 2006, spéc. pp. 140-141 ou encore, L. Marguet, « Les lois sur l'avortement (1975-2013) : une autonomie procréative en trompe l'œil ? », *La Revue des droits de l'homme*, n° 6, 2014, <https://doi.org/10.4000/revdh.731>.

A) Le principe d'égalité des filiations

65. l'égalité sous le prisme du droit de la filiation. – Si, aujourd’hui, l’égalité est abordée sous l’égide des droits individuels, l’égalité entre les différentes cellules familiales est une intention juridique encore à l’œuvre aujourd’hui. Cette vision de l’application du principe d’égalité est particulièrement intéressante à appréhender à travers le prisme du droit des filiations. Il y a un déterminisme familial que l’enfant ne doit qu’au hasard et qui peut être perçu comme une injustice. Comme le dit la chanson, « *Être né quelque part, pour celui qui est né, c'est toujours un hasard* »¹⁸⁶. Cette injustice, le droit a toujours cherché à la pondérer soit en promouvant un cadre familial propice, selon les mœurs de l’époque, au bien-être de l’enfant ; soit en limitant les conséquences des choix parentaux sur la filiation. Nous allons voir que la première solution s’efface au fur et à mesure des années au profit de la seconde.

66. De l'égalité entre les familles semblables... – Par la consécration du principe d'égalité au travers de la Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen du 26 août 1789, la loi du 12 brumaire an II instaura l'égalité de traitement entre enfants légitimes et naturelles. Cette égalité fut rapidement remise en cause avec la rédaction du Code civil en 1804. L'objet de cette différence de traitement était alors la préservation de l'ordre social. Comme l'affirmait Napoléon : « *la société n'a pas intérêt à ce que des bâtards soient reconnus* »¹⁸⁷. Cette inégalité de traitement reposait entre autres sur une recherche d'uniformité d'établissement de la filiation : la mère de l'enfant était la femme qui accouche et l'enfant était alors doté automatiquement d'un père en la personne du mari. L'esprit du législateur de l'époque était d'inciter l'arrivée d'un enfant dans un cadre reconnu et structuré, comme une micro société en somme.

Il semblait, en effet, préférable pour un enfant de naître dans une famille stable et reconnue, ce que permettait le mariage. La volonté du législateur d'inciter ce qui semblait le comportement le plus recommandable, a forcément amené à différencier la filiation légitime des autres filiations. Ainsi, cette différence n'était pas ressentie comme une injustice puisque justement elle encourageait les relations conjugales qui étaient moralement respectables et propices à l'épanouissement d'un enfant. Le principe d'égalité devait s'effacer au profit d'une politique aux intentions louables. Le principe d'égalité s'exprimait alors par une égalité de

¹⁸⁶ M. Le Forestier, *Né quelque part*, chanson issue de l'album éponyme sortie le 30 novembre 1987.

¹⁸⁷ Déclaration de Napoléon lors de la séance du 17 novembre 1801, discussion sur la section II du chapitre III intitulée de la Reconnaissance des Enfants nés hors mariage.

traitement entre les filiations légitimes entre elles et entre les filiations naturelles entre elles : est comparé ce qui était considéré à l'époque comme comparable.

L'étude de l'évolution de traitement des filiations démontre l'importance de la morale dans l'application du principe d'égalité au sein du droit de la famille¹⁸⁸. Si cette différenciation était au départ moralement acceptable, elle est ensuite considérée comme injuste pour les enfants nés hors mariage au cours de la seconde moitié du XXème siècle. « *Si les parents ont préféré au raisin blanc du mariage le raisin muscat de l'union libre, le raisin vert de l'adultère ou le raisin noir de l'inceste, faut-il que les enfants en aient légalement les dents agacées ?* »¹⁸⁹. Cette bipartition des familles pénalisait les enfants nés en dehors du modèle familial en vigueur, notamment dans le cadre successoral. Or, cette inégalité entre les différents types de filiations participait inéluctablement à un jugement de valeur que la société porte sur la naissance de l'enfant. Ce dernier, pourtant irresponsable de sa naissance juridiquement illégitime, portait sur ses épaules le choix de ses parents.

67. ...À l'égalité entre les filiations. - Si ce modèle familial a longtemps marqué notre droit sous l'impulsion de l'Église¹⁹⁰, elle-même invitant l'établissement de la filiation dans le cadre du sacrement du mariage, force est de constater qu'avec le déclin du mariage à partir des années 1970¹⁹¹, l'égalité exercée qu'entre les mêmes types de filiation devenait ineffective et inacceptable aux yeux de la société. Le « vécu affectif »¹⁹² surpassé désormais les modèles institutionnels. Débuta alors le passage « d'un droit-modèle » à un « droit-principe »¹⁹³ ; en l'occurrence, le principe d'égalité. La norme juridique n'était alors plus un vecteur de norme sociale, le modèle qu'elle protégeait n'était plus suivi que par une partie de la population.

Il était devenu nécessaire de revenir sur l'application du principe d'égalité en droit des filiations. Jean Carbonnier le dira lui-même dans ses essais : « *plutôt qu'un droit de compromis, il faut parler d'un droit de la coexistence pacifique. Par une combinaison complexe de pluralités de régime, d'option, de maintien partiel ou transitoire du droit antérieur, l'objectif*

¹⁸⁸ V. *infra.*, n° 68.

¹⁸⁹ L. Khaïat, « Filiation entre normes et affects », in *Vérité scientifique, Vérité psychique et droit de la filiation*, ss. dir. de L. Khaïat, éd. Érès, 1995, spéc. p. 13.

¹⁹⁰ V. H. Regnault, *La condition juridique du bâtard au Moyen-Age* : Imp. Lescuyer Frères, Pont-Audemer, 1922, pp. 137.

¹⁹¹ Selon les chiffres de l'INSEE, en 1970, 7% des naissances étaient hors mariage alors qu'en 2002, 44% des naissances étaient hors mariage.

¹⁹² Comme explique le professeur Bénabent à propos des lois relatives à la filiation de 1966 et 1972 : elles « *ont en commun de développer la réception juridique du vécu affectif comme élément constitutif essentiel de la filiation juridique* ». *Droit de la famille*, op. cit., spéc. p. 342.

¹⁹³ V. en ce sens : E. Fragu, *Des bonnes mœurs à l'autonomie personnelle. Essai critique sur le rôle de la dignité humaine*, th. ss. dir. Y. Lequette soutenue le 9 déc. 2015, Paris.

a été d'assurer une cohabitation paisible aux deux parties de la France, chacune disposant d'une aire juridique pour y aménager sa vie familiale »¹⁹⁴. Or, cette coexistence pacifique devait nécessairement passer par une égalité de toutes formes de filiations alors en vigueur. Pour qu'il ait une cohabitation paisible il fallait que tous les enfants soient placés sur le même pied d'égalité et bénéficient des mêmes droits.

L'évolution du principe d'égalité au sein de la filiation tient lieu en une phrase inscrite alors à l'article 334 du Code civil par la loi du 3 janvier 1972 : « *l'enfant naturel a en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère* ». Le principe d'égalité se lie ici à la vérité biologique et sociale de la filiation. La finalité n'est plus qualitative, à savoir la soumission à un cadre normatif incitatif, mais neutre à savoir une égalité reposant sur le simple constat d'un lien biologique et social.

68. Mise en application du principe d'égalité des filiations. – Si cette égalité a été proclamée dans les années 1970, elle est devenue effective petit à petit, à travers une stratégie des petits pas, mêlant évolution progressive de la loi et injonction de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Le premier pas a donc été amorcé par la loi 3 janvier 1972¹⁹⁵ qui consacre l'égalité des filiations sans pour autant mettre fin à la distinction légitime et naturelle. Ce texte législatif rend automatique la reconnaissance maternelle au travers l'inscription du nom de la mère sur l'acte de naissance. Cela permet à tous les enfants, quelle que soit la situation de ses parents, de bénéficier du principe romain « *Mater semper certa est* ». De même, l'enfant adultérin se voit remettre le droit d'établir sa filiation même si ses droits successoraux ne seront pas les mêmes que ceux des enfants légitimes. S'en suit alors deux autres lois, celle du 22 juillet 1987¹⁹⁶ d'une part et celle du 8 janvier 1993¹⁹⁷ d'autre part. La première étend la possibilité d'exercer l'autorité parentale conjointe aux couples non mariés, à condition de passer devant le juge ; la seconde instaure la coparentalité pour tous les parents, mariés ou non. De même, au cours de ces digressions législatives, l'établissement de la filiation naturelle est facilité notamment par la possession d'état¹⁹⁸ et en abrogeant la liste qui limitait la possibilité d'ouverture de la paternité naturelle¹⁹⁹ à certains cas.

¹⁹⁴ J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, éd. Defrénois, 1995, spéc. p. 212.

¹⁹⁵ L. n° 72-3, 3 janvier 1972, portant sur la filiation

¹⁹⁶ L. n° 87-570, 22 juill. 1987, sur l'exercice de l'autorité parentale

¹⁹⁷ L. n°93-22, 8 janv. 1993, modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales.

¹⁹⁸ V. L. n°82-536, 25 juin 1982, modifiant l'article 334-8 du Code civil relatif à l'établissement de la filiation naturelle.

¹⁹⁹ V. art. 28 de la L. n°93-22, 8 janv. 1993, *op.cit.*

Seulement, à l'aube du XXI^e siècle, des distinctions subsistaient toujours entre filiation légitime et naturelle notamment par rapport à la place des enfants adultérins. Ces derniers étaient perçus comme source d'une mise en danger d'une famille constituée, légitimée et donc à protéger. Cette distinction maintenue devait notamment constituer un frein efficace à l'adultère. Ainsi, les enfants adultérins ne pouvaient prétendre à une succession équivalente de celle des enfants légitimes puisqu'ils ne pouvaient avoir que la moitié de la réserve dont l'enfant légitime pouvait quant à lui bénéficier²⁰⁰. La France fut condamnée le 1^{er} février 2000 par la Cour européenne des droits de l'Homme²⁰¹. En l'espèce, une femme a eu deux enfants : l'un naquit en 1936 et fut légitimé par mariage, le second, fut considéré comme fruit d'un adultère bien que la mère fût déjà séparée de fait. La Cour européenne des droits de l'Homme considéra qu'il n'y avait aucune justification à mettre en place une discrimination fondée sur l'état marital de la mère. En d'autres mots faire peser sur l'enfant l'adultère de sa mère était abusif. A noter que par la suite, la CEDH a toujours penché en faveur d'un écartement de la législation en vigueur avant décembre 2001²⁰². Les dispositions transitoires permettaient en effet une application rétroactive de la loi afin de protéger les droits successoraux des enfants légitimes. Cette protection n'est pourtant pas un motif suffisant pour expliquer une discrimination selon la Cour de Strasbourg. Cette position illustre parfaitement la place et l'interprétation que donne cette dernière au principe d'égalité au sein du droit de la famille.

Suite à la disparition des avantages successoraux et des différences procédurales liés au changement de nom des enfants naturels, notre itinéraire normatif prend fin avec la loi du 9 décembre 2004²⁰³. Cette dernière loi prend acte et supprime les termes légitime et naturel qui n'ont plus lieu d'être dans le Code civil. Cependant, une inégalité résiduelle perdurera pour protéger la stabilité des règlements successoraux. En effet, les partages qui ont eu lieu avant la loi de 2001 ne pourront pas être remis en cause même si l'enfant adultérin a été écarté à l'époque. Le principe d'égalité n'a pas été jugé supérieure à la sécurité juridique²⁰⁴.

²⁰⁰ V. ancien art. 760 du Code civil issue L. 72-3 du 3 janvier 1972 relative à la filiation : « *Les enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de leur conception, engagé dans les liens d'un mariage d'où sont issus des enfants légitimes, sont appelés à la succession de leur auteur en concours avec ces enfants ; mais chacun d'eux ne recevra que la moitié de la part à laquelle il aurait eu droit si tous les enfants du défunt, y compris lui-même, eussent été légitimes.* »

²⁰¹ CEDH, 1^{er} févr. 2000, *Mazurek c/ France*, n°34406/97 : *D.* 2000. 332, note J. Thierry ; *ibid.* 626, chron. B. Vareille ; *RDSS* 2000. 607, obs. F. Monéger ; *RTD civ.* 2000. 311, obs. J. Hauser ; *ibid.* 429, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 601, obs. J. Patarin.

²⁰² V. CEDH, gde ch., 7 févr. 2013, *Fabris c/ France*, n°16574/08 : *D. actualité*, 15 févr. 2013, obs. I. Gallmeister ; *AJ fam.* 2013. 1794, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *D.* 2013. 434, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2013. 189, obs. N. Levillain ; *RTD civ.* 2013. 333, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 358, obs. J. Hauser. CEDH, 14 mars 2019, *Quilichini c. France*, n°38299/15 : *D. actualité*, 27 mars 2019, obs. J.-F. Escourrou ; *JCP N* 2019, n°14, act. 365, obs. H. Surrel.

²⁰³ L. n°2004-1343, 9 déc. 2004, de simplification du droit.

²⁰⁴ Civ. 1^{ère}, 11 avr. 2018, n° 17-19.313 : *D. actualité*, 18 mai 2018, note Q. Guiguet-Schié ; *AJ fam.* 2018. 357, note N. Levillain ; *Dr. fam.* 2018, comm. 187, note M. Nicod ; *Gaz. Pal.* 4 sept. 2018, note M. Gayet.

Désormais, le rôle du droit n'est plus d'inciter mais de protéger les différents choix posés par les individus. A ce titre, le Professeur Hauser parlait de législation émolliente²⁰⁵ en ce qui concerne le droit de la famille actuelle. Aujourd'hui, mis à part le cas de l'inceste, le principe d'égalité au sein du droit de la filiation agit en ignorant autant que possible les choix de vie posés par les parents. Or, cette égalité entre enfants a permis *de facto* une plus grande égalité entre les parents. Nous allons voir désormais qu'effectivement, le principe d'égalité a aussi pris une plus large place au sein du couple.

B) Le principe d'égalité dans le couple

69. L'inégalité qui préexistait au sein du couple. – Sans entrer dans un débat sur le bien-fondé ou non de ce déséquilibre, durant de nombreux siècles, le patriarcat était à l'œuvre au sein de notre législation. L'homme, au sein du couple, détenait le pouvoir de représentation et de décision. Cela reposait sur deux arguments : le premier était la nécessité de protéger la femme, l'épouse, qui était considérée comme le sexe faible, l'*« imbecillitas sexus »*. Le second reposait sur le fait qu'il semblait nécessaire qu'il y ait une unité dans la direction du foyer. Coexistaient alors la puissance maritale et la puissance paternelle. Tout comme au sein du droit des filiations, cette différence de traitement au sein du couple est devenue inaudible par une grande partie de la société. C'est ainsi que l'égalité fut le moteur des évolutions normatives concernant le couple au cours de la seconde moitié du XXème Siècle.

70. Annonce du plan. - La Cour de cassation a eu l'occasion de montrer l'importance du principe d'égalité au sein du couple en proclamant, d'une part, que l'égalité entre époux (1) est d'ordre public condamnant entre autres la répudiation unilatérale²⁰⁶. D'autre part, la haute juridiction a consacré le principe d'égalité entre les parents (2) qui est un principe essentiel du droit français²⁰⁷. Ces deux formes d'égalité qui évolue au sein du tandem amoureux et, ou, parental forme le « *diptyque* »²⁰⁸ de l'action du principe d'égalité au sein du couple.

²⁰⁵ J. Hauser, « Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, juin 2004.

²⁰⁶ Civ. 1^{ère}, 17 fév. 2004, n° 01-11.549 : *Bull. 2004*, I, n°47 ; pourvoi n°02-11618 : *Bull. civ. 2004*, I, n°46 ; *D. 2004*, p. 824 ; *JDI 2004*, p. 867, note G. Cuniberti ; *D. 2004*, 815, chron. P. Courbe, spec. p. 819 et 820 ; *D. 2004*, p. 824, concl. Cavarroc ; *Gaz. Pal. 3-4 sept. 2004*, p. 33, note M.-L. Niboyet ; *Rev. crit. DIP*, 2004, p. 423, note P. Hammje ; *Clunet. 2004*, p. 1200 et la note.

²⁰⁷ Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2010, *op. cit.*

²⁰⁸ I. Gallmeister, « Jugement de divorce étranger : égalité des parents et respect de la vie privée et familiale » : *D. actualité*, 18 nov. 2010.

1. L'égalité entre les membres du couple

71. L'affirmation du principe d'égalité d'un point de vue patrimonial. – Le combat législatif pour l'application du principe d'égalité au sein du couple a surtout été mené sur le plan patrimonial. Ainsi, c'est la loi, qui dans un premier temps, a installé le principe d'égalité dans notre paysage normatif lié au couple. Contrairement à la filiation, où le principe a été affirmé en 1972, puis aménagé dans des lois successives, les époux, puisque seul le mariage était légalement reconnu à l'époque, ont bénéficié de quelques dispositions législatives avant que l'égalité soit expressément proclamée. Cela a débuté timidement en 1907²⁰⁹ sous l'impulsion acharnée de Monsieur Léopold Goirand qui mettra treize ans à faire accepter par le Parlement que l'épouse ait la libre disposition de son salaire. Puis, la loi du 13 juillet 1965²¹⁰ mit fin à l'incapacité de la femme mariée et mit en place la cogestion des biens du couple ; même si l'époux reste l'administrateur de la communauté de biens.

L'affirmation de l'égalité dans le couple lié par le mariage s'est faite au travers de la loi du 23 décembre 1985²¹¹ qui consacre une complète égalité patrimoniale avec une parfaite cogestion des biens des époux.

72. L'affirmation du principe d'égalité d'un point de vue extrapatrimoniale. – La question de la place du principe d'égalité dans la sphère extrapatrimoniale du couple est plus délicate à résoudre de sorte que l'aide du juge a été précieuse. En effet, « *si les lois du XX^e siècle consacrent le principe d'égalité, le juge y est conçu comme un recours utile lorsque l'égalité aboutit à un blocage. (...) La préoccupation première est d'assurer la promotion de l'égalité, valeur désormais inscrite au fronton de la législation familiale* »²¹². De fait, hormis la loi du 4 juin 1970 qui met fin au statut de chef de famille en supprimant la notion d'« autorité paternelle » du Code civil au profit de celle d' « autorité parentale », peu de lois n'interviendront afin de favoriser l'égalité extrapatrimoniale dans le couple. Il est vrai que cela relève de l'intimité du ménage dans laquelle le législateur est malaisé d'intervenir. En revanche, le juge, arbitre des conflits conjugaux, est bien placé pour rendre le principe d'égalité plus effectif.

²⁰⁹ L. du 13 juill. 1907, libre salaire et contribution des époux aux charges du ménage, JORF du 16 juill. 1907.

²¹⁰ L. n°65-570, 13 juill. 1965, portant réforme des régimes matrimoniaux.

²¹¹ L. n°85-1372, 23 déc. 1985, relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs.

²¹² V. Égéra, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, th. ss. dir. de B. Beignier, Defrénois, 2010, spéc. p. 34. Sur l'égalité comme valeur universelle V. : E. Djoko, *Essai d'universalisation du principe d'égalité entre époux, Analyse comparative à la lumière des droits français et camerounais*, th. ss. dir. M. Fabre-Magnan, Paris, 2015.

Or, le juge a eu l'occasion de poser la force du principe d'égalité dans le champ extrapatrimoniale du couple en le proclamant d'ordre public. Il y a notamment eu plusieurs condamnations de répudiations commises à l'étranger sous le visa du protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales relatif au principe d'égalité²¹³. Ce dernier dispose que « *les époux jouissent de l'égalité des 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 juge est donc un vecteur essentiel dans l'application du principe d'égalité.

73. L'avenir du principe d'égalité au sein du couple. - Désormais, le principe d'égalité se trouve largement appliqué juridiquement vis-à-vis du couple. Pourtant, « *on constate que c'est au sein de la famille que subsistent les inégalités, ce qui est logique puisque c'est la spécificité du rôle familial de la femme qui a fondé historiquement le système de son oppression* »²¹⁴. Il est, en effet, très compliqué d'imposer des comportements au sein de l'intimité familiale et plus particulièrement dans le secret des alcôves. Le droit peut-il aller plus loin²¹⁵ ? Force est de constater que d'un point de vue strictement normatif, la femme est désormais l'égal de l'homme. Le droit aujourd'hui cherche pourtant à aller plus loin dans sa quête d'égalité. En effet, une fois cette égalité achevée, l'homme et la femme étant considérés sans distinction, la sexualisation du couple a été une nouvelle forme de discrimination. C'est ainsi, que ce chemin consistant à désexualiser la famille se construit aujourd'hui. L'égalité ne se pose plus entre les membres des couples mais des couples entre eux, notamment du point de vue de l'expression de leurs engagements ou des conséquences de leur orientation sexuelle. C'est le constat que nous pouvons poser dans le rapprochement entre le Pacs et le mariage²¹⁶ ou les revendications d'accès à la procréation au nom du principe d'égalité des couples homosexuels. En effet, comme nous allons le voir, l'égalité entre les parents est aujourd'hui actée ce qui nous amène à

²¹³ En ce sens : Aix-en-Provence, 21 janv. 1981 : *Rev. crit. DIP* 1982. 297, note Légier et Mestre. Civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 1994, n°92-13523 : *D.* 1995, Jur. 263, note J. Massip ; *Rev. crit. DIP* 1995. 103, note J. Déprez ; *RTD civ.* 1996. 514, obs. J.-P. Marguénaud. Civ. 1^{ère}, 31 janv. 1995 : *Bull. civ.* I, n°58, p. 42 ; *JDI* 1995. 343, note Ph. Kahn. Civ. 1^{ère}, 17 fév. 2004, pourvoi n°01-11549, *op. cit.*

²¹⁴ F. Dekeuwer-Défossez, *L'égalité des sexes*, *op. cit.*, spéc. p. 8

²¹⁵ L'économiste et femme politique S. Rousseau propose dans une interview donnée à Mademoiselle le 21 mars 2022 la création du délit de « non partage des tâches domestiques » démontrant qu'il est toujours possible d'aller plus loin dans l'application de l'égalité.

²¹⁶ V. en ce sens : Ph. Simler et P. Hilt, « Le nouveau visage du PACS : un quasi mariage » : *JCP G* 2006. I. 161 ; W. Baby, *Les effets patrimoniaux du PACS. L'invention d'une nouvelle forme de conjugalité*, t. 51, préf. M. Nicod, post B. Beignier : Defrénois, coll. Doctorat et notariat, 2013 ; P. Murat, « Les régimes matrimoniaux et les régimes « pacsmoniaux » à l'épreuve de la rupture des couples » : *JCP N* 2011, 1206. J.-F. de Montgolfier, « Du PACS au mariage et retour » : *Commentaire*, automne 2008, n°123, pp. 777-784. Et d'un point de vue plus mesuré : J.R. Binet, « Pacs et mariage : vingt ans de vie commune » : *Dr. fam.*, 2019, n° 12, pp. 15-18.

de nouvelles revendications d'un droit à tous les couples d'avoir un enfant.

2. L'égalité entre les parents

74. Une égalité économique simple et une égalité interpersonnelle délicate. -

L'établissement du principe d'égalité entre les parents est forcément étroitement lié à l'égalité dans le couple puisque l'enfant est le prolongement de leur union. Ainsi, l'enfantement a des conséquences sur la patrimonialité du couple d'une part mais aussi sur la vie familiale elle-même. L'application de l'égalité entre parents est cependant plus complexe puisqu'il n'y a pas seulement un lien direct de comparaison entre deux adultes mais trois liens : les parents entre eux, le père et l'enfant et, la mère et l'enfant. L'égalité, d'un point de vue patrimoniale, est résolue par le seul article 371-2 du Code civil du Code civil qui dispose que « *chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant* ». Cependant, le désir d'égalité n'est pas seulement aujourd'hui qu'une réalité économique et il devient délicat, d'un point de vue juridique, de garantir une égale qualité relationnelle entre les deux parents et l'enfant. C'est ce qu'efforcent de faire nos différentes instances normatives notamment afin de préserver au mieux l'intérêt des enfants.

75. L'évolution sémantique du principe d'égalité chez les parents. - Pour marquer ce passage à une recherche d'égalité quantifiable par la seule contribution économique à une égalité qualitative par une implication personnelle à l'éducation de l'enfant, nous pouvons nous arrêter sur les mots employés au sein de notre législation. Comme nous l'avons vu précédemment, la loi du 4 juin 1970 a employé le terme d'autorité parentale commune. En effet, à travers ce terme, se trouve la règle obligeant les parents à prendre ensemble les décisions liées au patrimoine de l'enfant et les décisions portant sur son parcours de vie : choix de la résidence²¹⁷, passage de l'enfant dans un reportage télévisuel²¹⁸, orientation religieuse de l'enfant²¹⁹... Cette égalité n'englobait pas les relations personnelles qu'entretiennent les deux parents avec l'enfant.

²¹⁷ V. Civ. 1^{ère}, 4 juill. 2006 : *Bull. civ. I*, n° 339 ; *D.* 2007. Pan. 1466, obs. Granet-Lambrechts ; *Dr. fam.* 2006, n° 188, note Murat ; *RJPF* 2006-11/42, obs. Eudier ; *LPA* 5 déc. 2006, note Massip ; *RTD civ.* 2006. 751, obs. Hauser.

²¹⁸ Versailles, 11 sept. 2003 : *AJ fam.* 2003. 383, obs. F. B. ; *RJPF* 2003-12/30, note Eudier

²¹⁹ V. en ce sens : S. Plana, *Le prosélytisme religieux à l'épreuve du droit privé*, th. Grenoble, 2005.

Or, deux événements sont venus changer le regard sur l'action du principe d'égalité dans la parenté. D'une part, la France s'est engagée avec enthousiasme dans l'application de la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989. Cette convention dispose en son article 7 que l'enfant a « (...) *le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux* ». Tisser un lien intime avec ses deux parents est ce qui semble aller dans le sens de l'intérêt de l'enfant. En effet, on ne peut qu'approuver l'idée selon laquelle la distance d'un des parents avec l'enfant est source de souffrance pour ce dernier et même pour les deux protagonistes concernés. D'autre part, le combat mené pour l'égalité des sexes²²⁰ avait pour intention notamment d'impliquer de manière plus poignante les pères dans l'éducation sociale et affective des enfants. Les dernières évolutions sociologiques démontrent d'ailleurs que les pères s'impliquent davantage dans l'éducation des enfants, tandis que les femmes investissent de plus en plus le monde du travail²²¹.

Devenu sensible à l'importance de la création d'un double lien pour l'enfant et fort de son engagement pour les droits de l'enfant, le législateur français encouragea avec la loi du 4 mars 2002 la naissance d'un nouveau concept en celui de la « coparentalité »²²². Il peut être défini ainsi : « *C'est l'idée selon laquelle il est de l'intérêt de l'enfant d'être élevé par ses deux parents, dans la famille fondée sur le mariage comme dans la famille créée hors mariage, que le couple parental soit uni ou qu'il soit désuni* »²²³. Ce n'est plus la notion d'autorité qui est mise en avant mais le fait d'élever un enfant, ce qui suppose un lien réel entre l'enfant et ses deux parents. C'est notamment au sein de cette loi que fut mise en place la garde partagée²²⁴ démontrant le désir de favoriser un temps passé avec l'enfant équivalent entre les deux parents. La Cour d'appel de Paris explique parfaitement le contenu de ce terme lorsqu'elle affirme que « *le partage de l'autorité parentale entre les parents n'est pas un concept déconnecté de toute réalité, imaginé pour satisfaire les revendications égalitaires des adultes, mais la traduction juridique de l'intérêt pour les enfants d'être élevés par leurs deux parents* ».²²⁵ Au fur et à mesure des années le principe d'égalité entre les parents s'est superposé au standard de l'intérêt

²²⁰ V. en ce sens : F. Rome, « Les hommes sont des pères comme les autres... » : *D.* 2013.489.

²²¹ V. Insee Références, *Femmes et hommes, l'égalité en question*, éd. 2022, notamment : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/6047789?sommaire=6047805>.

²²² L. n°2002-305, 4 mars 2002, relative à l'autorité parentale.

²²³ Rapport du groupe de travail présidé par F. Dekeuwer-Défossez, *Rénover le droit de la famille : Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Vauvillé, sept. 1999, spéc. p. 122. <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/994001755.pdf>.

²²⁴ V. art. 373-2 du Code civil : « *En application des deux articles précédents, la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux. (...)* ». Sur ce sujet V. : Dossier sur la résidence alternée, *Dr. fam.* juill-août 2019, pp. 15-28.

²²⁵ Paris, 18 juin 2015, n°15/00864.

de l'enfant. Aujourd'hui, le *leitmotiv* de la coparentalité réside dans l'intérêt de l'enfant²²⁶ et non plus seulement dans l'application du principe d'égalité.

76. Un principe d'égalité en recherche d'équilibre. - Cet exemple de l'application du principe d'égalité démontre que ce dernier est en constante recherche d'équilibre. Lorsque nous parlons d'autorité parentale commune c'était la place de la mère qui devait être mise sur un pied d'égalité avec celle du père. La loi du 4 juin 1970 était d'ailleurs profondément en faveur des femmes puisqu'en cas de non-mariage ou de rupture, l'autorité parentale était exclusivement attribuée à la femme. La réforme du 4 mars 2002, en revanche, cherchait à réhabiliter la place du père qui, dépourvu de ses pouvoirs exclusifs, était redevenu un parent de seconde zone. A tel point que certains auteurs ont présenté cette loi comme contraire au féminisme²²⁷. Cependant, malgré la nouvelle ambition qui consiste à donner une présence égale entre le père et la mère auprès de l'enfant, force est de constater que l'équilibre n'est pas satisfaisant. En effet, la résidence principale de l'enfant est encore majoritairement chez la mère et encore trop souvent l'enfant perd le lien avec ce, que Charles Péguy appelle l' « aventurier des temps modernes »²²⁸, bien plus qu'avec sa mère²²⁹. Le principe d'égalité trace donc toujours son sillage en redéfinissant la place du père. Le dernier exemple en date est la loi concernant l'allongement du congé paternité passant ce dernier de 14 jours à 28 jours avec obligation de prendre sept jours directement après la naissance²³⁰. Dans l'exposé des motifs de ce projet de loi, l'objectif de l'allongement du délai de congé paternité et le rendre pour partie obligatoire repose sur deux constats : d'une part, les femmes sont pénalisées professionnellement par leur implication plus forte dans les premiers jours de vie de l'enfant, implication qui s'étend ensuite au-delà des premiers mois de vie de l'enfant. D'autre part, il a été démontré que les premiers jours de vie d'un enfant sont un moment crucial dans l'attachement du père avec son enfant. Pour les députés à l'origine de ce projet de loi il y a donc encore aujourd'hui un « enjeu

²²⁶ V. Civ 1^{ère}, 13 sept. 2017, n°16-18.277 : *JurisData* n°2017-017793 ; *Dr. fam.* 2017, n°11, p. 23, note H. Fulchiron.

²²⁷ F. Dekeuwer-Défossez, « Les « droits des femmes » face aux réformes récentes du droit de la famille », in *l'Année sociologique*, éd. PUF, 2003/1, vol. 53, pp.175-195, spéc. p. 194 : « Rien n'est donc moins féministe que la loi de mars 2002. Sous des aspects consensuels et modernes, il ne s'agit ni plus ni moins que d'une restructuration des familles, pour rétablir la plénitude du juridique entre père et fils qui équilibre le lien naturel mère-enfant ».

²²⁸ Ch. Péguy, « Dialogue de l'histoire et de l'âme charnelle », in *Oeuvres en Prose de Charles Péguy* : éd. Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, 1957, spéc. pp. 371-377.

²²⁹ V. L'Institut national d'études démographiques, « Quand la rupture des parents s'accompagne d'une rupture du lien entre le père et l'enfant », *Population et sociétés*, mai 2013. *Idem* V. : « Les pères face au divorce », *Les familles monoparentales*, I.N.S.E.E., Coll. Contours et Caractères, 1994, spéc. p. 140. « Les pères reflètent dans leur comportement la perception qu'ils ont de leur place et de leur rôle de père dans la société et dans la famille. Le plus fréquent des comportements des pères est la résignation. »

²³⁰ L. n° 2020-1576, 14 déc. 2020 de financement de la sécurité sociale pour 2021.

d'égalité », professionnel du côté féminin de la balance et intime du côté masculin de la balance²³¹.

La vision du principe d'égalité entraîne aujourd'hui le législateur à rentrer dans l'organisation intime de la famille. La question est de savoir si ces lois auront une véritable incidence alors que les habitudes de la société, si elles évoluent, continuent à affecter un rôle spécifique, notamment du point de vue éducatif, à chaque membre du couple. Soit, la loi précède les mœurs, soit le travail actuel de législateur est vain voir, agressif envers des parents qui se satisfont de l'ordonnancement familial qui a eu cours pendant des siècles et qui ne souhaitent pas changer.

§2. Les nouvelles difficultés dans la mise en œuvre du principe d'égalité

77. Des paramètres en concurrence avec le principe d'égalité. - L'évolution du droit de la famille de ces dernières années a contribué à l'essor du principe d'égalité. Pourtant, il est toujours aussi revendiqué par ceux qui réclament des évolutions de la politique familiale. La lucidité nous pousse à affirmer qu'il est certain que ce principe sera toujours au cœur des doléances car l'égalité dépend de celui qui s'exprime et des différentes idéologies qui traversent la société. En ce qui concerne la famille, deux phénomènes ont un ascendant sur l'expression du principe de droit de la famille. Il y a d'une part la contractualisation du droit de la famille qui fait échapper au législateur et au juge le contrôle de l'application du principe d'égalité (A). D'autre part, les dernières digressions de cette thèse l'ont démontré, les mœurs sont une concurrence solide face aux aspirations du législateur (B).

A) La contractualisation du droit de la famille face au principe d'égalité.

79. L'antinomie entre contractuel et principe d'égalité. - Le principe d'égalité nage en eaux troubles lorsqu'il s'agit de rapports contractuels²³². Cette observation est d'autant plus vraie en ce qui concerne le droit de la famille puisque, en général, la cause des contrats est liée aux sentiments ou à leur absence. Or, l'affection, l'émotion, le ressenti, l'amertume... ne

²³¹ V. projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2021, chap. II.

²³² Sur ce sujet : D. Berthiau, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, th. ss. dir. J.-L. Sourioux : L.G.D.J., 1999, spéc. p. 475.

peuvent être que de mauvais conseils en matière contractuelle et sont un risque pour l'établissement d'une égalité²³³. Cependant, l'ouverture législative de ces arrangements à l'amiable constitue un vecteur efficace pour répondre aux revendications individuelles qui s'expriment dans notre société. Le contrat reste le meilleur outil pour permettre la liberté individuelle et pour respecter au mieux les choix individuels. C'est pourquoi, indéniablement, le droit de la famille se contractualise, faisant la part belle à l'autonomie de la volonté au sein de l'intimité familiale. Par ailleurs, les contrats familiaux rencontrent un succès grandissant ce qui démontre l'efficacité de cette réponse. Depuis le Pacs, plébiscité par de nombreux couples²³⁴, de nouveaux contrats se sont développés comme les conventions de concubinages, les accords parentaux, ou encore le divorce par consentement mutuel sans juge²³⁵.

Ainsi, donc, l'essor du principe d'égalité s'est fait corrélativement avec la contractualisation familiale²³⁶. Certains auteurs se sont donc interrogés sur les dangers que pourrait introduire cette contractualisation²³⁷ car il serait naïf de penser que les négociations, surtout lorsqu'il s'agit d'une rupture amoureuse, soient menées sur un même pied d'égalité. Des moyens ont donc été mis en place pour protéger le principe d'égalité dans les accords familiaux.

80. La protection du principe d'égalité dans une famille contractualisée. - Le rôle de la loi, entre autres, est de protéger la partie faible. Notre système juridique français est construit selon la célèbre citation de Lacordaire : « *entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit* ». L'utilisation des termes de fort et de faible fait indirectement référence au risque de non-respect du principe d'égalité. Bien évidemment, il existe des gardes fous comme la théorie du vice du consentement au sein du droit contractuel français. Des remparts sont également mis en place à travers l'ordre public familial qui commande l'indisponibilité de l'autorité parentale par exemple. Contractualisation ne veut donc pas nécessairement dire déjudiciarisation²³⁸.

Cependant, il semble que les mécanismes de protection mis en place par notre système normatif portent sur le non-respect de l'intérêt de l'enfant, partie faible s'il en est, et que la

²³³ Pour un avis contraire, V. : D. Borillo, *La famille par contrat, la construction politique de l'alliance et de la parenté*, préf. G. Koenig, éd. Puf, coll. Génération libre, 2018, pp. 170, spéc. p. 88 : « *Le processus d'égalité de genre et l'élargissement du mariage aux couples de même sexe ont mis fin à la vision hiérarchique des rapports entre époux selon laquelle ce n'était pas la négociation égalitaire, mais la subordination qui agençait l'ordre marital* ».

²³⁴ En 2018, 47% des unions contractés étaient des Pacs, source INSEE : Mariage et Pacs, données annuelles de 1990 – 2019.

²³⁵ L. n°2016-1547, 18 nov. 2016, de modernisation de la justice du XXI^e Siècle.

²³⁶ En ce sens : C. Dudit, *La contractualisation du droit de la famille*, th. ss. dir. R. Le Guidec, 2009 ; D. Borillo, *La famille par contrat – la construction politique de l'alliance et de la parenté*, op. cit..

²³⁷ C. Lienhard, « Besoin et nécessité d'un juge » : *Gaz. Pal.* 1^{er} avr. 2014, p. 14 ; M. Juston, « L'avis d'un magistrat de terrain sur la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel » : *Gaz. Pal.* 15 mars 2014, p. 7 ; F. Dekeuwer-Défossez, « un divorce sans juge ? » *RLDC* 2016, n° 139.

²³⁸ En ce sens : V. Larribau-Terneyre, « Les conventions de rupture – État des lieux » : *Dr. fam.* 2015, Dossier 4.

question de l'égalité au sein du couple ne soit plus un sujet de préoccupation. Dans le divorce sans juge par exemple, beaucoup se sont demandés quel était le rôle du notaire. Ce dernier, en réalité, n'a pas à vérifier l'équilibre de la convention. Les divorces par consentement mutuel par acte sous seing privé seraient donc de véritables « *bombes à retardement* »²³⁹. Sans l'assurance d'un principe d'égalité respecté, le consentement peut être plus difficilement avéré.

81. Les manquements au respect du principe d'égalité face à la contractualisation. - La rupture d'égalité qui peut être induite par la contractualisation du droit de la famille est avant tout la privation des parties des mécanismes antérieurs de protection que pouvaient offrir la loi et le contrôle du juge aux affaires familiales. Par exemple, il y a une inégalité créée par la contractualisation du droit de la famille sur un point essentiel qui concerne le droit fondamental des enfants à être entendus. La convention internationale des droits de l'enfant oblige les pays signataires de s'assurer que les enfants soient entendus dans toutes les procédures judiciaires ou administratives qui le concernent²⁴⁰. Or, lorsqu'il y a une séparation à l'amiable de parents, c'est-à-dire dans le cadre d'un concubinage, d'un Pacs ou d'un divorce par consentement mutuel par acte sous seing privé, le juge ne peut demander à entendre l'enfant ou vérifier que celui-ci ait connaissance de son droit d'être entendu. Dans le cas où les parents ont réussi à se mettre d'accord, il est peu probable que l'on laisse la parole de l'enfant venir modifier le contrat. Ainsi, tous les enfants ne sont pas égaux face au droit d'être entendus. Les enfants issus d'un couple qui divorce sous l'office du juge bénéficieront plus facilement de la faculté de donner leur avis lors d'une audition judiciaire comme le commande l'article 388-1 du Code civil. Cette inégalité juridique est à nuancer dans les faits : il est rare que l'enfant souffre alors même que les parents aient été capables de trouver un accord. Le mal être de l'enfant se trouve souvent bien plus dans l'incapacité de ses parents de régler leurs différends.

Le défi du législateur du XXI^e siècle sera donc de conserver le résultat de l'essor incroyable du principe d'égalité au cœur du droit de la famille. Cela nécessitera de composer avec des revendications de libertés individuelles toujours croissantes et dépendra inéluctablement de l'état des mœurs de notre société.

²³⁹ M. Juston, *op. cit.*

²⁴⁰ Art. 12, Convention internationale des droits de l'enfant : « *Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.* »

Le contrat ne serait peut-être pas le seul mécanisme d'individualisation du droit de la famille qui met en danger le principe d'égalité. Le contrôle de proportionnalité, est en effet, source d'inégalité puisque la loi est parfois écartée selon les faits de l'espèce²⁴¹. La raison de ce contrôle repose sur l'équité et non sur l'égalité. S'il est trop tôt pour parler de rupture d'égalité il n'en reste pas moins une menace si une loi permettant l'égalité est contournée par ce récent mécanisme jurisprudentiel. Nous allons désormais étudier une seconde raison qui peut mettre en danger l'effectivité du principe d'égalité : les mœurs. Comme nous l'avons vu, l'égalité est largement soumise à interprétation et cette interprétation dépend notamment des mœurs. En effet, le principe d'égalité est avant tout un principe de justice. Or, si aucune injustice n'est ressentie, le principe d'égalité sera aisément écarté.

B) Les Mœurs face au principe d'égalité

82. Le rôle des mœurs dans l'effectivité du principe d'égalité. – Il existe un exemple criant de la nécessaire adéquation de mœurs avec le principe d'égalité. Les révolutionnaires de 1791 du citoyen tenaient à ce que le principe d'égalité soit la clé du renversement de la société. Dès l'article 1 de déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose que « *Les hommes naissent libres et égaux en droits. (...)* ». Cela passa par la suppression de la distinction entre filiation légitime et naturelle.²⁴² Cette évolution fut un échec : « *Le tort des hommes de la Révolution fut de vouloir (...) réaliser brusquement l'idéal de liberté et d'égalité, suivant leur logique, sans se préoccuper de rechercher dans quelle mesure les mœurs étaient préparées à le pratiquer effectivement* »²⁴³. Les mœurs se différencient de la morale en ce sens où, par-delà la notion de bien et de mal, les mœurs désignent les habitudes et les comportements d'une société. Effectivement, le principe d'égalité, mais au fond le droit de la famille dans son ensemble, est dépendant des mœurs d'une société²⁴⁴. Il existe d'ailleurs une controverse doctrinale qui s'interroge sur l'incidence du droit sur les mœurs et vice et versa. L'exemple que nous prenons ici prouve que le droit, à lui-seul, est incapable de changer les mœurs. Mieux encore, le droit de la famille semble parfois contraint de suivre les mœurs. C'est le constat que pose le Professeur Marie-Hélène Renaud lorsqu'elle dit que « *la famille d'aujourd'hui n'est*

²⁴¹ En ce sens : P. Puig, « L'excès de proportionnalité » : *RTD civ.* 2016.70.

²⁴² V. *supra.*, n° 68.

²⁴³ P. Lerebours-Pigeonnière, « La famille et le Code civil », in *Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire*, t.1, Arthur Rousseau, Paris, 1904, spéc. p. 274.

²⁴⁴ V. en ce sens : Ph. Malaurie, « Couple, procréation et parenté » : *D.* 1998. 127 : « *D'abord, parce qu'il s'agit de droit et le rôle du droit dans la famille est un peu mystérieux, assez complexe et très sujet à dispute. Il dépend de toutes sortes de facteurs extra-juridiques : l'histoire d'une nation, sa culture, sa ou ses religions, sa démographie, ses réalités économique et sociales, ses mœurs, la morale, la science, la médecine, l'opinion – savante et populaire -, sans parler de la conjoncture politique.* »

plus celle du Code civil et qu'elle change sous nos yeux davantage sous l'action des mœurs et de l'économie que par l'effet de modifications législatives »²⁴⁵. Cela s'explique par le fait que la cellule familiale est le lieu privé par excellence. La famille est souvent comparée à une mini-société. Or, chaque société a son mode d'agir et de penser et sur cela la loi ne peut rien et c'est bien ainsi car la famille est une expression personnelle où une intrusion excessive du droit serait une immixtion source de tensions sociales.

Par conséquent, le principe d'égalité ne peut exister que si les sociétés sont prêtes à y adhérer. Par exemple, malgré une volonté législative certaine, le nom de famille donné à l'enfant reste dans la grande majorité des cas celui du père. De même, les changements de mœurs obligent le législateur à faire évoluer sa législation ce qui fragilise parfois l'équilibre égalitaire de nos lois.

83. Le nom de l'enfant : dernier rempart avant la pleine coparentalité ? – Le nom que reçoit l'enfant à sa naissance est-il un dernier point résiduel de patriarcat familial ? La loi du 4 mars 2002 a permis que les parents aient le choix du nom que portera l'enfant. L'article 311-21 du Code civil, bien que repris par la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples homosexuels, dispose encore aujourd'hui que « (...) *En l'absence de déclaration conjointe à l'officier de l'état civil mentionnant le choix du nom de l'enfant, celui-ci prend le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie en premier lieu et le nom de son père si sa filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre.* (...). » Or, plus de dix ans après avoir laissé une certaine liberté aux parents dans le choix du nom, 83% des enfants nés en 2014 portent le nom de leur père²⁴⁶. Il est difficile d'établir si ce large pourcentage s'explique par la loi qui, en l'absence de choix des parents, désigne le nom du père pour l'enfant ou si ce sont les mœurs qui agissent dans l'inconscient collectif. Certainement les deux et ce constat démontre une nouvelle fois que l'instauration dans la loi d'un pas vers l'égalité n'est efficace que lorsque les mœurs sont en accords. Quoi qu'il en soit, il est certain que la tradition française consistant à donner le nom du père ne heurtait pas la plupart des familles, sinon elles auraient fait un autre choix dès que cette liberté leur a été donnée, et que donc cette absence d'égalité ne blessait pas les désirs d'égalité des familles françaises. Si en l'absence de choix c'est le nom du père qui est donné à l'enfant, c'est certainement que le législateur a choisi de suivre les mœurs plutôt que de suivre dogmatiquement le principe d'égalité.

²⁴⁵ M.-H. Renault, *Histoire du droit de la famille*, Ellipses, coll. Mise Au Point, 2012, spéc. p. 3.

²⁴⁶ Source I.N.S.E.E., <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1379722>.

Seulement, et notamment du fait de l'attention portée à la parole féministe, les mœurs évoluent. La préférence donnée au nom du père dérange de plus en plus²⁴⁷. Hormis, la crainte que certains ont d'une condamnation émanant de la CEDH²⁴⁸ qui énonce que le choix du nom doit faire l'objet d'une égalité de traitement entre homme et femme²⁴⁹, la législation en vigueur commence à heurter les nouvelles mœurs de la société. C'est pourquoi, une proposition de loi est à l'étude aujourd'hui instaurant, en cas de désaccord des parents, le double nom des parents et, pour être certain que l'égalité soit parfaite, l'ordre des noms se fera de manière alphabétique²⁵⁰. Dans l'hypothèse où cette proposition est acceptée, nous saurons véritablement si les mœurs relatives au nom de famille ont évolué car il n'y aura désormais plus aucune préférence.

84. Les mœurs nouvelles relatives à la procréation et le principe d'égalité. – S'il y a bien un domaine où les mœurs ont évolué en droit de la famille, c'est celui des nouveaux modes de procréation. Avec les progrès médicaux, la filiation peut se retrouver aujourd'hui coupée du biologique : si la rencontre entre gamète masculine d'un côté et féminine de l'autre reste indispensable, cette rencontre peut se faire en totale absence de liens charnels. Cette révolution scientifique a eu une influence considérable sur la vision de la société vis-à-vis de la procréation et sur la notion même de parenté. La notion d'égalité se retrouve cahotée dans ces nouveaux modes de procréation qui seraient, selon les points de vue, bénéfiques au principe d'égalité ou, au contraire, source d'inégalités. Or, c'est un fait, sans prendre parti sur la légitimité de ces différences de traitement, l'aide médicale à la procréation peut être à l'origine de dissemblances juridiques ou factuelles.

85. L'exemple de l'ancien article L.2141-2 du Code de la santé publique. - Pour l'aspect factuel, nous pouvons prendre pour exemple l'ancien article L.2141-2 du Code de la santé publique qui permettait à l'ensemble des enfants de bénéficier de critères similaires définissant la parenté. Il imposait en effet, que même dans le cadre d'une aide médicale à la procréation, l'enfant naisse au sein d'un couple hétérosexuel, en âge de procréer et menant une vie

²⁴⁷ V. en ce sens : A. Dionisi-Peyrusse, « Le nom de la mère : toujours au second rang », *AJ fam.* 2017, p. 400.

²⁴⁸ J. Hauser, « Le Conseil Constitutionnel et les diverses branches du droit » : *Cahiers du Conseil Constitutionnel* n°16, juin 2014. Pour un avis contraire : C. Le Douaron, « L'égalité des sexes impose de laisser le choix du nom de famille aux parents » : note sous CEDH, 7 janv. 2014, Cusan et Fazzo c. Italie, *D. actualité*, 31 janv. 2014.

²⁴⁹ CEDH, 22 fév. 1994, Burghartz c/ Suisse : Série A, n°280-B ; Jur. CEDH, 5e éd., n°123, obs. Berger ; D. 1995. 5, note Marguénaud. CEDH, 7 janv. 2014, n°77/07, Cusan et Fazzo c/ Italie : AJF 2014. 126, note C. Doublein ; RLDC, 2014/03, n° 133, note K. Ducrocq-Pauwels.

²⁵⁰ V. Proposition de loi relative au nom patronymique. <https://www.senat.fr/rap/I01-244/I01-2446.html>. Voir à ce sujet : M. Lamarche, « Égalité ou liberté : le double nom de famille doit-il être prioritaire ? », *Dr. fam.*, n° 7-8. 2021, spéc. p. 3.

commune. En posant des conditions d'accès à la procréation, le législateur souhaitait donner un cadre propice à l'arrivée d'un enfant mais aussi imposait une égalité factuelle entre les enfants nés naturellement et les enfants nés par aide médicale. La filiation établie par procréation médicalement assistée copiait la filiation spontanée. Avec la dernière loi relative à la bioéthique²⁵¹, l'interrogation se porte sur la survivance de la volonté législative d'abolir les inégalités entre ces deux modes de conception. En tout état de cause, nous nous acheminons vers une nouvelle discrimination entre les enfants nés naturellement et les enfants nés médicalement. En effet, l'acceptation de l'aide médicale à procréation en faveur des couples de femmes ou des femmes seules entraîne une filiation établie sans père. En faisant fi de l'impact psychologique ou non de l'enfant, il y aura, de fait, des enfants qui auront une altérité parentale et d'autres non. Cette différence est en mesure à elle seule d'établir une inégalité de fait²⁵² établie par le droit : le législateur n'impose pas une inégalité mais la permet.

Certes, ces nouvelles inégalités seront avant tout factuelles et peuvent-être considérées comme justes à l'aune des mœurs actuelles. Nous nous retrouverons alors dans un cas similaire à la législation d'avant 1972 : on écarte le principe d'égalité avec la bénédiction d'une certaine vision sociale de la famille.

86. L'exemple de la paternité dans le cadre d'une aide médicale à la procréation hétérologue. - Un autre exemple, cette fois-ci portant sur une inégalité juridique, porte sur la remise en cause de la paternité établie suite à une aide médicale à la procréation hétérologue. Cette dernière s'est également inspirée des règles relatives à la procréation naturelle puisqu'aucune action en désaveu n'est admise en vertu de l'article 311-20 du Code civil. Cette interdiction rejoint l'interdiction pour un père biologique de nier sa paternité, l'action en recherche de paternité reposant sur l'expertise biologique selon l'article 328 du Code civil²⁵³. De même, la présomption de paternité tombe lorsqu'il y a un doute sur le lien biologique. Ainsi, comme l'affirme Michèle Laborde-Barbanègre, en ce qui concerne l'aide médicale à procréation hétérologue, « *le principe même de l'engagement commun, juridiquement*

²⁵¹ L. n° 2021-1017, 2 août 2021, *op. cit.*.

²⁵² V. en ce sens : Rapp. ss. dir. J.-F. Mattei, 17 sept. 2019, <https://www.academie-medecine.fr/wp-content/uploads/2019/09/Rapport-sur-le-projet-de-loi-relatif-à-la-bioéthique-2019-09-ANM.pdf> : « *si l'invocation de l'égalité des droits de toute femme devant la procréation est compréhensible, il faut aussi au titre de la même égalité des droits tenir compte du droit de tout enfant à avoir un père et une mère dans la mesure du possible. Sur ce point, il y a donc une rupture volontaire d'égalité entre les enfants. À ce titre, la conception délibérée d'un enfant privé de père constitue une rupture anthropologique majeure qui n'est pas sans risques pour le développement psychologique et l'épanouissement de l'enfant* ».

²⁵³ V. en ce sens : H. Fulchiron, « Les paternités forcées : projet parental versus géniteur payeur » : *Dr. fam.* janv. 2017, n°1, spéc. p. 1 : « *Qu'il semble loin le temps où, en l'élevant au-dessus de l'autel ancestral, le paterfamilias décidait de faire entrer ou non l'enfant dans sa famille ! Quant à la paternité forcée, on en reste au vieux principe : qui fait l'enfant doit l'assumer.* » De même : M. Plard, *Paternités imposées : un sujet tabou*, éd. Les Liens Qui Libèrent, 2013, pp. 208 ; G. Kessler, « Le droit de ne pas être père », *AJ fam.* 2017. 292.

*consacré, d'un couple vis-à-vis de l'accueil d'un enfant a été estimé supérieur à la réalité biologique »*²⁵⁴. En résumé, les nouveaux modes de procréations remplacent la certitude du biologique par la certitude d'un engagement authentifié il y a donc une inégalité établie par la loi du traitement de la filiation.

L'ensemble de ces dernières dispositions législatives permettent de protéger tous les enfants d'un père qui voudrait se soustraire à son devoir. Dans ce sens, le principe d'égalité est respecté. Cependant, voici l'exemple parfait selon lequel la recherche d'égalité amène finalement à des situations antinomiques : d'un côté, la paternité a pour fondement essentiel le lien biologique et de l'autre, la paternité réside dans un engagement volontaire où le biologique n'a plus sa place. Le principe d'égalité pourrait pourtant imposer que tous les enfants aient un égal accès à leurs origines paternelles²⁵⁵. Ce n'est pas le cas aujourd'hui et nous nous retrouvons face à une rupture d'égalité : il y a d'un côté les filiations basées sur une réalité biologique et de l'autre les filiations reposant sur un engagement contractuel. Comme l'a démontré brillamment le Professeur Mélin-Soucramanien dans sa thèse consacrée au principe d'égalité, certaines différenciations juridiques de traitement ont pour objet d'établir une égalité de fait²⁵⁶, en l'occurrence un lien paternel indéfectible pour tous les enfants.

La mise en œuvre du principe d'égalité au sein de la famille est un élément indispensable pour que ce principe soit effectif en dehors de la sphère familiale. En effet, les futures générations en grandissant dans une famille où l'égalité est respectée seront plus enclines à l'appliquer plus tard. Il est donc primordial que ce principe soit appliqué et de manière cohérente puisque cela a une incidence sur l'ensemble des comportements sociaux.

²⁵⁴ M. Laborde-Barbanègre, « la filiation en question : de la loi du 3 janvier 1972 aux lois sur la bioéthique », in *Adoption, Ethnologie des parentés choisis*, éd. de la Maison des sciences de l'Homme, Paris, 1998, pp. 177-204, spéc. p.180.

²⁵⁵ Aujourd'hui, l'accès aux origines dépend entièrement de la volonté du donneur. Sur ce sujet : J.-R. Binet, « Don de gamètes - Consentement du donneur à la transmission de son identité : clé de voûte du droit à la connaissance des origines », *Dr. fam.* sept. 2023, comm. 139.

²⁵⁶ F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit..

Section 3. Le principe de solidarité familiale

87. Définition du principe de solidarité. - Secours, assistance, contribution, compensation, besoins, subsides, entretien, nourrir, entretenir, élever, aliments, versement... autant de mots qui irriguent le droit de la famille et qui traduisent la nature des liens familiaux. Tous ces termes définissent une part de ce que contient le principe de solidarité familiale. La solidarité est la manifestation même du groupe familial et peut se définir comme le devoir moral consistant à se porter une entraide mutuelle et une assistance réciproque. Ce principe n'a jamais été mentionné dans la jurisprudence, contrairement à la doctrine qui l'emploie régulièrement²⁵⁷. Cependant, Monsieur Dominique Perben, alors garde des sceaux affirma lors d'une réponse ministérielle qu'il existe un principe général de solidarité familiale²⁵⁸. Ce principe directeur de notre droit de la famille signifie que les liens intrafamiliaux doivent au minimum comprendre une réelle solidarité. Dans son article rédigé à l'occasion des cent ans du Code civil, le Professeur Paul Lerebours-Pigeonnière faisait un parallèle entre famille naturelle et légitime et affirmait que « *L'idée de famille naturelle traduit déjà l'affectation mutuelle que la parenté fait germer dans le cœur des êtres qui descendent l'un de l'autre, elle exprime au moins le devoir réciproque d'assistance que la filiation impose*²⁵⁹ ». Si l'attachement est une caractéristique obvie des relations familiales dans l'esprit commun, il ne crée juridiquement pas la famille contrairement à la solidarité. C'est bien le soutien, l'entraide, les soins portés à l'autre qui font famille ; d'où le caractère directeur du principe de solidarité²⁶⁰.

88. Historique de la solidarité familiale. - La famille a toujours joué un rôle microsocial. A l'origine, c'étaient les conditions de vies (proximité familiale, absence de solidarité nationale...), les mœurs, qui imposaient aux familles la prise en charge des plus faibles des leurs. Au sortir de la seconde guerre mondiale, l'État a souhaité supplanter cette vocation familiale, certainement dans un esprit d'égalité puisque certaines familles n'avaient pas les

²⁵⁷ V. le dossier : « Quelle solidarités pour une famille renouvelée ? », *Dr. fam.*, juin 2016, pp. 14 à 22. De même, de manière non exhaustive, V. : M. Douchy-Oudot, « Les solidarités familiales », in *Lien familial, lien obligationnel, lien social*, ss. dir. C. Siffrein-Blanc, J.-Ph. Agresti et E. Putman, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2013, pp. 697-754 ; E. Alfandari, « L'obligation alimentaire : des formes de solidarités à réinventer », *RDSS*, 2008.993 ; C. Baumann, S. Courcenet et al., « La prise en charge de la dépendance des personnes âgées en Europe », *AJfam.*, 2003.261 ; P. Fombeur, « Titre de séjour dépendant de l'engagement d'un descendant et versement du revenu minimum d'insertion », *RDSS*, 2002.165 ; J.-F. Sagaut, « Le couple conjugal complément ou substitut à la solidarité intergénérationnelle ? », *Dr. fam.*, n° 7-8, juill. 2011 ; I. Maria, « Seul le requérant initial peut interjeter appel contre un jugement de mainlevée de la mesure de protection », *Dr. fam.*, n° 7-8, juill. 2018. ; M. Gray, « Le cantonnement de l'émolument du conjoint survivant par le nouvel article 1094-1, alinéa 2, du Code civil », *JCP N*, n° 7, 16 fév. 2017, 1067.

²⁵⁸ JO AN-Q, 13 janv. 2003, spéc. p. 230 : <http://questions.assemblee-nationale.fr/q12/12-6174QE.htm>.

²⁵⁹ P. Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, spéc. p. 265.

²⁶⁰ V. à ce sujet : A. Supiot (ss. dir.), *La Solidarité. Enquête sur un principe juridique*, Odile Jacob, Paris, 2015, pp. 357.

moyens de venir décemment en aide à ceux qui en éprouvaient le besoin. C'est ce qui a été appelé l'État providence qui fut mis en œuvre durant les trente glorieuses. Les alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946 disposent que « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs* ». Le général de Gaulle créa la Caisse d'Allocation Familiale par une ordonnance du 4 octobre 1945 puis la Sécurité Sociale par une ordonnance du 19 octobre 1945, le salaire minimum fut mis en place par une loi du 9 octobre 1950 et le régime d'assurance chômage apparut le 31 décembre 1958. Grâce à tous ces nouveaux systèmes de solidarités extrafamiliales, un individu pouvait échapper à la misère sans l'aide de sa famille. Cette révolution sociétale n'a pas réduit à néant la solidarité familiale mais les liens familiaux ont perdu un peu de leur aspect de protection économique.

Or, à partir des années 1980, l'État providence a montré des signes de faiblesse. Le principe de solidarité familiale est revenu sur le devant de la scène montrant ainsi son efficacité et son caractère incontournable. En effet, la cellule familiale est à l'image d'une société où les uns peuvent compter sur le soutien économique mais aussi moral des autres. La nature des liens du sang et affectifs rend cette solidarité plus naturelle. L'adhésion à cette solidarité est la plupart du temps instinctive ce qui est une aubaine pour le politique. Il n'en reste pas moins que le droit doit intervenir pour organiser l'application de ce principe. D'une part, il arrive que la solidarité qui devrait naturellement exister n'est pas exercée dans certaines familles notamment lorsqu'il y a des relations conflictuelles. Or, appartenir à une famille impose certains devoirs notamment celui de la solidarité. D'autre part, cette solidarité familiale est une nécessité politique. Elle est le premier rempart à la pauvreté et à l'isolement. Le politique n'a rien trouvé de plus efficace que des parents qui viennent à l'aide d'un enfant dans le besoin ou des enfants accompagnant leurs parents dans leurs vieux jours. Dans l'imaginaire collectif, la famille est le refuge quand tout va mal. S'il est facile de renier un ami, il est souvent plus délicat de se détourner d'un membre de sa famille qui a besoin d'aide.

89. Annonce du plan. - Le principe de solidarité peut s'exprimer de deux manières. La première est factuelle ou immatérielle (§1). Cela peut être plus difficile à mettre en œuvre car il est délicat de mesurer le temps que nous devons consacrer à nos proches, ou l'affection que nous leur devons. La seconde est plus prosaïque puisqu'elle s'exprime de manière économique (§2). Dans les deux cas, les exemples que nous allons citer démontrent l'omniprésence du

principe de solidarité, comme une lame de fond, celui-ci étant rarement exposé mais omniprésent dans notre droit de la famille.

§1. L'expression immatérielle du principe de solidarité

90. Une solidarité instinctive. - Il semble naturel qu'au sein d'une même famille une aide impalpable soit donnée. La famille est un bien précieux, le bonheur de nos proches est un élément de notre propre bonheur. Aristote, affirmait dans l'*Éthique à Nicomaque* que « *ce qu'on possède en pleine propriété, aussi bien que l'enfant, jusqu'à ce qu'il ait atteint un certain âge et soit devenu indépendant, sont pour ainsi dire une partie de nous-même, et nul ne choisit délibérément de se causer à soi-même du tort ni par la suite de se montrer injuste envers soi-même (...)* »²⁶¹. Si aujourd'hui la notion de « propriété » est antinomique avec la notion « d'enfant », il est certain que tous les membres d'une même famille ont une communauté d'intérêt. La souffrance d'un proche nous touche et nous pousse naturellement à agir. Une étude réalisée par le Credoc en décembre 2014 démontre à ce propos, au sujet de l'aide que doit apporter les parents à leurs enfants, que « *ce soutien familial ne répond pas à une contrainte, à laquelle se soumettent bon gré mal gré les parents, mais au contraire à un désir profond, partagé par une forte majorité de la population* »²⁶². Ainsi, le droit se retrouve souvent à énoncer des évidences. Par exemple, la notion d'assistance citée dans les articles 212 et 515-4 du Code civil signifie que, aussi bien dans le mariage que dans le Pacs, il doit y avoir une certaine prévenance dans le couple. Pour qu'un couple fonctionne, il doit y avoir une attention à l'autre et veiller à prendre soin de celui ou celle avec qui notre vie se partage. D'ailleurs il est rare que des jeunes mariés, lorsqu'ils arrivent à porter quelques secondes d'attention à l'officier d'état civil, soient contrariés par l'énoncé de leurs nouveaux devoirs. Cette solidarité s'exprime également par l'obligation d'élever ses enfants que nous retrouvons au sein de l'article 203 du Code civil. Mais ces solidarités sont le plus souvent sous les radars du droit : cela peut être une grand-mère qui garde ses petits-enfants pour que les parents puissent aller travailler (la crise du covid nous a encore donné l'exemple du soutien incroyable des grands-parents), un oncle qui aide son neveu à décrocher un emploi, un enfant qui fait des travaux dans la maison de ses parents...

²⁶¹ Aristote, *Éthique à Nicomaque*, op. cit., 1134b.

²⁶² C. Duflos, A. Dufour et A.-D. Kowalski, « Prestations familiales, modes de garde et relations parents/grands enfants », *collection des rapports*, n° R156, déc. 1994.

Ces comportements sont porteurs parfois de confusions notamment à l'égard de d'autres branches de droit. Nous pouvons citer l'entraide familiale d'une part²⁶³, qui se trouve à cheval entre le principe de solidarité familiale et le droit du travail. De même, l'assistance à un membre de sa famille qui a un statut particulier dans le droit des incapacités.

91. L'entraide familiale. – La solidarité immatérielle peut intervenir sous des formes très diverses. L'une que nous retrouvons de manière récurrente en jurisprudence est celle de l'entraide familiale. Cela consiste à venir aider un membre de sa famille dans le cadre de son travail. Cette aide doit être exercée de manière occasionnelle et spontanée ; elle doit avoir un caractère gratuit dénué de tout lien de subordination. La jurisprudence reste cependant très prudente dans la reconnaissance de l'entraide familiale. Elle la limite aux descendants et aux descendants en ligne direct. La Cour d'appel de Besançon définit cette entraide comme « *une forme spécifique de bénévolat permettant de faire participer les membres d'une même famille aux activités d'une entreprise ou à l'exercice d'une profession en faisant prévaloir les liens de parenté et la solidarité familiale, et sans que cette collaboration soit constitutive d'une infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié* »²⁶⁴. Car, en effet, le risque est que cette entraide soit requalifiée en contrat de travail alors même que l'intention n'était pas frauduleuse.

De nouveau, la jurisprudence a fait preuve de pragmatisme en reconnaissant l'entraide familiale. A l'instar de pratiques telles que les dons manuels, ce type d'assistance ne saurait être contrôlée juridiquement de manière efficace. Dans la plupart des cas ce « coup de main » est spontané. Le rôle du juge est de déceler tout risque d'abus. Cette aide, si elle ne respecte pas tous les critères que nous avons énumérés plus haut, peut être considérée comme un travail dissimulé²⁶⁵. De même, quand un abus a été constaté, le juge n'hésite pas à s'appuyer sur le principe de l'enrichissement sans cause. Ainsi, est acceptée une action de *in rem verso* par une belle-fille ayant aidé dans l'exploitation de son beau-père pendant dix-huit ans et qui ne pouvait prétendre à une créance de salaire différé²⁶⁶.

²⁶³ La lettre circulaire n° 2003-121 du 24 juill. 2003 de l'Agence Centrale des Organismes de Sécurité Sociale définit l'entraide familiale comme « une aide ou une assistance apportée à une personne proche de manière occasionnelle et spontanée, en dehors de toute rémunération et de toute contrainte ».

²⁶⁴ Besançon, ch. Soc., 22 juin 2012, n°11 : 01384 : *JurisData* n° 2012-018058.

²⁶⁵ Pour le cas d'une épouse faisant la cuisine dans le restaurant de son époux : Crim. 22 oct. 2002, n°02-81.859 : *RSC* 2003, p. 803, obs. G. Giudicelli-Delage ; *RTD civ.*, 2004. 68, note J. Hauser ; *RTD civ.*, 2004. 127, note B. Vareille ; *RTD com.*, 2003. 391, note B. Bouloc ; *Defrénois* 2004, art. 37893, note Léobon. De même entre concubins : Crim. 15 fév. 2000, n° 99-80.156. Crim., 16 sept. 2008, n°08-80.027. Soc., 7 mars 2012, n° 10-26.673.

²⁶⁶ Civ. 1^{re}, 14 mars 1995, n°93-13.410 : *D.* 1996. 137, note V. Barabé-Bouchard et 127, obs. E.-N. Martine ; *RTD civ.* 1996. 160, obs. J. Mestre et 215, obs. J. Patarin ; *JCP N* 1995. II. 22516, note F. Roussel ; *RD rur.* 1996. 177, obs. R. Le Guidec ; *Defrénois* 1996, art. 36287, p. 468, note J.-L. Fillette.

L’entraide familiale se trouve donc constamment en équilibre : il faut en quelque sorte que l’aidant trouve son compte dans ce service rendu tout en respectant le caractère gratuit. Un attendu de l’arrêt de la Chambre criminelle du 20 janvier 1987 décrit parfaitement cette oscillation : « *sauf à titre compensatoire en cas de prestation non équivalente (...), le versement de toute somme en paiement de l’aide apportée conduirait à dénaturer, voire même à nier le principe de l’entraide familiale et du caractère gratuit qui en découle* »²⁶⁷. Le principe de solidarité fonctionne seulement s’il est équitable, sinon le risque est de tomber dans l’asservissement. Or, si toute forme de pression ou plus simplement d’abus est nuisible en soi, celle exercée dans le cercle familial est destructrice pour la personne qui l’a subie. Encore une fois, c’est l’intérêt commun qui guide la solidarité familiale et non un intérêt individuel auquel la famille doit se plier. C’est le même raisonnement que le juge suivra en ce qui concerne l’entraide familiale « remontante » c’est-à-dire l’aide d’un enfant envers ses parents âgés²⁶⁸. L’investissement du fils ou de la fille ne doit pas dépasser la piété filiale au risque que cette aide se retrouve compensée au moment de la succession une fois encore sur le fondement de l’enrichissement sans cause²⁶⁹.

92. Le rôle crucial de la famille dans les incapacités. – Avec le vieillissement de la population²⁷⁰, le droit des incapacités intervient dans la vie de la plupart d’entre nous. Or, ce dernier repose en grande partie sur le principe de solidarité familiale²⁷¹. Ainsi, par exemple, l’habilitation familiale créée en 2007, permet aux proches d’intervenir lorsqu’une personne est incapable de pourvoir seule à ses intérêts²⁷². Ce régime offre de la souplesse et démontre la grande confiance que le droit a vis-à-vis de la cellule familiale. En outre, dans les régimes de protections plus traditionnels que sont la curatelle et la tutelle, le concours de la famille est aussi apprécié. En effet, lors de la mise en place d’un régime de protection, le juge doit autant que possible désigner un membre de la famille comme curateur ou tuteur. L’article 449 du Code

²⁶⁷ Crim., 20 janv. 1987, n° 86-92.167.

²⁶⁸ A ce sujet V. : P. Caignault et X. Guédé, « L’entraide familiale : des enfants envers les parents », *JCP N* n° 17, 1115.

²⁶⁹ Pour une entraide en-deçà de la piété filiale : Civ. 1^{ère}, 12 juill. 1994 : *Bull. civ.* 1994, I, n° 250 ; *Defrénois* 1994, art. 35950, p. 1511, obs. X. Savatier ; *JCP G* 1995, II. 22425, note A. Sériaux ; *Defrénois* 1995, art. 36100-69, p. 753, obs. Ph. Delebecque. Pour une entraide au-delà de la piété filiale : Civ. 1^{ère}, 3 nov. 2004, n° 01-15.176 : *JurisData* n° 2004-025436 ; *JCP N* 2005, n° 13, 1209, note F. Boulanger ; *RTD civ.* 2005, 118, obs. J. Hauser.

²⁷⁰ La part des 75 ans et plus va pratiquement doubler entre 2020 et 2070 selon l’Insee passant de 9,3% à 17,9% de la population générale. Tableaux de l’économie française, éd. 2018. <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3303333?sommaire=3353488#titre-bloc-3>.

²⁷¹ V. en ce sens : F. Fresnel, « Bilan d’un an d’application de la loi du 5 mars 2007 », *RJPF*, 2010, n° 7-8 : « *La France reste très attachée à la famille, au principe que c'est la famille qui doit être en charge de celui de ses membres qui est vulnérable* ».

²⁷² Sur ce sujet V. : G. Raoul-Cormeil, « l’habilitation familiale : une tutelle adoucie, en la forme et au fond », *D.* 2015, 2335 ; G. Raoul-Cormeil, « L’habilitation familiale, entre tradition et modernité », *LPA*, 8 sept. 2017, p. 72 ; N. Péterka, « Déjudiciarisation de l’administration légale et renforcement du rôle de la famille dans la protection des majeurs. – À propos de l’ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 », *JCP G* 2015, aperçu rapide, 1160 et *Dr. fam.*, nov. 2016, dossier relatif à l’habilitation familiale, pp. 11-46.

civil donne la marche à suivre pour choisir celui ou celle qui sera désigné comme protecteur : le conjoint, le partenaire ou le concubin sont les premières personnes auxquelles le juge doit penser ou, à défaut, « *un parent, un allié ou une personne résidant avec le majeur protégé ou entretenant avec lui des liens étroits et stables* ». Cette manière de procéder, que la doctrine nomme parfois le principe de priorité familiale, s'explique par deux raisons. La première, est que, dans la majorité des cas, la personne la plus à même de prendre soin de l'incapable et de conserver ses intérêts est celle vivant sous le même toit. Cette communauté de vie est dans une certaine mesure la preuve de la bonne entente et de l'attachement et, en plus, la protection est d'autant plus efficace puisque la surveillance est facilitée par la proximité. La seconde raison de la priorité familiale est que la protection de la personne incapable est un devoir pour la famille comme en dispose l'article 415 du Code civil. Ainsi, si le principe de solidarité définit les rapports familiaux alors se définir comme membre d'une même famille implique des devoirs.

Il n'en reste pas moins que, bien que ce devoir soit inscrit dans notre Code civil, le membre de la famille qui ne souhaite pas être mandataire ou tuteur ne peut y être contraint. Cela serait mettre en danger l'incapable lui-même. En effet, il est difficilement envisageable que le droit puisse obliger l'application du principe de solidarité dans son expression immatérielle. Mis à part le divorce pour faute, peu de sanctions existent en cas de délaissement de son devoir de solidarité morale. Or, « *dans cette société intimiste les individus se trouvent de plus en plus incapables de jouer des rôles sociaux, ils se libèrent des codes et des coutumes. Mais paradoxalement plus les individus sont en quête d'une vérité personnelle plus leurs relations deviennent fratricides et asociales* »²⁷³. Il est désormais fréquent que les familles soient éparpillées dans l'espace et les sacrifices sont de moins en moins consentis du fait d'un individualisme grandissant. La solidarité sous forme d'entraide ou de protection semble être de moins en moins effective. En revanche, le principe de solidarité dans sa forme économique est juridiquement plus facile à mettre en œuvre et est un vrai relai de la solidarité nationale.

§2. L'expression économique du principe de solidarité

93. Le rôle clé du principe de solidarité dans l'économie. - Au cours du XIX^e siècle, la misère ouvrière est apparue avant tout avec la lente mais certaine dissension des liens

²⁷³ J. et A. Pousson, *l'Affection et le droit*, op. cit., spéc. p. 52.

familiaux²⁷⁴. En effet, plus la famille est éclatée, plus le risque de paupérisation est accru. La cellule familiale a donc un rôle économique de premier plan et le législateur en a bien conscience. La raison d'être de la solidarité économique peut être divisée en deux idées distinctes. La première réside dans l'existence d'une communauté de vie. Sous cet aspect, le droit pose un ensemble d'articles concernant l'union et les enfants. La solidarité s'apparente alors plus à un partage économique auquel chacun doit prendre part. Il y a ensuite la solidarité qui s'apparente au devoir et notamment au devoir de secours. Il n'est plus question ici d'un partage équitable mais d'une véritable assistance qui s'active seulement lorsqu'un membre de sa famille est dans le besoin²⁷⁵. Il est normal, par exemple, que l'homme qui s'est occupé de son épouse malade ne reçoive aucune rémunération pour l'accomplissement de ce devoir²⁷⁶. Par ailleurs, si les subsides s'apparentent au devoir de secours, ils ne seront pas abordés ici. En effet, nous abordons le principe de solidarité en ce qui fonde l'existence familiale. Or, les subsides n'entraînent aucune reconnaissance d'un ménage. Le prétendu père biologique n'est pas reconnu comme tel juridiquement et, d'ailleurs, l'article 342 du Code civil précise bien que cette action est recevable même en cas d'inceste. Ce serait une méprise de penser que le droit reconnaît la famille incestueuse. Les subsides ne sont pas issus du principe de solidarité mais sont les héritiers de l'adage « *qui fait l'enfant doit le nourrir* ».

A) Le principe de solidarité motivé par la vie commune

94. Le principe de solidarité qui s'exprime au sein du ménage. – Cette solidarité concerne avant tout la famille dans sa conception la plus retreinte, à savoir le couple et les enfants qui n'ont pas encore quitté le foyer. Il y a une véritable « économie familiale » liée à cette vie communautaire : les dépenses liées aux biens de consommation des familles sont très larges et comprennent entre autres, le logement, les vacances, les loisirs, les fournitures, les nouvelles technologies...la vie de famille a un coût qui nécessite une certaine répartition. Si cette solidarité va de soi, le Code civil dans ces dispositions relatives au mariage, organise cette solidarité grâce au régime primaire²⁷⁷ et s'arrange pour qu'elle soit équitable. L'article 214 du Code civil énonce qu'en l'absence de conventions matrimoniales, les époux « *contribuent à*

²⁷⁴ V. en ce sens, R. Lenoir, « La solidarité familiale : une question morale ? », in *Repenser la solidarité*, PUF, 2011, pp. 169-186, spéc. p. 172.

²⁷⁵ V. sur ce sujet : J. Houssier, *Les dettes familiales*, th. ss. dir. A.-M. Leroyer, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, déc. 2014. L'auteur démontre que les deux fondements principaux des dettes familiales sont le principe de solidarité d'une part et l'équité d'autre part.

²⁷⁶ Soc., 19 mars 1954 : D. 1954. 239 ; Civ. 1^{ère}, 8 juin 1963 : D. 1964. 713.

²⁷⁷ V. sur ce sujet : C. Brenner, « Solidarités familiales et mise en commun des biens du couple », *op. cit.*

proportion de leurs facultés respectives » aux charges du mariage. L’article 371-2 du Code civil invite également les époux à se répartir équitablement les charges liées à l’éducation des enfants en fonction des ressources de chacun des parents. Les conventions matrimoniales répartissant les charges du mariage sont anecdotiques, la majorité des couples fonctionnent donc avec cette répartition. La répartition des charges n’est donc pas égalitaire mais solidaire puisque la famille n’a pas vocation à être une colocation. C’est bien le principe de solidarité attaché au concept familial qui dicte le fonctionnement économique du groupe familial. Il serait impensable que les membres d’une famille qualifiée de ménage économiquement, n’ait pas un niveau de vie similaire. La richesse de l’un profite automatiquement à l’autre membre du foyer et vice et versa ce qui permet un équilibre familial sain.

Le Pacs, qui a une dimension plus conjugale que familiale, a une exigence moindre en ce sens où l’article 515-4 du Code civil mentionne que les aides apportées doivent être « *proportionnelles à leurs facultés respectives* »²⁷⁸. Le terme aide semble avoir une exigence de solidarité plus faible que le terme charge. Le premier se rapproche plus d’un droit que pourrait exiger le partenaire pacsé tandis que le second est un devoir auquel aucun époux ne pourrait s’y déroger.

Les concubins quant à eux n’ont ni droit, ni devoirs. Ils sont libres de s’organiser dans leur contribution et même de ne contribuer à rien, exception faite concernant les enfants communs. Il semblerait donc que l’effectivité du principe de solidarité s’amoindrit corrélativement avec la force des engagement conjugaux. Si c’est juridiquement le cas, il semblerait surprenant que le désir de solidarité soit moins fort chez les concubins. Seulement le principe de solidarité s’accommode mal au désir de liberté. La question de faire appliquer le principe de solidarité au sein du concubinage se pose²⁷⁹ et permettrait de faire véritablement entrer cette forme de conjugalité dans le cadre familial. Dans la pratique, le principe de solidarité s’applique ; il ne reste plus qu’au législateur de le consacrer juridiquement afin de faire définitivement entrer le concubinage dans le giron du droit de la famille²⁸⁰.

²⁷⁸ Ainsi, il n’existe pas nécessairement de droit de créance en faveur du partenaire ayant remboursé seul les deux prêts souscrit par les deux membres du couple pour financer le logement familial indivis : Civ. 1^{ère}, 27 janv. 2021, n° 19-26.140 : *D. 2021. 668*, note Goldie-Genicon ; *ibid.* 819, obs. Lemouland et Vigneau ; *AJ fam.* 2021. 244, obs. Casey ; *JCP* 2021, n° 288, note Mignot ; *Dr. fam.* 2021, n° 52, note Bouchard.

²⁷⁹ Pour le moment cette solidarité n’existe pas sans contrat qui l’organise : M. Gayet, « Contribution aux charges locatives entre concubins : absence d’incidence de la clause de solidarité », *Dr. fam.*, oct. 2020, comm. 132.

²⁸⁰ Sur ce sujet, v. : S. Ben Hadj Yahia et G. Kessler (ss. dir.), *Le concubinage : entre droit et non droit*, éd. LexisNexis, 2021. Ainsi, par exemple, le concubin n’est pas compté parmi les membres de la famille pouvant être présent lors des opérations de fermeture et scellement du cercueil au sens de l’article L2213-14 du Code général des collectivités territoriales. C’est ce qu’a répondu le Ministre de l’intérieur, Bernard Cazeneuve devant le Sénat le 4 juin 2015 : *J.O. Sénat*, 15 sept. 2016, p. 3942.

95. Une nuance selon les différentes formes conjugales. - Le devoir de secours que nous allons à présent étudier est inexistant au sein du Pacs et du concubinage ces derniers ne créant aucun « lien d'alliance ». Cela démontre une fois de plus que le principe de solidarité est proportionnel à l'intensité de l'engagement. Le devoir de secours serait pourtant le minimum que l'on peut attendre d'une relation amoureuse. « *Parce que le législateur a admis que la simple vie en couple méritait d'entrer dans le Code civil, il faut admettre son prolongement, c'est-à-dire la responsabilité qui peut en résulter en cas de rupture. On ne peut être indifférent au point de laisser dans le dénuement celui qui a partagé votre vie, vos peines et vos joies pendant plusieurs années. Le juriste doit alors traduire en termes de droit cette vérité humaine : « tu deviens responsable pour toujours de ce que tu as apprivoisé » ... pour toujours peut-être pas mais entre tout et rien un équilibre reste à trouver* »²⁸¹. En admettant le devoir de secours au sein du Pacs et du concubinage, le législateur ne se mêlerait pas de la relation qu'entretiennent les membres du couple. En effet, comme nous allons le développer ci-dessous, le devoir de secours n'est pas lié aux sentiments que l'on se porte, mais à ce que la morale exigerait pour constater l'existence d'une cellule familiale. Cependant, les partenaires et, a fortiori, les concubins veulent-ils seulement être reconnus comme une famille ou conserver une liberté individuelle pleine et entière ?

B) Le principe de solidarité motivé par un devoir de secours

96. Le devoir de secours horizontal. – Le professeur Cornu précise dans son ouvrage relatif à la famille que le devoir d'assistance est un devoir moral, le devoir de secours un devoir pécunier²⁸². La particularité de ce devoir de secours est qu'il est totalement détaché de la force de l'attachement qui lie les membres d'une même famille. C'est en ce sens que l'on parle de devoir : peu importe qu'il y ait vie commune ou la présence d'une affection mutuelle, les individus doivent se plier au devoir de secours. C'est pourquoi, l'article 212 du Code civil qui commande le devoir de secours entre époux s'applique malgré une séparation de fait ou de corps.

97. Le devoir de secours vertical. - Le devoir de secours s'applique également de manière verticale. Si l'intervention des parents venant en soutien de leur enfant qui est dans le besoin

²⁸¹ C. Neirinck, Colloque organisé par l'Institut du droit et de l'éthique de l'Université de Lille 2, ss. dir. X. Labbée, mai 2007 : LPA, 20 déc. 2007, n° 254.

²⁸² G. Cornu, *Droit civil – La famille*, Montchrestien, Paris, 2006, spéc. p. 66.

semble relativement évidente²⁸³, la solidarité ascendante semble moins aller de soi. Cela s'explique certainement parce qu'en pratique il est moins logique que des enfants financent leur parent. Cependant, avec l'allongement de la durée de la vie qui entraîne une plus grande dépendance chez les personnes âgées, ce devoir de secours ascendant devient de plus en plus pertinent. Ce devoir dirigé vers nos aînés est inscrit aux articles 205 du Code civil pour les enfants et 206 du Code civil pour les beaux-enfants. Car, en effet, certains gendres ou brus ont parfois été les premiers à découvrir à leur dépend de l'obligation qui leur est faite d'apporter un soutien financier à des beaux-parents avec lesquels ils n'avaient qu'une relation lointaine. Par exemple, une question prioritaire de constitutionnalité a été posée concernant une épouse survivante ayant des grands enfants et qui devait venir au secours de ses anciens beaux-parents. La belle-fille affirmait que l'article 206 du Code civil est contraire au principe d'égalité puisque ce qui faisait perdurer le devoir de secours est le fait qu'il y ait des enfants communs. En effet, s'il n'y avait pas ou plus d'enfants communs alors cette femme n'aurait plus été redevable du devoir de secours. Cette différence constituait selon elle une rupture d'égalité. La Cour de cassation a cependant refusé de transmettre cette question prioritaire de constitutionnalité considérant que la différence de situation justifiait une différence de traitement²⁸⁴. Cette obligation, encore une fois, ne concerne pas les couples liés par un Pacs et a fortiori ne concerne pas les couples vivant en concubinage²⁸⁵. Le mariage est encore une fois le fondement par excellence d'une véritable alliance familiale qui rayonne par-delà le couple.

Le secours apporté à ses propres parents, encore une fois, est un devoir puisque ce n'est pas l'attachement qui en est sa raison d'être. Les juges de la Cour de cassation ont eu l'occasion de le rappeler le 28 janvier 2009 : « *Et le fait que l'enfant n'ait pas connu son père, pour être né peu après son décès, n'exclut aucunement le respect de cette obligation personnelle et indépendante des opérations relatives à la succession, l'existence d'un lien affectif direct n'en constituant pas une condition* »²⁸⁶. La question soulevée par cette affaire est de savoir si un enfant doit financer les frais d'obsèques de son père mort peu de temps avant sa naissance. La réponse confirme que le secours que l'on se doit de porter à notre famille dépasse les sentiments qui nous lient. Ce devoir n'a rien de personnel ou subjectif, il est inhérent à notre appartenance familiale et de ce fait complètement objectif.

²⁸³ Par exemple, un sondage montre que 93% des parents sont prêts à héberger leurs enfants si ces derniers rencontraient des difficultés. *Conseils des notaires*, HS n° 4, nov. 2015, spéc. p. 10.

<https://www.notaires.fr/sites/default/files/CONSEILS%20HORS%20SERIE%204%20ipad%20selection.pdf>.

²⁸⁴ Civ. 1^{ère}, 11 avr. 2018, n°18-40.010 : AJ fam. 2018. 342, note Saulier.

²⁸⁵ V. en ce sens : Civ. 1^{ère}, 28 mars 2006 : Bull. civ. I, n° 174 ; Civ. 1^{ère}, 9 janv. 2008 : RJPF 2008-2142, obs. Valory.

²⁸⁶ Civ. 1^{ère}, 28 janv. 2009, n° 07-14.272 : JCP N, 13 mars 2009, act. 250, note D. Dutrieux.

98. Conclusion. - Nous l'avons vu, le principe de solidarité est un ingrédient indispensable à la famille. Dans la conception familiale traditionnelle, ce principe a une physiologie aboutie. La reconnaissance de nouvelles formes familiales amène à rechercher une nouvelle expression du principe de solidarité. Le principe réduit au minimum au sein du Pacs et plus encore au sein du concubinage, démontre cette tendance, pour ces nouvelles formes de conjugalités, d'être recentré sur le couple et sur les enfants qui y sont issus. Le recul de la famille traditionnelle et la montée des divorces ont fortement ébranlé le principe juridique de solidarité mais ne l'a pas réduit à néant : la solidarité est solidement amarrée à la famille, quelles que soit ses vicissitudes. Ainsi, « *l'équilibre des solidarités paraît précaire et dépend très directement de l'éventuelle recomposition familiale qui fait naître, à son tour, de nouvelles formes de solidarités familiales. Ces dernières constituent donc un puissant révélateur, au sens chimique du terme, de l'existence d'une vie familiale* »²⁸⁷. L'autonomie de la volonté qui semble aujourd'hui se distiller dans notre droit de la famille ne peut donc trouver une application similaire au droit des contrats. Si les individus reconnaissent que la famille est essentielle à l'Homme, il faut alors accepter que cette dernière ne soit pas un simple produit de consommation dont on serait propriétaire. La famille est comme une terre que l'on cultive : de l'investissement et du temps donné au champ dépend la récolte. Or, si vous vous détournez de la terre, le droit au travers le principe de solidarité doit pouvoir vous rappeler à vos devoirs. Car si les fruits de la récolte sont une richesse pour vous-même, ils sont indispensables à la vie de la communauté.

99. Conclusion chapitre 1. - Les principes de dignité, d'égalité et de solidarité ont une grande légitimité parce qu'ils énoncent des valeurs humaines fortes²⁸⁸. Leur application n'en reste pas moins délicate parce que leur degré de généralité permet des interprétations multiples face à un problème donné. Néanmoins, ils forgent l'état d'esprit du droit de la famille et doivent, de ce fait, guider les réflexions sur l'ensemble des normes que ce droit contient. En effet, la famille est un groupe de personnes qui ne peut faire l'impasse sur la dignité de la personne humaine puisqu'elle s'occupe des plus faibles des leurs. De même, elle ne peut faire l'impasse sur l'égalité puisqu'elle est un lieu privilégié de l'expression de soi. Enfin, elle ne peut faire l'impasse de la solidarité car elle est la source d'une communauté de vie.

²⁸⁷ V. Égéra, « Les solidarités familiales à la suite du divorce », *Dr. fam.* n° 6, juin 2016, dossier 22.

²⁸⁸ La légitimité s'entend comme « La conformité à un principe supérieur qui dans une société et à un moment donné est considéré comme juste ». S. Braudo, *Dictionnaire de droit privé*, V° « *Légitimité* », <https://www.dictionnaire-juridique.com>.

De nombreuses réformes du droit de la famille sont décrites par ceux qui les initient comme un progrès social. Pour qu'elles le soient véritablement il faudrait que ces réformes s'appuient toujours sur les principes vertueux du droit de la famille qui ont été énoncés, le progrès social viendra alors naturellement. En effet, du fait de l'impossibilité d'une application parfaite, le droit sur ces valeurs étant toujours perfectible, l'ensemble des réformes à venir devraient toujours tendre vers une meilleure application de ces principes de droits.

Chapitre 2 Les principes structurels de la famille

100. Les principes : composition architectonique du droit de la famille. - Dans ce présent chapitre, c'est le caractère structurel des grands principes qui va être étudié. Comme le démontre Madame Bensa « *Les grands fondements qui président au droit de la famille sont généralement fondés sur une approche structurelle juridique du phénomène. La famille fonctionnelle intervient alors pour permettre aux juges d'interroger et de nuancer ces principes* »²⁸⁹. Les grands principes sont ainsi nécessairement structurels, les autres principes portant plutôt un caractère fonctionnel de la famille²⁹⁰. Il n'est pas question dans ce présent chapitre d'opposer les principes qui vont être étudiés aux grands principes vertueux de la famille. Inversement, les précédents principes qui ont été étudiés, si c'est la part vertueuse qui a été mise en avant, ont une part également structurelle puisque leur présence est une condition sine qua non à l'existence d'une famille.

Ainsi, ce qui rend les principes qui vont suivre indispensables à la structure de notre droit de la famille, ce n'est pas le fait qu'ils soient tournés vers le bien, mais qu'ils soient nécessaires à la solidité de la structure familiale. Pour être une famille, il faut respecter certaines exigences. Si les limites imposées par ces principes ne sont pas respectées, alors il n'y a pas de famille et le droit qui s'y rapporte n'est pas applicable. La force de ces principes tient également que non seulement, la prétendue famille n'existe pas aux yeux du droit, mais également la société refuse de reconnaître un cadre familial. Ces principes structurent le modèle familial français.

101. Annonce du plan. – Il existe deux principes qui sont primordiaux pour la charpente d'une famille. Il s'agit, d'une part, de la monogamie (Section 1) et d'autre part, de l'exogamie (section 2). L'élément terminal « *-gamie* » est un élément formant issu du grec et qui désigne le « mariage ». En réalité, ces deux principes portent sur l'alliance car la création d'une nouvelle famille est fruit de la rencontre entre, dans le passé, deux familles et, aujourd'hui, deux individus. Ainsi, ce qui structure la famille est avant tout ce qui définit l'alliance. En l'occurrence, cette dernière ne peut être conclue qu'entre seulement deux entités qui évoluent entre deux groupes différents.

Chapitre 2²⁸⁹ C. Bensa, *Famille structurelle, famille fonctionnelle : réflexion sur le travail prétorien d'adaptation de la notion de famille à travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour suprême du Canada*, th. ss. dir. B. de Lamy et M.-C. Belleau, Toulouse 1, 2018.

²⁹⁰ V. *infra*, n° 136.

Section 1. Le principe de monogamie

102. Les fondements de la monogamie - Dans les sociétés occidentales, l'amour unique et exclusif est dans l'imaginaire collectif un gage de bonheur et de stabilité. Le mot couple vient du latin *copula* qui signifie lien, liaison²⁹¹. Depuis l'origine de la civilisation romaine, ce lien relit deux personnes qui s'unissent par amour ou du moins par intérêt commun. En effet, depuis des siècles notre civilisation ne conçoit l'amour que par une dualité. Ainsi, la loi *Iulia* qui fut créée entre les 18^e et 16^e siècles avant Jésus-Christ, réprimait l'adultère et d'autres délits sexuels. Le seul couple reconnu par le droit était celui consacré par mariage et si l'adultère du mari était chose courante à certaines périodes de notre histoire, cela était souvent avec des femmes de conditions inférieures qui ne mettaient pas en péril le lien conjugal²⁹².

L'attachement au principe de monogamie remonte donc à des millénaires. L'influence chrétienne n'a fait que renforcer la monogamie en rendant ce lien indissoluble et la Révolution française, véritable bouleversement juridique, n'a pas elle-même remise en cause cette vision du couple. Le principe de monogamie peut se définir comme la norme interdisant la reconnaissance de plusieurs liens d'alliance au même moment pour une même personne. Ce terme s'oppose à la polygamie qui consiste à accepter légalement qu'une personne entretienne concomitamment plusieurs liens matrimoniaux. La polygamie est donc avant tout un concept juridique. Cependant, dans l'esprit commun la polygamie est le simple fait d'entretenir plusieurs relations amoureuses en même temps. Notre système de droit condamne la polygamie juridiquement et pour la grande majorité, les français condamnent moralement le fait de vivre en état de polygamie. D'ailleurs, l'existence de ce que certains nomment « *troupe* », terme curieux s'il en est, est une réalité marginale. Notre législation précise que ce soit pour le Pacs, article 515-1 du Code civil²⁹³, ou pour le concubinage, article 515-8 du Code civil²⁹⁴, le couple est limité à deux personnes. Si le droit se refuse de rentrer dans l'intimité des logis pour condamner un état de fait, il ne saurait donner des effets juridiques à ce types de relations. C'est en ce sens que la monogamie est un principe directeur : quelles que soit les lois en vigueur, au sein du droit de la famille, le couple se vit à deux.

²⁹¹ « *Groupe de deux personnes unies par l'amitié ou par l'amour* », Dictionnaire historique de la langue française, Robert.

²⁹² V. en ce sens : G. Andreo, « Bigamie et double ménage », *RTD civ.*, 1991. 263 : « Mais l'infidélité maritale était ainsi canalisée vers des femmes de conditions inférieures. En sorte que ces unions, même devenues stables, ne pouvaient s'ériger en rivales du mariage. »

²⁹³ Art. 515-1 du Code civil : « Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune. »

²⁹⁴ Art. 515-8 du Code civil : « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple. »

Dans notre législation, ce principe transparaît de manière prohibitive d'un point de vue civil mais aussi d'un point de vue pénal. D'une part, celui de l'article 147 du Code civil qui dispose qu' « *on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier* ». Son pendant pour le Pacs est l'article 515-2, troisièmement du Code civil. D'autre part, l'article 433-20 du Code pénal condamne la polygamie puisque « *Le fait, pour une personne engagée dans les liens du mariage, d'en contracter un autre avant la dissolution du précédent, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. (...)* ». Cette sanction pénale démontre l'importance accordée au respect de la monogamie.

103. Annonce du plan. - Au premier regard donc, le principe de monogamie est un élément fondamental de notre droit de la famille. Le sens de ce dernier était d'autant plus pénétrant qu'il était consubstancial avec le principe de l'altérité sexuelle (A). Bien que le binôme homme-femme ne soit plus aujourd'hui le modèle familial, la monogamie reste présente au cœur de l'ADN de notre droit de la famille (B).

§1. Une monogamie reposant sur l'altérité sexuelle

104. Le lien historique entre la monogamie et de l'altérité sexuelle. - Au sein de notre droit de la famille, jusqu'à la loi instaurant le Pacs, le couple juridique était monogame et composé nécessairement d'un homme et d'une femme²⁹⁵. Ce couple, fondement de la famille, était un gage de stabilité et de fertilité. Noyau du renouvellement de la société, la famille monogame dotée d'une altérité sexuelle était un repère : la constance du lien exclusif était propice à la naissance d'une famille solide.

Jusqu'en 1999, la loi ne reconnaissait que le mariage, le concubinage était ignoré de la loi, même si la jurisprudence a précisé que le concubinage ne pouvait être qu'hétérosexuel et que donc le concubinage homosexuel ne pouvait produire aucun effet juridique²⁹⁶. Or, le mariage n'est pas la reconnaissance d'un amour par la loi : le droit, fort heureusement, ne se mêle pas des sentiments. Le mariage est l'acte par lequel deux individus s'unissent devant la société. Ce caractère public de l'union conjugale faisait de ce lien un lien institutionnel et non contractuel, cela étant beaucoup moins évident aujourd'hui. L'engagement matrimonial est donc propice à

²⁹⁵ Nous pouvons notamment faire référence à l'expression « *copula carnalis* » désignant l'accouplement du mâle et de la femelle.

²⁹⁶ Civ. 3^{ème}, 17 déc. 1997, n°95-20.779 : « *Mais attendu qu'ayant retenu, à bon droit, que le concubinage ne pouvait résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, donc entre un homme et une femme, (...)* ».

l'accueil d'un enfant et fait office d'« acte fondateur »²⁹⁷ d'une famille. Le gouvernement et les individus eux-mêmes ont, en effet, tout intérêt à ce que la famille s'appuie sur des alliances durables. L'exigence du droit sur l'engagement marital est la preuve qu'il constitue un engagement réfléchi favorable au développement économique et à la stabilité familiale dont l'enfant a besoin.

Or, la filiation ne pouvait pas encore être coupée du biologique, cette révolution scientifique n'étant que très récente. L'altérité sexuelle était donc fondamentale pour la reconnaissance d'un lien conjugal, cela était une évidence sur laquelle s'était construit notre droit de la famille et en faisait toute sa cohérence. En effet, derrière le couple hétérosexuel se trouvaient le père et la mère de l'enfant peut-être à venir, revenir sur l'altérité sexuelle du couple revient à renoncer inéluctablement à l'altérité parentale. Cette dernière était encore inconcevable dans les années 1980 comme nous le montrent les propos du Président François Mitterrand : « *Dans les questions qui semblaient les plus simples : qui est le père ? qui est la mère ?, le droit même ne parvient plus à trancher, maintenant qu'est possible la fécondation artificielle. On sait que, dans certaines sociétés, on distingue sans peine la filiation socioculturelle de la filiation biologique. Aux yeux de tous, le père et la mère sont ceux qui élèvent l'enfant, même s'ils ne l'ont pas engendré. Mais, pour nous, au regard de nos certitudes et de nos valeurs, cette dissociation ébranle l'une des relations constitutives de notre identité, fondatrice de la famille et de la société* »²⁹⁸. Pourtant, la recherche d'une distinction juridique entre couple et parenté a eu lieu quelques années plus tard.

105. La distinction entre altérité du couple et altérité parentale. - Depuis 1999, le législateur et le juge ont tenté de dissocier l'altérité du couple de l'altérité parentale. Le législateur a créé le Pacs qui est un contrat qui se concentre sur le couple alors que le mariage restait le lieu privilégié pour fonder une famille. La Cour de cassation a accentué l'importance de l'altérité sexuelle dans le couple parental en le consacrant comme un principe essentiel de notre droit français. En effet, à la veille de la loi sur le mariage homosexuel, le juge s'est opposé à la reconnaissance en France d'une adoption « homoparentale » prononcée à l'étranger »²⁹⁹. Si la loi du 17 mai 2013, a été source de tant de tensions c'est notamment parce qu'une partie de la société n'était pas prête à accepter l'homoparentalité. Or, bien que le gouvernement ait à

²⁹⁷ Ph. Malaunie et H. Fulchiron, *La famille*, op. cit., spéc. n°113, p. 82.

²⁹⁸ Allocution de M. le Président de la République François Mitterrand à l'occasion de la mise en place du CCNE pour les sciences de la vie et de la santé, Paris, 2 déc. 1983, <http://discours.vie-publique.fr/notices/837208100.html>.

²⁹⁹ Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, n° 11-30.261 : *JurisData* n° 2012-011952 et Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, n° 11-30262 : *JurisData* n° 2012-011937 op. cit..

l'époque renoncé à ouvrir l'aide médicale à la procréation aux couples de femmes, nous voyons que la distinction entre le couple d'une part et les parents d'autre part n'est pas possible. Le mariage est en effet, trop intimement lié à la filiation. La jurisprudence de 2012 qui rappelait le caractère essentiel de l'altérité parentale n'a eu qu'une courte durée de vie puisque l'adoption homoparentale est désormais possible. Le principe de l'altérité sexuelle n'est plus dans notre paysage normatif, déstabilisant toute la structure du droit de la famille jusque-là en vigueur.

106. Les conséquences de la fin de l'altérité sur le principe de monogamie. – L'effondrement du principe de l'altérité sexuelle qui a perduré durant des siècles est une révolution sans précédent. En effet, « *l'élimination ou la modification d'un principe risque de causer un trouble profond dans l'ordonnancement juridique, parce que le sort de nombreuses règles juridiques est en jeu* ».³⁰⁰ On ne sait pas encore si le principe de monogamie souffrira de la perte de son binôme, le principe de l'altérité sexuelle. Ce qui est certain, c'est que la loi de 2013 a été la preuve que les principes fondateurs de notre droit de la famille ne sont plus à l'abri d'être écartés face aux revendications individuelles. Ce constat ne peut que fragiliser la force normative du principe de monogamie. Cependant, la disparition de la monogamie marquerait la fin du duo parental. Les esprits de notre société ne sont pas près d'embrasser ce nouveau changement anthropologique. Beaucoup ont argumenté pour défendre l'homoparentalité en disant que l'essentiel n'est pas une dualité des sexes mais la présence d'une « triangulation »³⁰¹ entre deux adultes et l'enfant. Des exemples d'enfants « à trois parents » très anecdotiques nous ont cependant été donnés. Nous pouvons penser à ce cas où au Mexique un enfant est né à partir de l'ADN de deux femmes et d'un homme³⁰². En effet, le noyau de l'ovule appartenait à l'une des femmes alors que l'enveloppe de l'ovule provenait de l'autre femme. Nous sommes face ici à une nouvelle technique de procréation médicalement assistée qui, plus qu'une méthode avec tiers donneur, nous fait entrevoir la possibilité d'un triptyque parental. Or, ces dernières années, nous assistons à la grande volatilité de nos valeurs ce qui nous commande la plus grande prudence quant à tout avis tranché sur ce qui interviendra dans les prochaines décennies.

³⁰⁰ J. Boulanger, « Principes généraux du droit et droit positif », *op. cit.*, spéc. p. 72.

³⁰¹ S. Heenen-Wolff et E. Moget, « Homoarentalité et sexualité », in *Cahiers de psychologie clinique*, 2011/2, n°37, pp. 231-245, spéc. p. 240.

³⁰² V. à ce sujet : L. de Saint Pern « Mater semper certa est ? Never ever... », *D.* 2016. 2290.

§2. Le principe de monogamie : valeur fondamentale de notre droit de la famille

107. La monogamie comme facteur d'assimilation française. – En France, le mariage a revêtu deux dimensions : politique et affective. Dans sa dimension politique, le mariage, était d'abord considéré comme une alliance entre deux familles. La valeur de cette alliance n'avait de sens que dans la dimension exclusive qu'elle représentait. Donner son fils ou sa fille en mariage était un accord privilégié et ne pouvait l'être que dans un système monogamique. Dans sa dimension affective, le mariage était le scellement d'un amour. Le mariage monogamique permettait d'affirmer à la personne à qui on mettait l'anneau : tu es le seul et l'unique. Choisir son époux ou son épouse c'est évincer les autres prétendants et c'est par ce geste qu'est prouvé l'attachement. Rien ne peut être plus fort qu'un amour exclusif.

A la fin de l'empire colonial français, certains ressortissants de ces pays colonisés ont demandé le maintien ou, s'il était trop tard, la réintégration dans la nationalité française. Cette démarche pouvait être refusée soit pour cause d'indignité, soit en raison d'un défaut d'assimilation³⁰³. Or, au début des années 1990, le Conseil d'État a eu plusieurs fois l'occasion de rappeler que la polygamie « *révèle un défaut d'assimilation de l'étranger de nature à justifier un refus d'autorisation de souscrire la déclaration de réintégration* »³⁰⁴. Ce contentieux démontre que la monogamie, en plus d'être un grand principe de notre droit de la famille, est une valeur fondamentale de notre civilisation. Autrement dit, si l'on n'y adhère pas, nous ne pouvons être considéré comme un membre de la société française. Une société ne peut exister que si des valeurs communes unissent ses membres, accepter la polygamie mettrait en danger l'unité de la nation. Cette valeur n'est cependant pas universelle, c'est pourquoi le juge français a dû préciser le fonctionnement du principe de monogamie au sein du droit international de la famille.

108. La réception de la polygamie par le droit privé international de la famille. - L'étude de la polygamie est un des éléments qui différencie notre civilisation de celle des pays arabo-musulmans. La polygamie, plus souvent la seule polygynie, qui permet à un homme d'avoir plusieurs femmes, est donc tout à fait légale dans certains États. Les tribunaux ont dû s'interroger sur l'acceptation de ces unions multiples conclues dans le respect des lois d'un pays donné. L'ordre public de proximité est la réponse juridique que donne le juge français aux

³⁰³ V. anc. art. 153 du Code de la nationalité française, abr. par L. 22 juill. 1993, n°93-933.

³⁰⁴ CE, 11 mars 1988, *Ministre des Affaires sociales et de l'Emploi c/ Diagne* : *Lebon* tables p. 783 ; CE, 28 juill. 1989, *Keita*, req. n° 87-544 ; CE, 15 janv. 1990, *M. Baye Cissoko*, req. n° 91-404 ; CE 24 janv. 1994, *M. Cissoko : D.* 1995. 108, note P. Guiho ; CE 3 fév. 1995, *M. Cisse : Lebon*, p. 787.

individus naviguant entre les deux civilisations. Ce mécanisme juridique consiste à appliquer une exception à l'ordre public uniquement lorsque la situation entretient des liens de grande proximité avec l'ordre public du for. Ainsi, si les actes et les acteurs du mariage polygamique sont proches d'un État le permettant, le juge français sera moins susceptible de l'annuler ou de refuser de lui donner tout effet juridique sur notre territoire. S'ensuit un jeu subtil qui consiste à préciser au fil de la jurisprudence ce que le terme « proximité » représente. Comme par un mouvement de vague, la Cour de cassation s'est montrée, dans un premier temps, assez enclue à reconnaître et accepter les effets d'un mariage polygame comme le montre l'affaire *Chemouni*. En l'espèce, un tunisien de confession israélite s'était marié successivement en 1940 et en 1945 avec deux femmes de nationalité tunisienne. Le triangle amoureux et les enfants issus des deux épouses sont ensuite venus s'installer en France avant que le mari deuterogame ne quitte sa seconde femme. Cette dernière a donc assigné Monsieur Chemouni pour le paiement d'une pension alimentaire. À deux reprises, la Cour de cassation accepta de reconnaître le mariage et que celui-ci puisse produire des effets en France³⁰⁵.

Dans une seconde affaire *Baaziz*, la Cour de cassation a accepté de reconnaître un second mariage mais refusa qu'il produise des effets en France. Ici, un homme et une femme de nationalité française se sont mariés. L'époux, suite à l'indépendance de l'Algérie, acquit la nationalité algérienne. Il se maria alors avec une algérienne. Au décès de l'époux en 1978, la seconde épouse a souhaité faire valoir des droits à une rente. Les juges de la première Chambre civile déboute sa demande en s'opposant à ce que « *le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une française produise ses effets à l'encontre de celle-ci* »³⁰⁶. Jugé sévère par une partie de la doctrine³⁰⁷, cet arrêt semble préciser qu'un second mariage établi légalement à l'étranger doit être reconnu mais ne peut produire ses effets s'ils vont à l'encontre de l'intérêt d'un ressortissant français. Si à première vue la solution semble plus sévère que dans l'affaire *Chemouni*, les faits sont différents puisque l'une des épouses était de nationalité française au moment du mariage et, même si cela n'aurait nui qu'indirectement à la première épouse, la reconnaissance aurait permis à la seconde épouse de toucher une pension alimentaire.

³⁰⁵ Civ. 1^{ère}, 28 janv. 1958 : *D.*, 1958, p. 265, note Lenoan ; *Rev. crit.*, 1958, p. 110, note Jambu-Merlin ; *Clunet*, 1958, p. 776, note A. Ponsard ; *JCP*, 1958. II. 10488, note L. Lucas et Civ. 1^{ère}, 19 fév. 1963 : *Rev. crit.*, 1963, p. 559, note G. H. ; *Clunet*, 1963, p. 986, note A. Ponsard ; *Rec. Gen. Lois*, 1963, p. 315, note Droz.

³⁰⁶ Civ. 1^{ère}, 6 juill. 1988, pourvoi n° 85-12.743 : *Rev. crit. DIP* 1989. 71, note Y. Lequette.

³⁰⁷ V. en ce sens : Y. Lequette, note ss. Civ. 1^{ère}, *op. cit.* ; Bischoff, « Le mariage polygamique en droit international privé : Trav. com. fr. », *DIP* 1980-1981, p. 91 et s. spéc. p. 100.

Quoi qu'il en soit, mise à part une décision du 1^{er} décembre 2011³⁰⁸ qui reprend la même solution que l'affaire *Baaziz* en excluant tout effet du mariage polygame si cela va l'encontre de la première épouse française, il semble que la jurisprudence se soit assouplie. Soit le juge ne reconnaît pas la validité du mariage mais constate sa putativité et donc accepte que celui-ci puisse produire des effets³⁰⁹ ; soit le juge, si le mariage est tenu pour valable à l'étranger, reconnaît la validité du lien conjugal alors celui-ci peut produire des effets en France³¹⁰.

109. L'avenir du principe de monogamie. – Sous certains aspects, le principe de monogamie semble s'atténuer. A ce propos, nous avons vu les effets de la disparition de l'altérité sexuelle et la plus grande tolérance de nos tribunaux vis-à-vis des mariages polygamiques dont l'engagement respecte la légalité du for.

Au contraire, le législateur semble souhaiter renforcer notre système monogamique. Une proposition de loi a été faite pour renforcer l'interdiction de la polygamie en France. La civilisation française est profondément attachée au système monogamique. Le problème de la coexistence avec un système polygamique est donc étroitement lié à la confrontation avec une autre civilisation attachée à la pratique polygame. C'est pourquoi, cette proposition de loi concerne les individus d'origine étrangère : elle interdit la délivrance de cartes de séjours aux personnes polygames, de même, les titres de séjour pourront être retirés pour la même raison, ne pourra obtenir la nationalité française une personne vivant en état polygamique et, enfin, la déchéance de nationalité sera permise pour cause de polygamie³¹¹.

Il faudra cependant rester prudent car, contrairement à ce que l'on pourrait penser de prime abord, le renforcement législatif d'un principe n'est pas toujours gage d'une meilleure effectivité³¹². De plus, un grand principe de notre droit de la famille est forcément affaibli du fait des débats à son sujet. L'existence d'un grand principe devrait faire l'unanimité au sein de notre société, contrairement à sa mise en œuvre qui peut être discutée. Or, dans ce débat, si aucune remise en cause franche du principe de monogamie n'a été notée, certaines voix ont laissé planer un doute sur sa légitimité.

Ainsi, le député Aurélien Taché a expliqué dans une émission de télévision que « *le législateur n'a pas à confondre le droit et la morale, n'a pas à venir ingérer dans les mœurs.* »

³⁰⁸ Civ. 2^{ème}, 1^{er} déc. 2011, n°1027.864 : *JurisData* n°2011-026693 ; *Rev. crit. DIP* 2012, p. 339.

³⁰⁹ Soc. 9 nov. 1995, n°94-10.857, *Bull. civ.* V, n° 296 ; Civ. 2^e, 16 sept. 2003, n°02-30224 ; CE, 7^e et 2^e ss-sect. ré., 19 déc. 2014, n° 376642, au Lebon ; CEDH, 8 déc. 2009, n°49151/07, *Munoz Diaz c/ Espagne* : AJDA 2010. 997, chron. J.-F. Flauss ; *AJ fam.* 2010. 45 ; *JCP S* 2010. 1276, note Ph. Coursier.

³¹⁰ Civ. 2^{ème}, 9 oct. 2014, n°13-22.499 : *JurisData* n°2014-023298 ; Civ. 2^{ème}, 12 fév. 2015, n°13-19751 : *JurisData* n°2015-002310 ; *Rev. crit. DIP* 2015. 621, note E. Rasler.

³¹¹ Sénat, prop. Loi déposée par S. Mathieu : <https://www.senat.fr/leg/ppl95-086.html>.

³¹² V. en ce sens : P. Morvan, *Le principe de droit privée*, op. cit..

C'est malheureusement oublier que si la loi n'est pas la morale, elle lui est intimement liée. Qu'on le regrette ou non, notre droit de la famille est la discipline la plus imprégnée de morale³¹³. En ce sens il y a un système de vases communicants entre le droit et les faits sociaux : « (...) *le droit, œuvre des politiques et produits du projet de société qu'ils entendent promouvoir, a pour fonction – sauf à en réduire la notion au code de la route ! – d'assurer la sauvegarde des valeurs fondamentales sur lesquelles la société s'est constituée et d'en imposer le respect.*³¹⁴ ». Notre droit tend à promouvoir ce qu'il juge bien sur un plan moral et condamne tout ce qui peut déstabiliser notre conception de la famille. Or, la polygamie brouillerait les repères et, ne nous y trompons pas il s'agit ici surtout de polyandrie, placerait les femmes dans une situation de soumission sans précédent dans notre pays. Accepter que sur notre sol coexiste un système concurrentiel entre les femmes d'un même foyer, qui multiplie les risques d'instabilité familiale, est une gageure inconsidérée pouvant déboucher sur une société déstabilisée. Espérons que la famille reste dans le cœur de nos sociétés occidentales le bien le plus précieux qui doit être protégé des revendications individuelles et d'un pluralisme qui empêcherait toute définition de celle-ci et donc annihilerait son existence. S'il est vrai que « *toute société monogamique a une frange d'instables, de polygamiques résurgents, que rien de saurait éliminer* »³¹⁵, il est du rôle du législateur ou du juge de veiller à ce que ces instabilités soient négligeables et condamnées.

110. Conclusion. - Le professeur Dekeuwer-Défossez rappelle dans son livre intitulé *L'égalité des sexes* que selon Lévi-Strauss, il existait trois piliers dans toute construction sociale³¹⁶ : le premier est la répartition sexuelle des tâches. Celui-ci a perdu de son ardeur avec l'accroissement de l'égalité des sexes. Le deuxième, est une forme reconnue d'union sexuelle. Maintenant que l'altérité sexuelle n'existe plus, le principe monogamique devient plus que jamais essentiel. Le troisième est l'interdit de l'inceste. Cette prohibition est une émanation du dernier grand principe qu'il nous reste à étudier dans ce présent chapitre.

³¹³ L. Levener, *Leçons de droit civil Henri, Jean, Léon Mazeaud et F. Chabas – La famille*, vol. 3, LGDS, 7ème éd., 1995, spéc. p. 9 et s. ; J.-J. Lemouland, *Droit de la famille*, Ellipses, 2014, spéc. p. 34 et s.

³¹⁴ J.-L. Aubert, « Il n'y a pas de concubinage homosexuel », *D.* 1998. 111.

³¹⁵ J. Carbonnier, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Mél. Ripert*, t. I, LGDJ, 1950, spéc. p. 342.

³¹⁶ F. Dekeuwer-Défossez, *L'égalité des sexes*, op. cit., spéc. p. 2

Section 2. Le principe d'exogamie

111. Définition du principe d'exogamie. – L'exogamie est le fait de s'unir avec une personne se situant en dehors de son groupe social. Ce groupe social peut être représenté par les membres d'un clan par exemple, ou par les membres d'une même famille, il existe donc plusieurs échelles possibles. L'inverse de l'exogamie est l'endogamie qui est le fait de se marier à l'intérieur d'un groupe social. L'exemple le plus pertinent en la matière est celui de l'Inde avec le système de castes.

Au sein de notre droit de la famille, le principe d'exogamie se traduit sous deux normes juridiques. L'une est négative en ce sens qu'il est interdit de se marier avec un membre de sa famille proche ; il s'agit de l'interdit de l'inceste. L'autre est positive puisqu'il existe, au sein de notre droit, une véritable liberté matrimoniale. Hormis l'interdit de l'inceste, l'incapacité³¹⁷ et la minorité de l'individu, un français peut se marier avec qui il souhaite. C'est pour cette deuxième raison que le principe d'exogamie ne peut être réduit à l'interdit de l'inceste. En revanche, c'est bien cet interdit qui donne toute sa substance au principe d'exogamie et c'est pourquoi nous nous attarderons plus largement sur lui.

112. Définition de l'interdiction de l'inceste. - En effet, « *L'interdiction de l'inceste est la base absolue et fondamentale du droit de la famille et l'un des piliers de notre société* ».³¹⁸. Ainsi, si le principe d'exogamie laisse une grande liberté dans le choix de son conjoint, l'interdit de l'inceste qui en découle également est une prohibition juridique mais aussi anthropologique et sociologique. De fait, s'il fallait déterminer une condamnation commune à l'ensemble du genre humain, il est certain que celui de l'interdit de l'inceste ne serait pas en reste : Georges Peter Murdock avait constitué un échantillon de l'ensemble des cultures et constaté que l'inceste était toujours interdit au sein de la famille nucléaire³¹⁹. Ce constat amène à dire que l'interdit de l'inceste est une loi universelle. Pourtant, au lieu de réunir, ce principe gêne. Nous l'avons tous proclamé, mais nous faisons tous comme si ce qu'il interdisait n'existe pas et par là même nous réduisons sa portée.

Le terme inceste vient du mot latin « *incestum* » qui signifie souillure, lui-même venant du terme « *incastus* » qui signifie conforme aux règles. Le mot contient donc en lui, dès sa racine,

³¹⁷ A noter que la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice permet désormais à tous majeurs protégés de se marier ou de se pacser sans autorisation préalable. L'article 175 du Code civil permet cependant au curateur ou au tuteur de s'opposer au mariage après autorisation du conseil de famille.

³¹⁸ J. Sainte-Rose, concl. Civ. 1^{ère}, 6 janv. 2004, n° 01-01600.

³¹⁹ G. Murdock, *Social Structure*, The Macmillan Company, New-York, 1965, spéc. p. 261 et s..

un élément de déshonneur. L'acte incestueux ne saurait être regardé froidement ; au mieux il dérange, au pire il répugne. L'inceste peut se définir comme le fait d'avoir et/ou d'entretenir une relation intime avec un membre de sa famille proche. En France, il semble que le Code civil donne une délimitation de l'inceste à travers les interdits au mariage. C'est ainsi que le dictionnaire Larousse a pu définir l'inceste comme « *la relation sexuelle entre deux personnes qui sont parentes ou alliées à un degré qui entraîne la prohibition du mariage par les lois civiles ou religieuses* »³²⁰. La doctrine quant à elle a pris l'habitude d'évoquer l'inceste absolu d'une part, dont nous venons d'avoir la définition et l'inceste relatif d'autre part, qui désigne une relation entre les membres d'une même famille qui entretiennent des liens plus éloignés.

113. Annonce du plan. -Ainsi, l'inceste a un lien particulièrement étroit avec la moralité ou plutôt avec l'immoralité, ce qui explique que l'interdit de l'inceste n'a rien d'éclatant, il ferait plutôt l'objet d'un tabou. Le Code civil n'évoque jamais ce terme au fil de ses 2534 articles et, malgré l'ancienneté de cette prohibition, aucun attendu de principe n'a été posé en son honneur. Aucun texte législatif ne le définissant, nous allons étudier dans cette présente section les caractères qui confortent la force de l'interdit de l'inceste dans notre droit de la famille d'une part (§1), et, d'autre part, ce qui rend cette prohibition toute relative (§2.).

§1. L'inceste dans notre droit de la famille

114. Annonce du plan. - L'interdit de l'inceste qui est la part substantielle du principe d'exogamie est une norme établie en France. L'objet de ce paragraphe est de comprendre la normativité de l'interdit de l'inceste en voyant d'une part les fondements de cet interdit (A) et, d'autre part, le fonctionnement de cet interdit dans notre législation (B).

A) Les fondements de l'interdit de l'inceste

115. Les racines historiques de l'inceste. - Dès l'antiquité, à travers le regard d'Œdipe trompé, l'inceste a été perçu ou vécu comme insupportable. La sociologie a voulu démontrer que l'interdit de l'inceste est historiquement universel. En effet, son interdit semble presque instinctif, un interdit animal nécessaire à la survie de l'espèce. Mais l'Homme est un être de

³²⁰ *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^e éd. 1990.

raison et si cet interdit demeure c'est qu'il est bien fondé. En effet, le droit n'est pas instinctif, le droit succède à l'instinct, et ainsi toutes les normes sont épurées ou ennoblies. Le droit peut être même considéré comme étant contre nature puisqu'il nous constraint. Ce n'est jamais l'instinct animal qui le guide. C'est ainsi que l'interdit de l'inceste est « *la démarche fondamentale grâce à laquelle s'accomplit le passage de la nature à la culture* »³²¹. Ce passage est nécessaire car dans toute société, des individus ont des comportements qui pourrait être qualifié de déviants. C'est pourquoi toute société humaine doit interdire même les plus sordides pulsions inhumaines.

116. Les racines normatives de l'interdit de l'inceste. - Certains énoncent que le droit en interdisant l'inceste fait une transcription directe de la morale. Pourtant, l'inceste ne peut être considéré seulement comme immoral, il est contre nature. Il est si contre nature qu'Œdipe ne peut que se crever les yeux en apprenant son crime. Cet acte contre nature amène en outre un désordre familial en brouillant les repères familiaux. Or, la famille étant une cellule fondamentale dans la société française, il est nécessaire que les rôles assignés soient clairement définis. « *La prohibition de l'inceste est moins une règle qui interdit d'épouser mère, sœur ou fille qu'une règle qui oblige à donner mère, sœur ou fille, c'est une règle du don par excellence (...) (l'inceste) est socialement absurde avant d'être moralement coupable* »³²². L'interdit de l'inceste n'a donc pas seulement un fondement moral mais aussi naturel et social.

Il y a deux justifications, purement objectives, à vouloir interdire l'inceste. La première relève de la consanguinité. En effet, il y a un risque plus important de problèmes génétiques lorsque les gènes se recoupent au sein d'une même famille. C'est ce qui explique le caractère contre nature de l'inceste. La nature devient désordonnée s'il n'y a pas un mélange minimum de sang dans les veines d'un individu. La seconde relève du bouleversement familial que l'inceste soulèverait, cela brouille les repères généalogiques et affectifs qui structurent les individus. Quoi de plus déboussolant qu'une grand-mère devenant mère ou qu'un père devenant oncle. Pour conserver la paix dans les familles il est nécessaire d'interdire l'inceste.

Or, ce passage de l'instinct au droit montre qu'il y a différentes manières de traiter juridiquement l'inceste. Ainsi, dans la Rome antique, si l'inceste était interdit au sein de la famille légitime, rien n'empêchait le *pater familias* d'avoir une relation avec un enfant qu'il aurait eu avec une servante. En effet, « *parmi les interdits fondamentaux, celui de l'inceste*

³²¹ C. Levi-Strauss, *La structure élémentaire de la parenté*, Plon, 1982, spéc. pp. 28-29.

³²² *Ibid*, spéc. p. 76

*revêt un relief particulier en ce qu'il fonde la famille et en constitue l'essence ; les prohibitions matrimoniales coïncident avec la conception légale de la famille »*³²³. Le droit romain n'entendait régir que la famille légitime. Les relations extérieures ne le regardant pas puisqu'il ne s'agit en aucun cas d'une famille. Leur définition de la famille était à l'époque très encadrée. Le droit romain démontre que l'interdit de l'inceste est politique avant d'être moral.

117. Le Code civil face à l'inceste. - C'est exactement la même logique qui existe au sein du Code civil. La vision sous Napoléon était très claire, le droit de la famille ne concerne que ceux qui sont unis par le lien du mariage. Il aurait été illogique qu'à l'époque, l'inceste soit mentionné ailleurs que dans le mariage puisque toutes relations s'établissant hors mariage étaient de toutes façons scandaleuses, du moins illégitimes. Le droit les ignorait.

Alors que le droit canon interdisait le mariage entre personnes de la même famille jusqu'au 14^{ème} degré, le Code civil a réduit cette interdiction jusqu'au 4^{ème} degré. Il y a eu depuis 1804 des pondérations notamment au travers de certaines dispenses³²⁴.

Or, le mariage ayant perdu de son influence, l'interdit de l'inceste a été l'objet de nouvelles interrogations³²⁵. En ce qui concerne le Pacs, le législateur a souhaité étendre l'interdit puisqu'il s'agit de la reconnaissance d'un couple. Le juge ne l'a pas toujours entendu de cette façon puisque dans un arrêt du 8 mars 2017³²⁶ il a accepté la validité d'un Pacs entre deux hommes qui disaient entretenir une relation père-fils. Cette reconnaissance était pour le moins surprenante, bien qu'elle ne s'oppose pas frontalement à l'article 515-2 du Code civil qui interdit les Pacs conclus en ligne collatérale et entre ascendants et descendants. Cette décision étonne tant elle semble contraire à notre conception juridique du couple. L'interrogation reste quant au concubinage puisque aucun contrôle n'est effectué par un quelconque représentant de l'État. Le couple peut donc être incestueux sans que la loi ne le condamne. Une nuance doit être apportée, car si le couple incestueux peut vivre en concubinage, l'enfant issu de cette union ne pourra établir son double lignage.

³²³ N. Glandier Lescure, *L'inceste en droit français contemporain*, th. ss. dir. C. Neirinck, P.U.A.M., 2006, spéc. p.63

³²⁴ V. *infra*, n° 120 et s..

³²⁵ Sur ce sujet, v. : A.-C. Van Gysel, « Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ? » in *Droit des familles, genre et sexualité*, ss. dir. N. Gallus, éd. Anthémis, 2012.

³²⁶ Civ. 1^{ère}, 8 mars 2017, n°16-18.685 : *JurisData* n° 2017-004100 ; *Dr. fam.* 2017, comm. 91, S. Dumas-Lavenac ; *D.* 2017. 2038, note A. Gouëzel ; *D.* 2017. 1292, note M. Saulier ; *RTD civ.* 2017. 358, note J. Hauser ; *RJPF*, 2017, n°6, note J. Houssier.

B) Fonctionnement de l'interdit de l'inceste

118. Une condamnation à des degrés variables. - « *L'ignominie a ses degrés sur lesquels l'interdiction règle son intensité* »³²⁷. C'est un fait que la réprobation de l'inceste se dégrade au fur et à mesure que les liens originels qui unissent les deux protagonistes se distendent. Le droit s'est fortement appuyé sur cette érosion. En 1994, Françoise Héritier faisait la différence entre les incestes de premier type, qui lie deux individus « de même sang », et les incestes de second type qui, forcément, lient deux individus n'ayant pas « le même sang » (un beau-père et sa belle-fille par exemple)³²⁸. L'auteure expliquait notamment pourquoi certains interdits de l'inceste de deuxième type perdurent alors qu'il n'existe aucun lien génétique et notamment démontre que ces relations sont psychiquement insoutenables. Selon, elle, l'inceste de deuxième type doit continuer à être reconnu. C'est ce que fait notre droit de la famille ainsi que le droit pénal lorsque ce dernier considère comme un facteur aggravant la violence qui est exercée par une personne d'autorité. Cependant, la loi ne place pas sur le même plan ces deux types d'inceste, ignorant donc que dans les deux cas l'outrage est incommensurable.

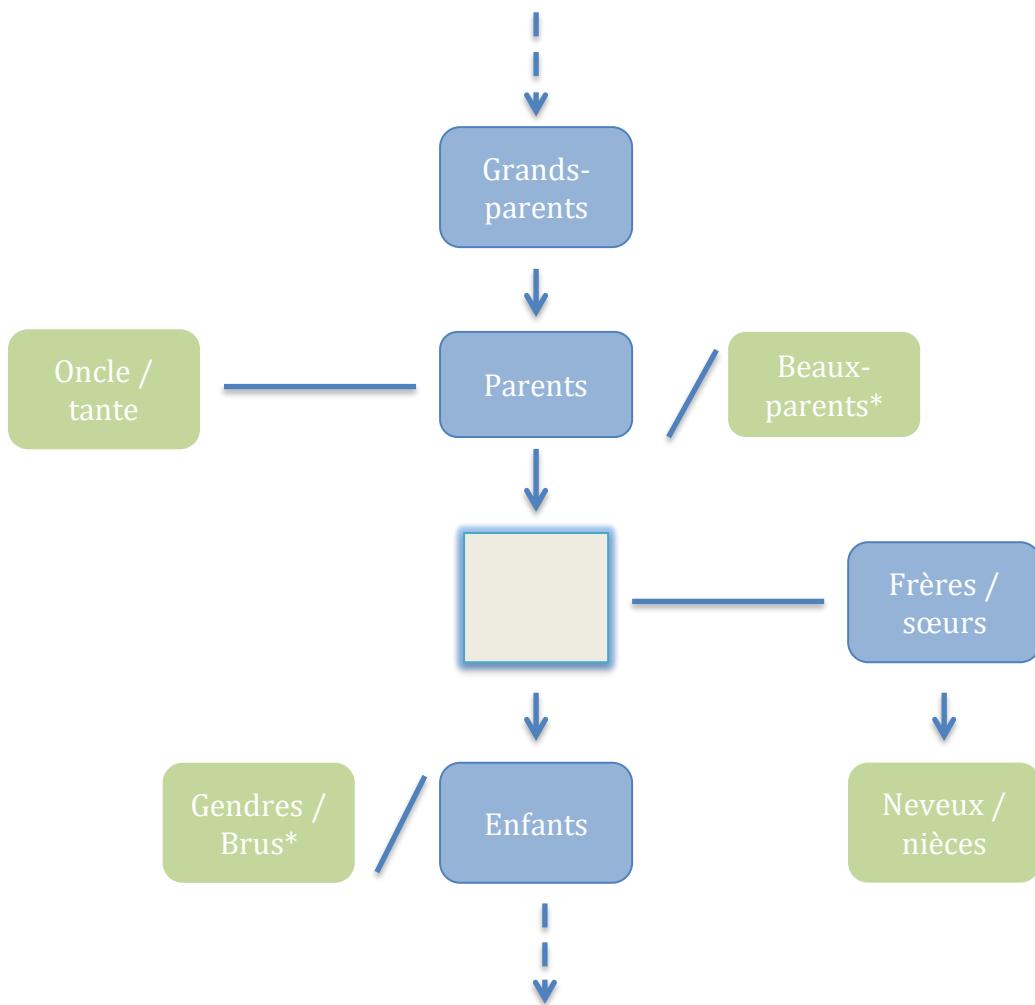
Ainsi, la loi fait une première différence entre l'inceste absolu et l'inceste relatif³²⁹. En fonction de l'un ou l'autre les règles changent. Lorsqu'il s'agit d'uninceste absolu, le mariage est interdit, la filiation non reconnue. C'est une relation intolérable et la loi lui refuse toute forme de reconnaissance. En revanche, en cas d'inceste relatif, même si ces relations ne sont pas regardées d'un bon œil, l'interdiction de se marier peut être levée via l'application de l'article 164 du Code civil et la filiation qui en est issue peut être reconnue.

³²⁷ G. Cornu, *Droit civil – La famille*, op. cit., spéc. p. 30

³²⁸ F. Héritier, *Les deux sœurs et leur mère. Anthropologie de l'inceste*, Odile Jacob, Paris, 1994.

³²⁹ Ces termes ont également été repris par A. Breton dans « L'enfant incestueux », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, mél. en l'honneur de M. Ancel, t. I, éd. A. Pedone, 1975, spéc. p. 312.

Pour que les propos soient plus clairs, voici comment l'inceste se divise en fonction de la proximité familiale. Au-delà des cas qui figurent dans ce schéma, l'inceste n'existe plus ou du moins la relation n'est pas regardée comme telle par la loi : en bleu l'inceste absolu et en vert l'inceste relatif.



* Seulement si le membre de la famille ayant créé l'alliance est décédé, sinon c'est uninceste absolu.

119. Une prohibition limitée aux champs des alliances juridiquement reconnues. - Le problème est que cette division est uniquement appliquée en présence de liens d'alliance et sur la filiation. Donc, l'inceste ne peut exister qu'à travers le mariage, le P.A.C.S. ou la reconnaissance parentale. Le concubinage ne créant aucun lien d'alliance, un homme peut, par exemple, librement épouser la fille de sa concubine. Cela pose un véritable problème éthique. Certes, les interdits à mariage étaient peut-être l'un des derniers bastions qui permettait de faire une différence entre un mariage et un concubinage. Il n'en reste pas moins qu'il serait intéressant de se poser la question des cas d'incestes absolus même hors mariage

car « *s'il existe un fait, si déplaisant ou même si abominable qu'il soit, on ne le fait pas disparaître en le niant* »³³⁰. Encore une fois, compte tenu de l'essor du concubinage au sein de la société, le droit de la famille ne peut que difficilement continuer à ignorer cette forme de vie de couple. Les principes structurels de la famille devraient pouvoir être appliqués aux cas de concubinages pour que ces familles soient juridiquement reconnues. Le législateur serait alors amené à interdire au moins les cas d'inceste absolu au sein du concubinage.

§2 La portée de l'interdit de l'inceste

120. L'interdit de l'inceste face à d'autres considérations juridiques. - Nous l'avons vu, l'inceste est clairement encadré juridiquement. Cependant, la jurisprudence se retrouve à devoir faire des choix qui remettent en cause le respect de cette interdiction. Ces dernières années, la portée de l'interdit de l'inceste a été amoindrie notamment du fait de certaines revendications ou par la volonté d'appliquer des principes novateurs et considérés comme supérieurs. Nous avons relevé trois réalités juridiques qui ont un impact négatif sur la règle de la prohibition de l'inceste : la liberté en particulier sexuelle et du mariage (A), l'intérêt supérieur de l'enfant (B) et la réalité biologique (C). Par considération juridique nous entendons des notions usitées par notre droit qui ne sont pas pour autant des normes. Ainsi, nous tenons la liberté pour a-normative et la réalité biologique, si elle sous-tend certains textes juridiques, n'est pas une norme en soit.

A) La liberté matrimoniale et sexuelle face à l'interdit de l'inceste

121. La liberté matrimoniale et vie privée. - Selon le Conseil constitutionnel, le respect de la vie privée relève de la liberté mentionnée à l'article 2 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen³³¹. Pourtant, malgré l'importance de ce droit, personne n'a su donner une définition de la notion de respect de la vie privée. Seuls certains éléments qui la composent et ses contours sont déterminés au fil de la jurisprudence. Cette absence de définition a conduit à un glissement progressif de la protection de la vie privée à la liberté dans la détermination de sa vie privée. C'est particulièrement la Cour européenne des droits de l'Homme qui, en se

³³⁰ A. Breton, *op. cit.* spéç. p. 320.

³³¹ Cons. Const., 23 juill. 1999, n° 99-416 relative à la Loi portant création d'une couverture maladie universelle : *JO* 28 juill. 1999, spéç p. 11250

fondant sur l'article 8 de la convention éponyme, a fait primer la liberté individuelle ou l'autodétermination personnelle.

Pour en revenir au principe de l'interdit de l'inceste, certaines personnes enfreignent celui-ci de manière consciente et consentie. C'est donc uninceste réalisé librement des deux côtés. Cela suppose donc que les deux personnes soient majeures, capables et connaissent les liens qui les unissent. Dans ce cas, nous nous retrouvons au sein d'un conflit entre, d'un côté, un droit individuel et personnel à valeur constitutionnelle et, de l'autre côté, un interdit découlant d'un principe structurel de notre droit de la famille. Ce type de conflit se retrouve en pleine lumière dès qu'il est question d'annuler ou non un mariage incestueux. En effet, dans le cadre du mariage, les relations incestueuses sont clairement reconnues et, si les autres conditions du mariage sont respectées, nous sommes en présence de personnes majeurs consentantes. Or, depuis la décrétale *Dignum est* du Pape Adrien IV, le mariage trouve sa validité non plus dans la forme mais dans l'échange des consentements. Nous ne pouvons donc pas dire pour autant que seul l'échange des consentements suffit à faire mariage. En effet, la loi est venue préciser les contours de cette liberté en imposant des conditions indispensables pour déclarer le mariage valide. Il n'a pas lieu, ici, de revenir sur ces différentes conditions, mais nous pouvons rappeler que l'inceste est un empêchement dirimant entraînant une nullité absolue en cas d'inceste absolu et en cas, d'inceste relatif, la prohibition peut être relevée par le Président de la République. En parlant de liberté deux d'entre elles sont ici particulièrement concernées à savoir la liberté matrimoniale (1) et la liberté sexuelle (2).

1. L'interdit de l'inceste égratigné par la liberté matrimoniale

122. La condamnation de l'annulation d'un mariage incestueux par la CEDH. - Pendant longtemps, en cas d'inceste absolu, les juges français rendaient des décisions sans détours sur le sujet : le respect de la vie privée ne permettait pas d'outrepasser l'interdit de l'inceste. La Cour de cassation respectait ainsi fidèlement les articles du Code civil relatif aux interdits du mariage.

La Cour européenne des droits de l'homme, dans sa confusion entre liberté et protection de la vie privée, a introduit une ambiguïté dans ces empêchements au mariage. En effet, par une décision du 13 septembre 2005, *B. L. c/Royaume-Uni*³³², elle reproche au Royaume Uni

³³² CEDH, 13 sept. 2005, n°36536/02, *B. L. c/Royaume-Uni : dr fam.* 2005, comm. 234, note A. Gouttenoire et M. Lamarche ; *RTD civ.* 2005. 735, obs. J.-P. Marguénaud, P. Rémy-Corlay ; *JCP G* 2006, I, 109, F. Sudre ; *D.* 2006. 1418, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *RTD civ.* 2005. 758, obs. J. Hauser.

d'avoir annulé un mariage entre un beau-père et sa belle-fille ce qui était contraire à son interprétation du respect de la vie privée. La Cour a en effet affirmé au sein de sa décision que « *les limitations imposées au droit d'un homme et d'une femme de se marier et de fonder une famille ne doivent pas être d'une sévérité telle que ce droit s'en trouverait atteint dans sa substance même* ». L'exégèse de cette phrase est déconcertante tant cela ouvre la porte à de nombreuses déductions. Ainsi, ce qui était clairement défini devient fragile et, aujourd'hui, seule la proportionnalité, bien souvent subjective, permettrait de savoir s'il faut interdire un mariage incestueux.

123. La conformité de la Cour de cassation à la jurisprudence de la CEDH. - La Cour de cassation a donc pris soin de revoir sa jurisprudence pour éviter une condamnation ultérieure. C'est ainsi que le 4 décembre 2013³³³, elle a cassé un arrêt de Cour d'appel qui avait annulé un mariage basé sur unincesteabsolu : un beau-père et une belle-fille alors que le fils et l'ancien époux était toujours en vie. La Haute juridiction reprochait une violation injustifiée de la vie privée. Ce faisant, la Cour de cassation rend un de ses premiers arrêts instituant le contrôle de proportionnalité privé au regard de la vie privée.

Certes, le cas était particulier puisque le couple avait été marié pendant 20 ans, c'est donc un arrêt d'espèce. Le communiqué officiel souhaitait en effet limiter l'impact de cette jurisprudence en affirmant « *qu'en raison de son fondement, la portée de cette décision est limitée au cas particulier examiné* »³³⁴. Cependant, cette décision envoi comme message aux juges du fonds que l'annulation en cas d'inceste absolu n'est plus automatique mais doit être proportionnée. La prohibition du mariage incestueux aurait encore une véritable force normative, mais a désormais une épée de Damoclès au-dessus de la tête. Par conséquent, ce qui était clair ne l'est plus et les motifs d'annulation au mariage établis précisément par le Code civil s'appliquent selon les faits d'espèce ; au cas par cas³³⁵.

124. Le danger de l'exception apportée par la liberté matrimoniale. - En procédant ainsi, la Cour de cassation adopte la vision de la Cour européenne des droits de l'Homme sur ce que doit être le respect de la vie privée selon le respect du primat du droit communautaire sur notre droit national. Si respect doit désormais se confondre avec liberté, la Cour de

³³³ Civ. 1^{ère}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066 : D. 2014. 179, note Chénedé ; AJ fam. 2013. 663, obs. Chénedé ; AJ fam. 2014. 124, obs. S. Thouret ; RTD civ. 2014. 88, obs. Hauser ; ibid. 307, obs. J.-P. Marguénaud ; Defrénois 2014. 140, note Bahurel ; Gaz. Pal. 2014. 264, obs. Viganotti ; Dr. fam. 2014, n°1, obs. Binet.

³³⁴ Propos recueillis in P. Puig, « L'excès de proportionnalité », *op. cit.*

³³⁵ En ce sens voir : Civ. 1^{ère}, 8 déc. 2016, n° 15-27.201 : D. 2016. 2568, obs. Gallmeister ; AJ fam. 2017.71, obs. Houssier ; RTD civ. 2017. 102, obs. Hauser ; Dr. fam. 2017, n° 24, note Binet.

cassation a eu raison d'écartier l'article 161 du Code civil d'autant plus que le droit au respect de la vie privée a été reconnu constitutionnellement. Cependant, cette manière de penser a des conséquences qui peuvent être importantes puisque c'est un principe directeur qui est écarté. Le risque est de fragiliser un peu plus la structure de notre droit de la famille. « *Pour l'instant, le législateur n'a pas réagi, et les textes n'ont pas été changés. Mais il est à craindre qu'ils le soient, et que, au nom d'une liberté individuelle bien discutable, le noyau dur du droit de la famille ne se réduise, au mépris de la compréhension de la valeur symbolique du droit* »³³⁶. Au-delà de l'aspect symbolique, la Cour de cassation a introduit une vraie insécurité juridique. La vie privée ne bénéficiant d'aucune définition et le principe de proportionnalité étant dépendant de la souveraineté du juge, plus personne n'est capable de savoir si le mariage sera annulé en cas d'inceste absolu. Jamais le juge n'a été autant le « *législateur des cas particuliers* » selon la brillante expression de George Ripert.

L'interdit de l'inceste existant dans tous les États européens, l'heure n'est toutefois pas à une remise en cause aveugle des interdits au mariage pour cette raison. Seulement, tout est réuni pour que les frontières de ces interdits reculent. Autrement dit, « *voulant renforcer la liberté matrimoniale il (le droit) laisse entrouverte une porte dont personne n'ose saisir la poignée, craignant que la maison tout entière ne s'effondre* »³³⁷. Un nouvel équilibre est à trouver pour que l'interdit de l'inceste continue à protéger la stabilité familiale et pour que soit préservée la sécurité juridique.

2. L'inceste cachée dans les bras de la liberté sexuelle.

125. L'entente apparente entre liberté sexuelle et interdit de l'inceste. - « *Boire sans soif et faire l'amour en tout temps, Madame, il n'y a que ça qui nous distingue des autres bêtes* »³³⁸ disait Beaumarchais. Est-ce pour autant que l'Homme est totalement libre de faire ce qu'il souhaite en matière de relations sexuelles ? Une liberté éprouve toujours des limites et de fait, en matière d'inceste, il y a toujours eu un interdit fondamental qui, s'il ne se trouvait pas pleinement dans nos lois, se trouvait dans les mœurs. Ces dernières n'ont pas vraiment évolué en la matière, il en va différemment pour le droit.

Ni dans la loi, ni au fil des jurisprudences une relation incestueuse hors mariage et consentie n'a été punie. Ainsi, « *le juriste a choisi de se taire. Sagesse ou démission ? Que l'on se tourne*

³³⁶ A. Batteur, « L'interdit de l'inceste en matière civile », in *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, ss. dir. A. Batteur, L.G.D.J., 2016, spéc. p. 201.

³³⁷ A. Batteur, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000. 767.

³³⁸ Beaumarchais (1732-1799), *Le mariage de Figaro*, Flammarion, II, 21.

*du côté du droit civil ou vers le droit pénal, transparaît la volonté non déclarée, mais ferme, que l'inceste consommé reste dans le secret des alcôves »*³³⁹. Certes la loi ne s'occupe pas des relations incestueuses faites à l'abri des regards, mais cela est certainement plus parce que ces délicatesses sont taboues que par respect de la liberté sexuelle. En effet, la liberté sexuelle ayant eu une reconnaissance à la fin du XXème siècle, notamment suite à mai 68, force est de constater que l'inceste, en tant que tel, n'a jamais été condamné en dehors des violences sexuelles, du mariage et du Pacs et de la filiation. Cela peut également s'expliquer par le fait que le droit n'est pas omniscient et bien souvent les relations incestueuses restent tues. Ainsi donc, le réalisme juridique, en ce qui concerne l'inceste, primera sur la force symbolique du droit.

126. La question du bienfondé d'une liberté ignorant l'inceste. - Nous pouvons donc constater qu'il n'existe pas de conflits patents entre la liberté sexuelle et l'interdit de l'inceste. Ainsi, en 2012, un père vivant en concubinage avec sa fille avec qui il avait eu un enfant a été condamné, non parce qu'ils étaient en concubinage mais parce que les relations ont commencé quand celle-ci était mineure. Après le procès, les deux protagonistes, consentants ont repris leur vie de couple sans que la justice n'ait quelque chose à y redire. Il est à noter que cette liberté sexuelle totale existant pour le concubinage n'existe pas forcément dans nos pays voisins. Ainsi, en Allemagne, le concubinage incestueux est condamnable juridiquement. Or, la CEDH n'y voit rien à redire constatant que l'inceste est un acte universellement rejeté et que sur quarante-quatre États, vingt-quatre condamne pénalement l'inceste en tant que tel.

Comme nous le disions précédemment, la France aurait certainement le devoir de clarifier sa position étant donnée la place croissante que le concubinage prend au sein de notre société, étant donné le rapprochement entre le traitement des différentes conjugalités et étant donné l'évident consensus qui existe autour de l'interdit de l'inceste. Roger Karoutchi, alors secrétaire d'État chargé des relations avec le Parlement, en 2009, disait, à propos de la loi tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal,³⁴⁰ que cela permettrait de « *briser le tabou social qui entoure l'inceste* ». Seulement en continuant de détourner le regard des incestes consommés derrière les murs, l'État n'en a certainement pas anéanti le tabou.

³³⁹ A. Batteur, *op. cit.*, spé. p.759

³⁴⁰ L. n° 2010-121, 8 fév. 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux.

B) L'intérêt supérieur de l'enfant face à l'interdit de l'inceste

127. L'inceste contraire à l'intérêt de l'enfant. - Lorsque qu'il s'agit d'interdit de l'inceste, la première personne que la loi désire surtout protéger est bien entendu l'enfant. L'inceste, nous le savons, provoque un risque de consanguinité et de déséquilibres psychologiques ; consanguinité parce que l'on sait que le risque de déséquilibre génétique est plus important chez les enfants incestueux, ce qui est appelé le risque de dépression de consanguinité ; psychologique parce qu'en cas d'inceste l'inscription de l'individu dans une filiation cohérente est impossible. Ces deux risques expliquent pourquoi le législateur souhaite éviter ce type d'engendrement.

Cette volonté de protéger l'enfant est parfaitement expliquée dans l'article du Professeur Annick Batteur consacrant l'interdit de l'inceste comme un véritable principe fondateur du droit de la famille. Cette dernière affirme « *qu'il paraît clair que la volonté d'éviter les risques attachés à la consanguinité constituent le fondement majeur de la réglementation actuelle* »³⁴¹. L'article 310-2 du Code civil a une portée dissuasive en refusant de reconnaître toute filiation issue d'uninceste absolu. Ce dernier dispose que « *s'il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit.* ». Cette dernière précision de l'article nous montre la rigueur de cette règle puisque même une adoption simple serait impossible. Le but de cet article est de protéger les enfants à venir d'une filiation incestueuse incontestablement contraire à son intérêt. En revanche, en cas d'inceste relatif, la reconnaissance est toujours possible. En effet, si l'inceste n'est pas absolu le risque de consanguinité est écarté. Par ailleurs, il serait inimaginable que la loi puisse permettre des dérogations pour pouvoir se marier en cas d'inceste relatif et concomitamment de refuser d'admettre que des enfants puissent naître de cette relation finalement autorisée.

128. L'interdit de l'inceste n'est pas l'intérêt supérieur de l'enfant. - Bien évidemment la dissuasion de l'article 310-2 du Code civil ne peut pas être confondue avec l'intérêt supérieur de l'enfant. Le premier a une fonction répressive condamnant l'arrivée d'un enfant tandis que le second est une directive qui a vocation à protéger un enfant qui est né. Il y a donc

³⁴¹ A. Batteur, *op. cit.*, spéc. p. 766

une tension entre un droit qui protège la société et un droit qui protège l'individu et en particulier le plus faible.

Il convient donc de s'interroger sur ce qui est préférable : soit, d'interdire la reconnaissance de la double filiation afin de décourager les couples incestueux désireux d'avoir un enfant. Soit, permettre aux enfants incestueux d'être reconnus par leurs deux parents ce qui leur permettrait au minimum de participer à leurs successions et d'être enfin sur le même pied d'égalité que tous les autres enfants³⁴². A noter que l'argument qui tendait à affirmer qu'une reconnaissance risquait d'exposer l'enfant aux sarcasmes tenant à son origine incestueuse n'est plus retenu aujourd'hui. Ce dernier argument permettait pourtant d'affirmer que la non reconnaissance était conforme à l'intérêt de l'enfant. Si le droit avait tranché cette question, la jurisprudence a une réponse de plus en plus équivoque.

129. La jurisprudence sensible à l'intérêt supérieur de l'enfant. - En effet, la jurisprudence, sous l'impulsion des juges de la Cour d'appel, donne sa propre interprétation de l'intérêt supérieur de l'enfant et rend ainsi de plus en plus flou le double découpage entreinceste absolu etinceste relatif. Comme bien souvent, la méthode des petits pas se déploie.

Ainsi, dans un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 2 décembre 2014³⁴³ la Cour annule un mariage incestueux, d'inceste absolu, en précisant bien qu'en l'espèce, il n'y avait aucun enfant issu de l'union. Sous-entendu, sa décision aurait pu différer s'il y avait eu enfant issu de l'union.

Par la suite, un arrêt de la Cour d'appel de Caen le 7 juin 2017³⁴⁴ rend une décision *contra legem* sur le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ici, la double filiation est reconnue quand bien même elle est issue d'une relation d'inceste absolu (entre frère et sœur). Les circonstances d'espèce étaient particulières puisque la double filiation avait été reconnue quand bien même elle était issue d'une relation d'inceste absolue (entre frère et sœur). Or, l'application de l'article 310-2 du Code civil aurait conduit à supprimer la filiation maternelle alors même que la maman s'était occupée seule de l'enfant. En effet, selon la loi, la détermination du lien de filiation de l'enfant incestueux est temporelle c'est-à-dire qu'est maintenue la première filiation qui est reconnue juridiquement. En l'espèce, le père avait fait une reconnaissance prénatale et la filiation maternelle avait été constatée selon l'adage *Mater semper certa*. En appliquant l'intérêt supérieur de l'enfant, les juges de la Cour d'appel a

³⁴² V. en ce sens : O. Roy, *Droit de la famille*, Archétype82, 2^e éd., 2015, spéc. p. 196.

³⁴³ Aix-en-Provence, 2 déc. 2014. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre cette décision : Civ. 1^{re}, 8 déc. 2016, n°15-27.201, citée *supra*.

³⁴⁴ Caen, 3e ch. civ., 7 juin 2017, n°16/01314 : *JurisData* n°2017-012460, Dr. fam. n°224, note Fulchiron.

maintenu le lien de filiation maternelle. Certes, la loi pourrait être améliorée en donnant par exemple, un pouvoir souverain au juge de choisir quelle filiation peut être reconnue ou supprimée et, à défaut d'élément objectifs, retenir la première filiation établie. Seulement, il semble que l'intervention du standard de l'intérêt supérieur de l'enfant n'ait pas suscité un dynamisme législatif puisque celui-ci, au fond, donne le droit au juge « d'ignorer le droit »³⁴⁵. Il semble que cela soit suffisent pour que la justice soit rendue.

130. De l'intérêt général à l'intérêt individuel. - Avant l'intérêt général était la principale raison des lois interdisant l'inceste, aujourd'hui la jurisprudence met l'intérêt individuel de l'enfant comme unique raison d'une interdiction ou non de la reconnaissance d'une filiation incestueuse. C'est un « *raisonnement en équité dans lequel la protection de ce que le juge considère être l'intérêt de l'enfant serait son unique boussole* ».³⁴⁶ Dans la volonté de ne plus stigmatiser les enfants, les risques biologiques sont de plus en plus ignorés. A quoi bon les prendre en compte puisque le mal est fait ? C'est oublier que « *le droit participe de la formation de la psyché, exerce une influence majeure sur notre structure mentale* »³⁴⁷. Cette question de la reconnaissance filiale nous amène à étudier le traitement de la vérité biologique par rapport à l'interdit de l'inceste.

C) La vérité biologique face à l'interdit de l'inceste

131. La place de la vérité biologique. - L'importance de la réalité biologique est apparue avec l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 27 octobre 1994 qui a affirmé que « *le respect de la vie familiale exige que la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale heurtant de front tant les faits établis que les vœux des personnes concernées* »³⁴⁸. La CEDH désire surtout faire primer la réalité sur les fictions juridiques lorsqu'elle permet de répondre aux désirs individuels. Cette réalité n'est donc pas une primauté absolue³⁴⁹. Peu importe en ce qui nous concerne, il faut retenir que la CEDH réclame que ces deux réalités soient préservées autant que possible³⁵⁰.

³⁴⁵ P. Verdier, « Les dérives de l'utilisation de la notion d'intérêt de l'enfant », in *l'intérêt supérieur de l'enfant en question : leurre et levier au service de ses droits ?*, DEI Assemblée Nationale, Paris, 20 nov. 2010.

³⁴⁶ H. Fulchiron, « L'enfant né d'uninceste », *Dr. fam.*, n° 11, nov. 2017 comm. 224.

³⁴⁷ A. Batteur, *op. cit.*, spéc. p. 780.

³⁴⁸ CEDH *Kroon c/ Pays-Bas*, 27 oct. 1994, 18535/91.

³⁴⁹ V. à ce sens Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit de la Famille*, *op. cit.*, spéc. p. 478.

³⁵⁰ Une exception peut être faite au sujet des GPA effectuée dans un pays étranger lorsque l'État du for l'interdit. Il semble, en effet, que l'élément biologique de la filiation soit privilégié par rapport à l'élément social. V. *infra*. n° 421.

132. La vérité biologique, anonymat des donneurs etinceste. - Or, ce concept de réalité aurait pu être invoqué au sujet de la non reconnaissance de la filiation incestueuse. Cela n'a pourtant pas été le cas, de sorte que la primauté de la réalité biologique n'a jamais fait face à l'interdit de l'inceste. Pourtant, dans certains cas, la vérité biologique pourrait renforcer l'effectivité de l'interdit de l'inceste. Ainsi, en refusant d'appliquer la vérité biologique aux aides médicales à la procréation exogène il existe des risques d'incestes méconnus³⁵¹. L'anonymat du donneur peut entraîner deux situations incestueuses : la première est le cas de la femme étant inséminée par un proche. La seconde serait par exemple deux personnes qui sont issus du même donneur qui se marient.

En effet, en France, au maximum dix enfants peuvent naître avec les gamètes d'un même donneur. Pour peu que ces dix enfants habitent dans la même ville (un donneur ne pouvant donner que dans un seul centre) il n'est pas absurde d'imaginer que certains de ces enfants puissent se rencontrer et former un couple sans savoir qu'ils partagent le même père biologique. Encore plus dramatique, une femme pourrait avoir des relations avec son père sans le savoir. La Procréation Médicalement Assisté, avec anonymat des donneurs recrée les conditions d'un Œdipe ultramoderne. Il est facilement compréhensible pour chacun, le malaise que peut susciter l'idée qu'il soit possible d'être en couple avec son demi-frère sans le savoir. Là encore, faut-il mettre l'inceste sous le tapis pour préserver la paix sociale et familiale et permettre l'épanouissement du droit à l'enfant ? Le CECOS essaye à son échelle de limiter ces risques mais refuse par exemple de faire voyager les gamètes car de toutes manières les individus n'ont jamais été aussi mobiles eux-mêmes. Pour le moment aucune solution n'a été trouvée par la loi alors que cela pose un vrai problème pour les enfants issus de PMA surtout quand nous connaissons les risques que l'inceste comporte notamment au niveau de l'engendrement.

Si par les hasards de la vie, ces personnes concernées apprennent que leur relation est incestueuse, nous pouvons supposer, suite à l'arrêt de la Cour d'appel de Caen du 8 juin 2017, que ces personnes étant de bonne foi, l'inceste ne sera pas condamné civilement. Les enfants issus de ces couples pourront être parfaitement reconnus et peut-être aussi que le mariage leur sera ouvert. Il se peut même que ces derniers, victimes d'inceste malgré eux, demandent réparation. Quelques solutions peuvent être trouvées pour limiter ce risque. Certains préconisent de prendre le modèle de l'accouchement sous X³⁵², de même le CECOS pourrait

³⁵¹ V. à ce sujet : M. Bourguignon, « Le principe d'anonymat du donneur de gamètes : vérité biologique contre vérité juridique », *Jurisdoctoria* n° 11, 2014, pp. 19 – 39, spéc. p. 35 et s.

³⁵² *Ibid.*

lever les doutes sur une éventuelle consanguinité sans révéler l'identité du donneur. Il se trouve que certains nés sous procréation médicalement assistée font des recherches via des plateformes internet à environ 85 euros³⁵³. Ces tests ADN seraient suffisants pour protéger des risques d'incestes ignorés. Avec la levée d'anonymat du donneur de sperme ou d'ovocyte à compter du 1^{er} septembre 2022³⁵⁴, ce problème sera résolu, le problème ne concernant donc que les personnes nées avant cette date grâce à une PMA avec tiers donneur.

133. Le risque de l'ignorance de l'inceste « psychologique » sur les nouvelles formes de procréation. - Dans son article, Annick Batteur explique parfaitement comment aujourd’hui l’interdit de l’inceste tend à se restreindre à un interdit biologique. La valeur symbolique et les repères psychologiques ne sont plus pris en compte notamment en raison du respect des volontés individuelles. Or, le biologique est de moins en moins un repère familial. Le droit tend à séparer liens du sang et liens familiaux notamment à travers les nouvelles techniques de procréations assistées et à travers la reconnaissance de familles mono et homoparentales. Cela entraîne une distorsion entre principe d’exogamie et les nouvelles formes familiales. En effet, les modes de procréations sont en pleine révolution et de nouvelles formes d’inceste voient le jour alors même que l’application de l’interdit de l’inceste n’est pas fermement respectée au sein de la jurisprudence. Aussi, est-ce incestueux de recevoir les gamètes d’un membre de sa famille ? Nous pouvons également nous demander si le fait de recourir à une gestation pour autrui au profit d’une sœur ou d’une mère relève de l’inceste ? Pour y répondre il faut réaffirmer que l’inceste ne se résume pas au biologique, bien au contraire, « *c'est principalement pour des raisons morales et psychologiques qu'il est important de conserver le principe de prohibition de l'inceste, même si des raisons d'ordre physiologiques et eugénique ont pu être également invoquées avec, pour elles, le sceau de la valeur scientifique* »³⁵⁵. La structure de la famille est bâtie sur des éléments psychiques ancrés et qui n’ont de sens que si le principe d’exogamie les prend en considération.

134. Conclusion chapitre 2 - Les juges de la Cour européenne des droits de l’homme ont précisé dans l’arrêt Mazurek que « *l’institution de la famille n’est pas figée, que ce soit au plan*

³⁵³ V. *infra*., n° 466.

³⁵⁴ V. L. n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.

³⁵⁵ M.-P. Maurin, *L'accès au mariage dans les législations européennes*, th. ss. dir. de Ch. Atias, Aix 1997, dactyl., spéc. p. 255.

historique, sociologique ou encore juridique »³⁵⁶. Si l'institution de la famille n'est pas figée, est-t-il possible de totalement la déstructurer ? Une réponse négative s'impose après l'étude des principes de monogamie et d'exogamie. Si ces derniers posent une limite à la liberté du mariage, le droit interdit de se marier avec n'importe quelle personne. Cette limite reste cependant très largement soutenable et est indispensable à la structure familiale et donc sociale. La famille est un rouage irremplaçable de la société ; or, le principe de monogamie permet une stabilité dans le couple mais également facilite l'établissement de la filiation. De plus, le principe d'exogamie a un rôle de préservation de l'intégrité des individus mais également de la cohérence du paysage familiale. Ces deux principes sont donc une sécurité mise en place par le droit pour l'ensemble de la société. Ainsi, si l'institution familiale peut évoluer au fil du temps, elle ne peut se permettre d'abolir ces deux principes structurants.

³⁵⁶ CEDH, 1^{er} fév. 2000, n° 34406/97, *Mazurek c/ France* : *JCP G* 2000, II, 10286, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre ; *Dr. fam.* 2000, comm. 33, B. de ; *D.* 2000. 332, note J. Thierry ; *ibid.* 626, chron. B. Vareille ; *RDSS* 2000. 607, obs. F. Monéger ; *RTD civ.* 2000. 311, obs. J. Hauser ; *ibid.* 429, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 601, obs. J. Patarin.

Conclusion titre I.

135. Des principes dans l'esprit du droit de la famille. - Voici donc l'ensemble des principes directeurs du droit de la famille. Pour les déterminer, il a fallu éviter deux écueils : le premier réside dans le détachement du droit écrit³⁵⁷. Certes ces principes peuvent être cités par certains grands textes de droit³⁵⁸ mais cela ne peut pas être une condition *sine qua non*. Le second réside dans le détachement du « prêt à penser »³⁵⁹. Pour déterminer les principes directeurs d'une branche du droit il faut que ces derniers aient été présent dans le temps et ne soient pas seulement une aspiration sociale. Ainsi, les principes de ce présent titre forme l'enveloppe dans laquelle le droit de la famille doit se loger pour préserver l'esprit de cette institution. Si certains individus, par leurs actes, remettent en cause ces principes, ils ne sont pas pour autant menacés. Il est important cependant que l'ensemble des acteurs du droit les connaissent pour en assurer le respect dans les temps à venir.

Si la place des principes directeurs réside dans l'esprit du droit de la famille, d'autres principes ont, quant à eux, été consacrés directement par les juges de la Cour de cassation à travers le visa de leurs décisions : ils sont ce qui sera appelé « les principes visés ».

³⁵⁷ Sur l'importance du droit non écrit : « *le législateur ne peut pas ne pas tenir compte des structures plus dures, plus profondes et anciennes, et des catégories juridiques à l'intérieur desquelles les règles prennent place, et qui leur donnent sens* », C. Labrusse-Riou, in *Rapport sur l'évaluation de l'application de la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, AN, n° 1325, t. 2, « Auditions », p. 61-69, cité par D. Borillo, « La République des experts dans la construction des lois : le cas de la bioéthique », *Histoire@Politique*, n° 14, 2011, p. 55.

³⁵⁸ Pour le principe de dignité, v. : art. 6 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen ; art. 1 de la chartre des droits fondamentaux de l'Union européenne. Pour le principe d'égalité, v. : art. 6 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen ; art. 12 du préambule de la Constitution du 27 oct. 1946 ; art. 1 de la Constitution du 4 oct. 1958 ; titre 3 de la chartre des droits fondamentaux de l'Union européenne.

³⁵⁹ Y. Lequette, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 2017, spéc. p. 116.

Titre 2 – Les principes topiques du droit de la famille

136. L'absence d'attaché à une branche du droit. - Nous venons de voir les principes directeurs du droit de la famille. L'attachement de ces derniers à une branche du droit est évident puisqu'ils commandent la matière. En ce qui concerne le droit de la famille, d'autres principes agissent au sein de cette branche du droit mais pas de manière générale. Ces derniers concernent un point particulier du droit de la famille. C'est pourquoi nous utilisons ici le terme *topique* qui semble plus approprié. Les principes de droit privé ne sont pas assignés à une branche du droit mais concernent une entité particulière : les souvenirs de famille, le nom, le fœtus... Contrairement aux règles du Code civil, les principes ne s'insèrent pas dans un ordonnancement général. C'est en fonction de leur raison d'être que nous nous permettrons de les catégoriser ou non au sein du droit de la famille bien que cela ne l'y restreigne pas. Du fait de cette capacité des principes à se développer dans l'ensemble des branches du droit, il était délicat de ne s'en tenir qu'aux principes dont l'objet était lié à la famille. En effet, d'autres principes ne désignent pas spécifiquement la famille mais viennent bien souvent contrer les normes de droit de la famille. De ce fait, il est intéressant de les inclure dans cette étude.

137. La délimitation par les visas de principes. – La question inévitable de cette étude est de déterminer ce qui certifie la présence d'un principe de droit en évitant toute subjectivité. Sans un élément objectif, l'élaboration d'une liste reste fragile car trop ouverte à la critique. C'est à cause de cette incertitude notamment que le droit naturel a failli à convaincre : « *Le scepticisme négateur trouve un argument facile en demandant à connaître la liste des principes juridiques. Il reprend contre leur existence la critique qui fut présentée contre les règles de droit naturel : l'existence de ce droit ne pouvait être maintenue que par l'ignorance de ses règles* »³⁶⁰. Il est vrai que l'une des critiques opposées aux partisans du droit naturel était la pauvreté du nombre de normes pouvant être citées. Ce manque de précisions risquait de rendre le droit aléatoire. Cependant, les principes n'ont pas vocation à être à eux seuls un système normatif. De plus, cette liste de principes s'appuie sur un élément incontestable : le visa de principe. Cette technique de cassation consiste à fonder sa décision non sur une norme écrite existante mais sur une norme extratextuelle et bien souvent *contra legem* que le juge nommera

³⁶⁰ G. Ripert, *les forces créatrices de droit*, L.G.D.J., 1955, spé. p. 341.

principe : « *Parfois, la Cour de cassation émet une proposition normative en tous points semblable, par son contenu, à celle qu'on pourrait trouver dans une loi : c'est le grand arrêt de principe* »³⁶¹. En procédant ainsi, le juge reconnaît au principe une force normative. C'est une véritable reconnaissance juridique.

Ainsi, en se reposant sur la technique du visa de principe, l'énumération ne peut être que précise et rigoureuse car cette technique donne le sceau de la légitimité. Le risque présenté par Ripert serait plausible si nous avions introduit des principes non encore visés dans notre inventaire. Ces derniers peuvent, en effet, faire l'objet de discussions et d'approximations ce qui fragiliseraît l'intérêt de cette énumération. Par définition, lister des principes qui n'ont pas été visés, équivaut à prendre le risque que le principe mentionné ne soit pas considéré comme tel par une partie de la doctrine. En effet, il est courant que les auteurs invoquent un principe non visé à l'appui de leur argumentation. La nature extratextuelle des principes permet une utilisation parfois abusive de cette norme juridique. En outre, l'objet de cette partie est de lister les principes de droit de la famille et ouvrir cette énumération aux principes qui n'ont pas été visés menacerait son exhaustivité. Il aurait été présomptueux de prétendre avec assurance que cette liste contient tous les principes qui existent dans l'esprit de l'ensemble de la doctrine.

138. Annonce du plan. – A la lumière des propos qui précédent, nous séparerons cette liste entre les principes qui touchent directement la famille d'une part (Chapitre 1) et les principes qui, sans que leur objet soit directement attaché à la famille, sont venus contrarier particulièrement les textes normatifs du droit de la famille (Chapitre 2).

³⁶¹ Ph. Jestaz, « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D.* 1989, spéc. p. 25.

Chapitre 1 : Les principes visés de droit de la famille

139. L'objectivation des principes. – Ainsi que nous l'avons invoqué dans l'introduction de ce titre, les principes sont objectivés. Quand nous regardons cette liste qui va se dérouler au fil des pages qui suivent, nous nous apercevons que les principes ne sont pas généraux mais portent sur des choses précises. Or, nous remarquons que ces choses ont une place particulière dans notre droit. Les objets sur lesquels portent les principes ne rentrent pas dans les cas généraux de la loi : ils sont souvent *sui generis*. Ainsi, lorsqu'une entité ne rentre pas dans le cadre général de la loi, le juge va recourir aux principes. « *Les principes sont un indispensable élément de fécondation de l'ordre juridique positif. Ils contiennent, à l'état de virtualité, un grand nombre de solutions qu'exige la pratique* »³⁶². C'est dans ce sens que nous parlons de principes objectivés : ils n'ont aucune vocation à être généraux mais sont une porte d'entrée pour les choses atypiques qui ne trouvent pas leur identité dans le paysage normatif écrit. Ainsi, les principes, en permettant de faire entrer ces entités particulières dans le droit, protègent le droit dans son ensemble sans désavouer la loi.

140. Annonce du plan. - Dans ce chapitre, les principes visés que nous allons aborder, concernent la famille en tant que groupe. Nous verrons d'une part le principe des souvenirs de famille (Section 1). Ces derniers sont l'incarnation de ce qui relie les membres d'une même famille. En effet, l'homme a cette faculté de matérialiser pour assimiler : la bague de fiançailles qui scelle son amour, la médaille pour récompenser, les objets sacrés pour symboliser sa foi... Les souvenirs de famille par leur histoire sont le symbole d'une famille donnée. Nous verrons, d'autre part, les principes attachés au nom de famille (Section 2). Le nom de famille est un élément qui désigne les membres d'un même groupe familial. Là encore, il s'agit d'un attribut fondamental pour l'unité de la famille.

³⁶² J. Boulanger, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé français au milieu du XX^e Siècle, Mél en l'honneur de Georges Ripert*, Tome I, LGDJ, Paris, 1950, spéc. p. 63.

Section 1. Le principe de protection des souvenirs de famille

141. La consécration du principe des souvenirs de famille. - Dès la moitié du XIX^e siècle, le juge a commencé à élaborer le régime *sui generis* des souvenirs de famille³⁶³. Cependant, ce principe a été visé pour la première fois par un arrêt de la Cour de cassation du 21 février 1978³⁶⁴. En l'espèce, le Baron de Méneval qui était secrétaire particulier de l'Empereur Napoléon, avait conservé plusieurs échanges épistolaires, notamment entre l'impératrice Joséphine et sa famille, entre Napoléon et Marie-Louise et bien évidemment des lettres personnelles. Ses descendants avaient conservé tous ces écrits durant 150 ans. Or, la Cour de cassation a considéré que les lettres entre le Baron et son épouse étaient effectivement des souvenirs de famille mais, qu'en revanche, les lettres écrites par une personne extérieure à la famille, Napoléon par exemple, n'avaient aucun lien direct avec les Méneval et donc, ne pouvaient bénéficier du régime particulier des souvenirs de famille.

142. Le choix du principe plutôt que la loi. - Ainsi, le principe des souvenirs de famille permet de soustraire les objets qualifiés comme tels de la dévolution successorale normale. Il n'y aura donc pas à proprement parlé, un transfert de propriété du défunt vers ses héritiers mais ces choses seront confiées à une personne déterminée par le juge. Avant que ce principe ne soit visé, le législateur avait tenté de régir la dévolution successorale des objets dont l'appartenance ne pouvait être que collective. Ainsi, l'article 842 alinéa 3 du Code civil disposait jusqu'à son abrogation par la loi du 23 juin 2006 que « *les titres communs à toute l'hérédité sont remis à celui que tous les héritiers ont choisi pour en être le dépositaire, à la charge d'en aider les copartageants, à toute réquisition. S'il y a difficulté sur ce choix, il est réglé par le juge* ». Si la jurisprudence a fait fi de cet article c'est parce que les souvenirs de famille ne peuvent se limiter aux titres communs. Le juge aurait pu avoir une interprétation extensive de ce texte mais le rôle du dépositaire des souvenirs de famille est plus complexe que ce que commande la loi. Dans l'ancien article du Code civil, l'héritier désigné a une simple fonction de gestion. Or, en ce qui concerne les souvenirs de famille, non seulement, le « gardien dépositaire »³⁶⁵ aura pour charge de préserver ces souvenirs et de les mettre à disposition de l'ensemble de la famille³⁶⁶,

³⁶³ La première fois que la justice pris des dispositions par rapport aux souvenirs de famille : T. de la Seine, 25 fév. 1846, *Journ. Pal.*, 1846.2.716 : Baudry et Wahl, Successions, II, n° 2147 et 2148. En l'espèce, il s'agissait de portraits de famille.

³⁶⁴ Civ. 1^{re}, 21 fév. 1978, 76-10.561 : D. 1978, 505, note R. Lindon, *JCP* 1978, éd. G. II. 18836, concl. Gulphe, *RTD civ.* 1978. 900, obs. R. Savatier, *Defrénois* 1978, art. 31764, n°35, p. 866, obs. G. Champenois.

³⁶⁵ Expression employée par : Cass. req., 30 juin 1942 : *JCP G*, 1943. II. 2254, note R. Savatier.

³⁶⁶ En ce sens : Paris, 25 nov. 1975 ; Paris, 6 mars 1990 : *JCP* 1990, 21572 et Civ. 1^{re}, 21 fév. 1978, *préc.*

mais il aura également la capacité de décider de la manière de perpétuer ce souvenir en décidant seul par exemple de le donner à un organisme culturel ou de conservation. Le juge s'est donc peu à peu éloigné du texte qui semblait être avant tout patrimonial et qui ne prenait pas suffisamment la mesure de la valeur morale des souvenirs de famille. Par conséquent, « les souvenirs de famille » est une notion d'origine prétorienne dont le sens et régime ont été progressivement précisés par la jurisprudence.

143. Annonce du plan. – Pour connaître le fonctionnement du principe de souvenir de famille, il est important de comprendre d'abord ce que recouvrent ces objets. Ensuite, nous pourrons mieux comprendre le régime juridique qui leur est attaché et qui a, avant tout, un but de protection. Nous allons donc voir dans un premier paragraphe le concept de souvenirs de famille (§1). Une fois cette notion vue, nous verrons dans un second paragraphe les effets du principe de souvenirs de famille (§2).

§1 La notion de souvenirs de famille

144. Annonce du plan. - Les souvenirs de famille sont des biens particuliers qui portent en eux la mémoire de certains descendants ayant marqué l'histoire de la famille. Parce que ce bien était personnel à l'ancêtre il devient pour les descendants un objet à part, le lien matériel entre une famille et son histoire. Nous allons voir au sein de ce paragraphe les éléments qui définissent un souvenir de famille (A) puis nous nous interrogerons sur le régime qui peut être consacré pour ces biens mémoriels (B). Il y eut, en effet, de vaines tentatives tendant à inscrire les souvenirs de famille dans un cadre juridique déjà existant.

A) Les éléments qui définissent les souvenirs de famille

145. Annonce de plan. - Le vocable « souvenirs de famille » est un terme générique qui englobe l'ensemble des choses qui « *ont en commun de symboliser (...) l'enracinement de la famille dans un passé auquel elle demeure attachée* »³⁶⁷. Il y a donc deux éléments qui qualifient ces souvenirs : un élément symbolique d'une part et un élément affectif d'autre part.

³⁶⁷ J.-F. Barbiéri, « Les souvenirs de famille : mythe ou réalité juridique », *JCP G*, 1984, I, n° 3156.

1. La valeur symbolique des souvenirs de famille

146. Un objet en lien direct avec la famille. - L'objet qualifié de souvenir de famille doit être un éminent symbole d'une frange historique de la famille. Cette symbolique passe par le caractère personnel du bien : une lettre signée de la main d'un ancêtre, une médaille honorifique, un uniforme... il faut donc qu'il y ait un lien direct avec la famille³⁶⁸. Certaines voix dans la doctrine ont regretté que le juge refuse de considérer les habitudes familiales qui ont été prises dans le temps³⁶⁹. Ainsi, dans l'affaire de la famille de Méneval³⁷⁰, le juge a refusé de qualifier de souvenirs de famille les lettres qui n'étaient ni écrites par le Baron de Méneval ni destinées à lui. Les lettres de Napoléon ou de son épouse Joséphine, qui étaient pourtant transmises dans la famille depuis 150 ans entraient donc dans l'actif successoral. Cependant, si la Cour de cassation avait accepté d'inclure les lettres non écrites par le secrétaire intime de Napoléon, cela aurait dénaturé le terme de souvenir de famille. Il est incontestable que ces lettres ont d'une part une grande valeur économique mais surtout historique pour l'ensemble de la société. Prendre en compte les habitudes familiales serait accepter un certain privilège issu du statut de secrétaire de l'empereur, qui se passe de génération en génération. Qualifier une chose de souvenir de famille permet une protection absolue de l'objet ce qui aurait été abusif en l'espèce puisque, si souvenir il y a, il serait national et non familial. Par ailleurs, il serait extrêmement délicat pour le juge de considérer les habitudes familiales : au bout de combien de successions une chose entre-t-elle dans le giron des souvenirs de famille ? Le seul fait d'être transmis depuis plusieurs générations permet-il à n'importe quel objet d'être qualifié de souvenir de famille ? En exigeant la présence d'un lien direct avec la famille, la jurisprudence a fermé la porte à un contentieux qui aurait pu être surabondant, chacun essayant d'expliquer que telle chose avait été transmise depuis trop longtemps pour qu'elle entre dans la dévolution successorale classique, mais surtout a permis de donner un cadre clair à la définition de ce qui peut être un souvenir de famille.

147. La différence entre souvenir et bien de famille. - Ce lien personnel nécessaire permet de différencier les souvenirs de famille des biens de famille. Un bien de famille est une chose qui se transmet de génération en génération. En droit coutumier, il était généralement transmis à l'aîné et ne pouvait être divisé. Cette tradition a aujourd'hui disparu mais certaines familles

³⁶⁸ En ce sens : Civ. 2^{ème}, 29 mars 1995, n° 93-18.769.

³⁶⁹ En ce sens : J.-F. Barbiéri, *op. cit.* Selon l'auteur : « *la famille doit rester maître du choix des symboles de son histoire* ».

³⁷⁰ Civ. 1^{ère}, 21 fév. 1978, *op. cit.*

continuent de se transmettre certains biens dans un esprit de tradition mais qui n'appartient qu'à elle et dans laquelle le droit ne compte pas intervenir³⁷¹ à l'inverse des souvenirs de famille.

2. La valeur affective des souvenirs de famille

148. L'importance de la valeur morale. - La jurisprudence a rappelé à plusieurs occasions un point crucial dans ce qui définit un souvenir de famille : peu importe la valeur vénale du bien, seule la valeur morale est importante. L'estimation de ces choses est incommensurable aux yeux des membres de la famille. Cet aspect explique notamment pourquoi les souvenirs de famille sont des choses hors commerce. C'est également pour cette raison que la valeur du bien ne rentre pas dans le calcul de la masse successorale. Enfin, il y aura *de facto* un préjudice moral si l'objet est détruit par un tiers³⁷². Cette dimension affective est donc un élément charnière dans le régime du principe que nous étudions. En effet, elle sera prise en compte non seulement pour désigner un souvenir de famille mais elle le sera également pour désigner qui accueillera le bien.

Ainsi, un arrêt illustre parfaitement le rôle premier de l'affection dans le régime juridique du principe des souvenirs de famille. La chambre des requêtes a en effet dans sa décision du 14 mars 1939 déclaré que les décorations du défunt reviendraient à la seconde épouse plutôt qu'à son enfant issu d'un premier mariage³⁷³. Il semble que cela était l'intention du défunt et, pour que ces objets restent malgré tout dans la famille, le juge précisa que les décorations reviendraient aux héritiers à la mort de la seconde épouse. Ainsi, l'attachement est pris en compte pour qualifier la chose de souvenir de famille mais également, pour choisir entre quelles mains ce souvenir sera remis.

149. L'influence de la valeur vénale sur la valeur morale. - En outre, il semble que plus la valeur nominale de la chose est importante, plus la valeur affective devra être grande. Lorsque le Comte et la comtesse d'Orléans ont voulu mettre en vente chez Sotheby's une grande partie du mobilier qui se trouvait dans leur demeure portugaise, leurs enfants ont souhaité s'y opposer arguant qu'il s'agissait de souvenirs de famille. La Cour de cassation a mis fin aux

³⁷¹ La loi du 12 juillet 1909 permettant la création de biens de famille insaisissables, a été abrogé par la loi du 13 décembre 2011 cette mesure étant considérée comme obsolète.

³⁷² Cass. Req., 10 avr. 1922 : *Gaz. Pal.*, 1922.2.66 ; Cass. Civ., 13 fév. 1923 : *D.* 1923.1.52 ; *Gaz. Pal.*, 1923.1.489 ; Aubry et Rau, VI, 5^e éd., p. 346 ; Larombière, art. 1382, n° 36 ; Demolombe, XXXI, n° 672 ; A. Colin et Capitant, p. 373 ; Planiol, II, n° 868 bis ; Demogue, IV, n° 407 ; Dorville, « L'intérêt moral dans les obligations », p. 67 ; Chausse, « De l'intérêt d'affection », *Revue critique*, 1895, p. 437.

³⁷³ Req., 14 mars 1939 : *D.* 1940, 1, 9, note Savatier.

tergiversations judiciaires le 12 novembre 1998 en affirmant que « *le caractère historique des biens litigieux, ou seule perpétuation de leur possession par la famille d'Orléans, que l'apposition des armes de la famille sur ces objets, ne suffisaient à établir que chacun de ces meubles ait revêtu pour celle-ci une valeur morale telle qu'ils pourraient être qualifiés de souvenirs de famille* »³⁷⁴. La Haute juridiction rappelle donc une nouvelle fois la nécessité d'un lien direct avec la famille. Seulement la doctrine, en constatant la valeur exorbitante de ces biens (25 millions de Francs de l'époque), en a déduit que la valeur affective attachée à ces biens devait être d'autant plus grande que la valeur vénale était importante³⁷⁵. Si tout objet, même d'une grande valeur, peut être qualifié de souvenir de famille, il semble que lorsque le prix de la chose est important, le juge sera plus exigeant sur la réalité de l'affection qui est portée à celle-ci par les membres de la famille. Il est vrai que ces biens mobiliers étaient d'une valeur pécuniaire colossale et constituaient une grande partie du patrimoine global des propriétaires. Nul doute alors que cet aspect financier ait influencé le positionnement du juge. En l'espèce, en effet, il était difficile d'ignorer le lien direct de ces objets avec la Maison de France. Seules les considérations matérielles pouvaient expliquer le positionnement de la Cour de cassation.

B) La nature des souvenirs de famille

150. Annonce de plan. - Une fois qualifiés de souvenirs de famille, les objets sortent de la dévolution successorale légale. De nombreux auteurs ont alors tenté d'expliquer la nature des souvenirs de famille via une qualification juridique existante. Tous ces essais n'ayant donné satisfaction (1), il convient d'admettre que le régime induit par le principe des souvenirs de famille est *sui generis* (2).

1. Une controverse doctrinale

151. Annonce de plan. - Plusieurs propositions doctrinales ont été faites pour expliquer le régime juridique du principe des souvenirs de famille. Trois d'entre elles ont su convaincre une

³⁷⁴ Civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, n° 96-20.236.

³⁷⁵ En ce sens : M. Grimaldi, « Saisie-revendication des souvenirs de famille : opposition des titulaires d'un droit à la conservation à l'aliénation de ces biens », *D.* 1995. 330 ; F. Momamy, « Les souvenirs de famille, des biens au service de la mémoire », *vmf*, n° 229, sept. 2009, spéc. p. 85-86 ; J. Robichez, « Les critères de qualification de la notion de souvenir de famille », *D.* 1999. 624.

partie de la doctrine : La personnalisation morale de la famille (a), l'attachement des souvenirs de famille aux droits de la personnalité (b) et l'établissement d'une indivision forcée (c).

a. Le principe des souvenirs de famille considéré comme une copropriété familiale

152. La famille considérée comme personne morale. - L'attachement de la notion de propriété aux souvenirs de famille est né au sein de la jurisprudence du XIXe siècle. La Cour d'appel de Riom a en effet parlé de propriété dans sa décision du 9 janvier 1885 : « *L'usage s'est perpétué, même en l'absence de tout texte, de soustraire aux règles ordinaires de transmission des biens certains objets qui, en raison de leur nature et des souvenirs qui s'y attachent, sont la propriété de la famille et dont la conservation importe à l'honneur et à la dignité de cette famille* »³⁷⁶. Cette considération selon laquelle les souvenirs de famille sont la propriété de la famille a fait florès au sein de la doctrine. Or, pour que les souvenirs de famille soient une propriété familiale il faut nécessairement que la famille soit reconnue comme une personnalité juridique. L'existence de la famille comme personnalité morale a été l'objet d'un débat doctrinal à la suite de l'article du Professeur René Demogue sur ce principe. Celui-ci voit en effet dans la loi de 1901 sur la liberté d'association un modèle inspirant pour qualifier juridiquement les souvenirs de famille : « *Ainsi dans notre régime moderne peut se reconstituer une propriété collective de famille analogue pour les objets de valeur morale à ce qu'est la société à responsabilité limitée pour l'usine, le fonds de commerce familial, étrange réapparition sous un vêtement juridique nouveau de choses très anciennes, mais phénomène qui n'étonnera nullement l'historien du droit* »³⁷⁷. Cependant, le Professeur Demogue ne considérait pas que la famille ait automatiquement la personnalité juridique, à l'inverse de quelques auteurs qui ont adhéré quelques années plus tard à la théorie selon laquelle la personnalisation juridique de la famille était naturelle.

Ainsi, René Savatier ou Jean Carbonnier ont défendu ce dernier point de vue³⁷⁸. Cette personnalisation de la famille était alors un moyen de la protéger notamment face à un individualisme grandissant. René Savatier faisait en effet le constat que le groupe familial était préexistant au droit, il revient alors à la sphère juridique de le reconnaître. Jean Carbonnier

³⁷⁶ Riom, 9 janv. 1885 : *Gaz. Pal.* 1885, 1, 137.

³⁷⁷ R. Demogue, « Les souvenirs de famille et leur condition juridique », *Rev. trim. dr. civ.* 1928, 27. Dans le même sens : M. Reynaud-Chanon, « Les souvenirs de famille, une étape vers la reconnaissance de la personnalité morale de la famille », *D.*, 1987, 264.

³⁷⁸ V. R. Savatier, « Une personne morale méconnue : la famille en tant que sujet de droit », *DH* 1939, 49.

quant à lui défendait l'idée selon laquelle il existe une société conjugale³⁷⁹. Ce n'est plus la famille au sens large qui peut donner naissance à une personne morale mais seulement le couple qui se marie. Le principe de protection des souvenirs de famille a une vision large de la famille se rapprochant alors plutôt de la vision de René Savatier. Dans tous les cas, ces thèses participaient à la théorie de la réalité de la personne morale : le droit a pour rôle de constater et d'organiser en tenant compte de ce qui existe réellement au sein de la société.

153. L'impossible personnalisation de la famille. - Seulement l'existence d'un groupe ne peut, à lui seul, permettre la création d'une personne morale ou cela deviendrait juridiquement incontrôlable. Si la personnalité juridique repose sur une volonté commune³⁸⁰, il ne peut être admis que la famille repose sur une détermination purement intellectuelle. L'appartenance familiale dépasse la simple volonté de l'Homme. Si la personnalité juridique repose sur l'aptitude à jouir de droits et devoirs³⁸¹, il est difficile de déterminer quelles sont ces choses dont la famille pourrait jouir. Il ne semble pas exister de droits extrapatrimoniaux collectifs attachés à la famille mais en ce qui concerne les droits patrimoniaux, les souvenirs de famille pourraient être cet objet de jouissance juridique. Seulement, les souvenirs de famille sont indisponibles et lorsque l'attachement s'efface, le souvenir devient non pas la propriété de la famille mais la propriété du dépositaire. Pour autant, la famille continue d'exister. De ce fait, reconnaître la personnalité juridique à la famille reviendrait à imposer une existence juridique non voulue ce qui entraînerait une soumission supplémentaire de la famille au politique. Enfin, il faudrait définir les limites de cette personnalité : famille nucléaire ou famille au sens large. Il faudrait également déterminer un intérêt commun pour que la personne juridique soit suffisamment unitaire. Ce pourrait être la préservation du bonheur de ses membres ? La simple préservation d'un esprit familial ? Cela n'est semble-t-il pas suffisant surtout dans notre société où chaque individu a sa propre conception familiale.

Aujourd'hui, la doctrine semble majoritairement réfuter l'existence d'une personnalisation juridique de la famille. Nous pouvons aisément comprendre l'engouement qu'il y a eu durant la moitié du XXe siècle pour cette théorie étant donné l'état des mœurs et du droit à cette époque : existence d'un chef de famille, uniformisation du modèle familial à travers la famille légitime... Aujourd'hui, la famille peut être plurielle et sa personnalisation serait un carcan

³⁷⁹ C'est notamment le point de vue défendu dans sa thèse : *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, éd. Y. Cadoret, Bordeaux, 1932.

³⁸⁰ En ce sens : M. Hauriou, « De la personnalité comme élément de la réalité sociale », *Revue générale de droit*, 1898, pp. 5-119, spéc. p. 19.

³⁸¹ En ce sens : I. Bekker, *Zur Lehre vom Rechtssubjekt*, *Jahrbuch für Dogmatik*, t. XII, p. 1.

contraire à nos considérations juridiques actuelles. Par exemple, « *depuis de nombreuses années, la juridiction européenne refuse de limiter sa définition de la famille à la société issue du mariage. Plus que le caractère juridique de la famille, la Cour s'attache à la réalité sociale du lien* »³⁸². La théorie de la réalité ne peut se confondre avec la réalité sociale tant la famille a désormais différentes manières de s'organiser dans notre société. Comme nous allons maintenant le voir, la famille est parfois considérée comme un élément de la personnalité individuelle plus que comme une entité personnalisée.

b. Le principe des souvenirs de famille considéré comme un élément des droits de la personnalité

154. Une attache individuelle au souvenir. - Les droits de la personnalité sont l' « *ensemble des attributs que la loi reconnaît à tout être humain placés en dehors du commerce et dotés d'une opposabilité absolue* »³⁸³. Le Professeur Perreau travailla énormément autour de ce concept. Selon lui, les souvenirs de famille étaient un élément des droits de la personnalité. Il affirma alors que : « *Il est des matières où le juge n'a statué qu'à coups d'extensions par analogie lointaine ; telle est celle des droits de la personnalité. (...) La transmission successorale des papiers et portraits de famille s'opérera comme celle des biens proprement dits* »³⁸⁴. En effet, selon cet auteur, les individus avaient des droits en tant que membres de la famille, en plus des droits en tant qu'individus et en tant que membres de la société³⁸⁵. Il justifiait cette attache des souvenirs de famille aux droits de la personnalité du fait de la valeur morale de ces objets. En effet, le régime dérogatoire se justifiait par l'affection que chacun des membres portait à ces biens matériels. De même la conservation des souvenirs de famille permet de perpétuer la mémoire des ancêtres qui font partie de notre histoire personnelle³⁸⁶. Cette interprétation a été suivie par une partie de la doctrine notamment par le Professeur Lindon qui estime que la détention de certains objets perpétuant le souvenir du *de cuius* entre dans le giron des droits de la personnalité³⁸⁷.

³⁸² D. Youf, *Penser les droits de l'enfant*, Puf, 2002, spéc. p. 61.

³⁸³ Lexique des termes juridiques, Dalloz, 28^e éd.

³⁸⁴ M. E.-H. Perreau, « Technique de la jurisprudence pour la transformation du droit privé », *Rev. trim. de dr. civil* 1912, spéc. p. 625 et 626.

³⁸⁵ M. E.-H. Perreau, « Les droits de la personnalité », *Revue de dt. civil*, 1909, spéc. p. 510.

³⁸⁶ Pour l'importance du caractère mémoriel des souvenirs de famille : C. Randoulet-Philippot, *Le créancier dans la procédure de saisie du logement*, th. ss. dir. P. Oudot, 2017.

³⁸⁷ R. Lindon, *Dictionnaire juridique sur les droits de la personnalité*, Dalloz, 1983, p. 225.

155. L'impossible qualification des souvenirs de famille en droit de la personnalité. –

S'il peut être affirmé que par nature les souvenirs de famille sont hors de commerce il n'en reste pas moins surprenant de faire entrer un bien matériel au sein des droits individuels. Par ailleurs, si les souvenirs de famille étaient un élément des droits de la personnalité, peut-on imaginer interdire à un fils unique, dernier porteur du nom, l'aliénation de choses incontestablement symboles de la mémoire familiale. Ce que nous entendons par là, c'est que le régime du principe des souvenirs de famille ne s'applique par définition que par l'existence d'un groupe familial et qu'il n'existe pas, par ailleurs, d'opposabilité absolue. Si les souvenirs de famille peuvent être donnés à un musée³⁸⁸ ou à une ville³⁸⁹ ou même à une congrégation religieuse³⁹⁰, il est inimaginable que des droits, tel que celui du droit à l'honneur ou à l'image, soient cédés de la même manière.

La personnalisation, que ce soit de la famille ou à travers l'attachement des souvenirs de famille aux droits individuels, n'est donc pas une qualification juridique satisfaisante. Le recours à la personnification est moins courant aujourd'hui au sein de la doctrine qui tente de trouver d'autres solutions juridiques³⁹¹. Comme le dit le Professeur Dekeuwer-Défossez, « *la tentation de la personnification à outrance n'est-elle pas une manifestation d'une pensée nominaliste attentive aux symboles plus qu'aux mesures concrètes ?* »³⁹² Le recours à la personnalisation, que ce soit en donnant la personnalité morale à la famille ou en voulant étendre le champ des éléments relatifs aux droits de la personnalité, n'est pas pertinent en ce qui concerne les souvenirs de famille.

c. Le principe des souvenirs de famille considéré comme un bien indivis

156. La définition de l'indivision forcée. -

L'indivision est un mécanisme juridique permettant le partage de la propriété d'une chose. Le fait de parler d'indivision permet de marquer l'esprit d'appartenance collective des souvenirs de famille sans devoir personnaliser la famille ni attacher ce type d'objet aux droits individuels. Or, le Code civil dispose d'un chapitre relatif au régime légal de l'indivision qui décrit précisément le fonctionnement de ce

³⁸⁸ V. en ce sens : T. de la Seine, 24 mai 1927.

³⁸⁹ Civ. 1^{ère}, 5 avr. 2012, n°11-12-931.

³⁹⁰ Cour de Bordeaux, 29 mars 1887, *D.* 1888, 2, 261.

³⁹¹ V. en ce sens : A. Gaillard, « Sacraliser la nature plutôt que la personnifier (ou les mirages de la personnification) », *D.* 2018. 2422 ; A.-M. Sohm-Bourgeois « La personnification de l'animal : une tentation à repousser », *D.* 1990. 33 ; Q. Barnabé, « « La personnification de la nature, une notion peu utile à la protection de l'environnement en droit français », *R.F.D.A.*, août 2009, ét. 9 ; G. Loiseau, « La personnalité juridique des robots : une monstruosité juridique », *JCP G.*, n° 9, 2 mars 2020, doctr. 248.

³⁹² Propos recueillis par H. Béranger, « Trois questions à Françoise Dekeuwer-Défossez », *JCP G.*, n° 22, 2017.627.

mécanisme juridique. Ainsi, l'article 815 du Code civil dispose que « *nul ne peut être constraint à demeurer dans l'indivision* ». En parlant d'indivision forcée la doctrine marque le fait que cet article ne s'applique pas aux souvenirs de famille. La jurisprudence a en effet, dit clairement que cet article ne s'applique pas « *aux éléments ayant une valeur essentiellement morale tels que les souvenirs de famille* »³⁹³. L'un des héritiers ne peut de ce fait exiger la vente d'un souvenir de famille ou même imaginer vendre sa part aux autres membres de la famille.

157. Un parallèle avec l'indivision inadéquat. - Cependant, l'étude des autres dispositions du Code civil relatives à l'indivision, permet de constater que ce régime a été réfléchi avant tout pour des biens immobiliers et s'accorde donc mal aux souvenirs de famille. En effet, l'objet de ce régime est de répartir les fruits de la chose indivise et de répartir les charges financières dues à son entretien. Les souvenirs de famille étant avant tout des biens meubles, aucun fruit n'en est en général retiré, et ces choses ayant une forte valeur morale, leur entretien, qui ne demande en général aucune dépense, ne pose a priori aucune difficulté. Certains articles concernant l'indivision sont inapplicables aux souvenirs de famille. Il est impossible par exemple de privatiser un souvenir de famille³⁹⁴ ; même pour le dépositaire, dont les droits sont « *exclusifs de toute appropriation individuelle* »³⁹⁵. De même, parler de quote-part est un non-sens en ce qui concerne des choses à forte valeur morale puisque, si une répartition *des* souvenirs est possible entre les membres de la famille³⁹⁶, aucune division inégalitaire *d'un* souvenir n'est possible³⁹⁷. Le principe des souvenirs de famille n'est en aucun cas un *partage* de propriété. L'article 815-3 du Code civil qui permet aux deux-tiers des indivisaires de faire certains actes est donc inapplicable aux souvenirs de famille. La même critique peut être faite à l'instar de ceux qui parlent de copropriété familiale³⁹⁸. De même, et encore une fois, il est impossible qu'un indivisaire puisse céder la chose indivise à un musée ou à un organisme de conservation sans que les copropriétaires ne participent à cette prise de décision. L'objectif du principe des souvenirs de famille est de préserver la mémoire familiale, or, la jurisprudence a toujours considéré que ce type de donation permettait de faire rayonner l'histoire de la famille et de la conserver sans que l'accès à la chose aux membres de la famille ne soit empêchée. C'est alors au dépositaire des souvenirs de faire ce choix sans que des autres membres de la famille ne

³⁹³ Montpellier, 10 sept. 2002 : *JurisData* n° 2002-199856 ; *Dr. fam.* n° 4, avr. 2003, comm. 53, note B. Beignier.

³⁹⁴ Art. 815-9 du Code civil.

³⁹⁵ Cass. req. 30 juin 1942, *op. cit.*

³⁹⁶ Pour une division des souvenirs de famille en plusieurs lots : Agen, 13 janv. 2009, 08/00810.

³⁹⁷ L'art. 815-14 du Code civil est donc inapplicable aux souvenirs de famille.

³⁹⁸ V. en ce sens : M. Grimaldi, *Droit des Successions*, L.G.D.J., 2020, spéc. n° 264.

puissent s'y opposer. Si vraiment seule la valeur morale de l'objet compte alors pourquoi s'opposer à ce qu'un musée ou des archives conservent gratuitement ce bien si cher ?

Pour les autres articles, sans pouvoir dire qu'ils sont inapplicables, ils sont pour certains hors de propos³⁹⁹ : l'article 815-10 du Code civil par exemple qui dispose que ce qui remplace la chose indivise est de plein droit indivis. Un souvenir de famille a un caractère singulier du fait de l'attachement dont il est l'objet qui ne saurait être remplacé.

158. L'impasse d'une qualification des souvenirs de famille par un type de contrat déjà existant. - Le régime de l'indivision est donc un régime bien inadéquat en ce qui concerne le principe que nous étudions. Certes, les souvenirs de famille appartiennent en quelque sorte à l'ensemble des membres d'une famille : chacun doit pouvoir y avoir accès, et, ces objets concourent à l'union familiale puisqu'ils sont la représentation d'une mémoire commune. Seulement, parler d'indivision en l'espèce, serait inapproprié et pourrait contrarier le rôle du juge qui est de faire primer la conservation de ces symboles mémoriels sur les intérêts des membres de la famille pris dans leur individualité. D'autres tentatives de qualification plus marginales ont été faites, faisant le parallèle avec le dépôt ou une substitution, mais il semble que le régime des souvenirs de famille n'entre dans aucune catégorie juridique et revêt par conséquent un caractère *sui generis*.

2. Le caractère *sui generis* des souvenirs de famille

159. L'origine coutumière du principe. - Nous l'avons vu, les souvenirs de famille n'entrent dans aucune catégorie juridique préexistante. Ce caractère si particulier a conduit le juge à créer un principe afin d'adapter son jugement à cette singularité. Pour ce faire, il dessina un régime juridique particulier avant de viser le principe en 1978⁴⁰⁰. En créant un principe, le juge a marqué le caractère particulier et inclassable des souvenirs de famille. Ces meubles, du fait de la force de leur valeur symbolique et morale ne pouvaient être traités comme l'ensemble des meubles composant la masse successorale. Les souvenirs de famille sont donc attachés à un esprit différent de celui qui sous-tend le Code civil. En effet, ce principe est issu de l'esprit coutumier de notre droit dans lequel la liberté de transmettre ses biens était restreinte puisque la famille devait dominer sur l'individu. Le professeur Morvan le rappelle lorsqu'il mentionne

³⁹⁹ Pour des articles relatifs à l'indivision qui ne sauraient concerner un souvenir de famille : articles 815-5, 815-11, 815-12, 815-13 du Code civil.

⁴⁰⁰ Civ. 1^{re}, 21 fév. 1978, *op. cit.*

le principe des souvenirs de famille au sein de sa thèse : il est vain de vouloir appliquer des cadres d'institutions romanistes à un principe d'origine coutumière⁴⁰¹. De même, le principe des souvenirs de famille a un esprit bien souvent agnatique contrairement à notre droit écrit, le but étant de conserver le bien dans la famille pour que ce souvenir se transmette⁴⁰². Il est certain qu'un lien indéfectible relie le souvenir à un nom. C'est donc la préservation de la mémoire familiale qui prime contre toute autre considération.

160. Un principe à l'encontre de l'esprit du Code civil. - Du fait de cette vision particulière posée sur ces biens chargés d'histoire, la succession des souvenirs de famille ne pouvait se faire selon les dispositions du Code civil où la valeur morale d'une chose est rarement prise en considération. « *C'est en quelque sorte une jurisprudence de résistance, avant l'heure, contre l'individualisme décomplexé du droit moderne des successions* »⁴⁰³. En visant un principe *contra legem*, la jurisprudence a donné une place aux souvenirs de famille sans avoir eu à « contorsionner » la loi pour qu'elle colle à cet « *ovni juridique* ». Or, le fait d'avoir construit au fil de nombreux arrêts des règles précisant le fonctionnement de la dévolution des souvenirs de famille et de leur dépôt a permis la naissance d'un principe fort avec un fonctionnement clair. Il est alors vain de vouloir créer une catégorie juridique tirée d'un dispositif juridique existant ni même d'en créer un spécialement pour ce type de choses⁴⁰⁴.

§2. Les effets de la qualification de souvenirs de famille

161. Annonce de plan. - Le régime juridique du principe des souvenirs de famille a pour dessein de permettre à une famille d'accéder aux souvenirs qui leur sont chers. Il faut donc qu'ils soient conservés et rendus disponibles pour que la mémoire familiale soit respectée. Dans l'élaboration du régime attaché aux souvenirs de famille, le juge s'est appliqué à protéger ces biens des membres de la famille (A) ainsi que des tiers (B).

⁴⁰¹ P. Morvan, *Le principe de droit privé*, op. cit., spéc. p. 505, note 952.

⁴⁰² Les nouvelles règles de dévolution du nom permettront peut-être de faire évoluer ce constat.

⁴⁰³ J. Leprovaux, « Les souvenirs de famille », in *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, ss. dir. A. Batteur, LGDJ, 2016, pp. 574-579, spéc. p. 579.

⁴⁰⁴ Ainsi, le professeur Barbiéri plaide pour la création d'une « *fondation privée à affection familiale* ». op. cit..

A) La protection des souvenirs de famille vis-à-vis de ses membres

162. Un mécanisme successoral protecteur. - En ce qui concerne les souvenirs de famille, « *l'intérêt patrimonial instantané de chaque membre de la famille doit céder devant l'intérêt extrapatrimonial collectif* »⁴⁰⁵. Nous sommes donc dans un cas de succession anomale. Non seulement le classement par ordres et degrés ne joue pas mais les mécanismes tel que la renonciation ne peuvent pas concerner ces objets mémoriels. Le régime juridique particulier du principe des souvenirs de famille va ainsi permettre de protéger ces objets au sein même de la famille. En effet, il arrive que certains de ses membres se désintéressent de ces souvenirs. En sortant, malgré tout, ces choses de la masse successorale, le juge permet de soustraire ces objets de toutes contingences financières ou de calculs dans la répartition des lots successoraux. L'héritier, respectueux des souvenirs de famille, ne saurait porter la charge financière des objets qui fondent le lien entre la famille et son histoire et qui donc sont un bienfait pour l'ensemble des membres de la famille.

163. Le choix d'un dépositaire diligent. - La protection des souvenirs de famille à l'égard des membres de la famille passe également par le choix du dépositaire. En l'absence de dispositions testamentaires ou d'accords amiables, il revient au juge de désigner celui qui aura en charge de conserver ces biens⁴⁰⁶. Ainsi, la personne dépositaire de ces objets est considérée comme étant la plus à même de conserver ces souvenirs et d'en honorer la mémoire. Par ailleurs, la jurisprudence semble considérer que le dépositaire puisse être en mesure de désigner qui prendra sa suite dans la conservation des souvenirs de famille⁴⁰⁷. Il est certain que le fait d'avoir recueilli ces souvenirs permet à celui-ci de savoir qui, au sein de la famille, porte le plus d'intérêt à ces objets. Il ne s'agira en aucun cas d'un legs, puisqu'il n'y a aucune notion de transfert de propriété, c'est bien le rôle conservatoire qui sera alloué.

En revanche, en cas de désaccord ou en cas de silence du dépositaire, il revient au juge de désigner le membre de la famille le plus qualifié. C'est souverainement que le juge désignera le dépositaire selon l'affection que la personne porte aux biens concernés, la capacité à les conserver ou encore la proximité avec le défunt propriétaire. Le fait de s'être éloigné du commandement de la loi a permis au juge de dégager des solutions différentes en fonction de la situation familiale. Le Baron de Bassompierre, par exemple, laissa trois filles après sa mort.

⁴⁰⁵ J.-F. Barbiéri, *Ibid.*

⁴⁰⁶ Civ. 1^{ère}, 21 fév. 1978, *op. cit.*

⁴⁰⁷ Versailles, 15 oct. 1992 : *D.* 1993. 222, note M. Grimaldi ; Paris 6 mars 1990 : *JCP* 1990. II. 21572.

Le juge décida qu'il fallait que la dernière fille fût majeure pour décider du sort des papiers du défunt et les confia à un notaire en attendant⁴⁰⁸. De même, la cour de Dijon confia une croix d'honneur à un parent qui ne portait pourtant pas le même nom que le *de cuius*⁴⁰⁹. Dans beaucoup de cas, cependant, les souvenirs de famille sont confiés à ce que l'ancien droit appelait chef de famille c'est-à-dire au premier né masculin⁴¹⁰ ou le plus proche parent portant le nom de famille et ayant un intérêt certain pour les choses concernées. L'objectif était de ne pas disperser les souvenirs et de les sauvegarder dans la famille.

164. Un régime protecteur du souvenir de famille vis-à-vis du dépositaire - Enfin, les souvenirs de famille ne sont en aucun cas la propriété du dépositaire ce qui empêche toute disposition du bien et le rend responsable vis-à-vis des autres membres de la famille. Toute appropriation est exclue que ce soit par usucaption ou via l'article 2276 du Code civil. Ce dernier dispose « *qu'en fait de meubles, la possession vaut titre* » mais ne s'applique qu'en cas de bonne foi. Or, l'exigence d'un lien direct avec la famille permet aux autres membres de la famille de prouver aisément la qualification de souvenir de famille et donc la mauvaise foi du détenteur. L'indisponibilité juridique des souvenirs de famille les protège donc d'un héritier qui serait désintéressé de ce patrimoine familial, qu'il en soit détenteur ou non, mais également des tiers⁴¹¹.

B) La protection des souvenirs de famille vis-à-vis des tiers.

165. L'indisponibilité des souvenirs de famille. - Le dépositaire des souvenirs de famille ne peut en disposer sans l'accord des autres membres de la famille. La doctrine s'est cependant penchée sur la question de l'étendue de cette indisponibilité notamment sur l'insaisissabilité par les créanciers de ces objets. Pour le professeur Barbiéri, il ne fait aucun doute que l'indisponibilité de ces biens n'est pas opposable aux tiers. L'indisponibilité serait donc personnelle et non réelle⁴¹². En effet, certains souvenirs de famille ont une valeur vénale non négligeable et l'affection n'étant que personnelle aux membres de la famille, l'intérêt de cette

⁴⁰⁸ Paris, 1^{re} ch., 19 mars 1864, S. 64.2.170 : *D. 64.2.58.*

⁴⁰⁹ Dijon, 1^{re} ch., 2 fév. 1865, S. 67.2.239.

⁴¹⁰ Cass. req., 30 juin 1942, *op. cit.* ; Civ. 1^{re}, 29 nov. 1994 : *Bull. civ. I*, n° 354 ; *RTD civ. 1995*, 663, obs. J. Patarin.

⁴¹¹ Sur ce sujet, v. : Paris, 2 juill. 1993, *JCP 1994*, II. 22191, note Hovasse-Banget : concernant les souvenirs de famille, ils sont « *indisponibles entre les mains de ceux qui les ont reçus, si ce n'est au profit de membres de la famille considérée ou d'institutions spécialisées* ». Pour aller plus loin, v. : J. Patarin, « Règles dérogatoires applicables aux souvenirs de famille : opposition à un acte de disposition de l'héritier détenteur, retour aux règles dérogatoires après application du droit commun », *RTD civ. 1995*, 663.

⁴¹² J.-F. Barbiéri, *op. cit.* ; dans le même sens : R. Lindon, note ss. Paris, 7 déc. 1987 : *D. 1988.182* ; *Dictionnaire juridique des droits de la personnalité*, *op. cit.*, v^o Souvenirs de famille.

protection n'est qu'en faveur de la famille. Imposer une indisponibilité pour un objet dont la symbolique n'a de sens que pour certaines personnes serait « anormal ». Les souvenirs de famille seraient donc soumis au même régime juridique que les objets frappés d'une clause d'inaliénabilité.

Seulement, l'arrêt de 1995 a coupé court à toutes ces considérations doctrinales en venant préciser que les souvenirs de familles peuvent faire l'objet d'une procédure de saisie-revendication⁴¹³. Pour rappel, les époux d'Orléans souhaitaient vendre un bien immobilier ainsi que le mobilier qui étaient présents. Leurs enfants, ont fait une demande de saisie-revendication afin de bloquer la vente le temps de déterminer si ces meubles pouvaient être qualifiés de souvenirs de famille⁴¹⁴. En l'espèce, elle a fait droit à la demande de saisie revendication. Ainsi, elle tranche en faveur d'une indisponibilité réelle et non personnelle, autrement dit les souvenirs de famille sont insaisissables. Ces biens échappent bien au gage des créanciers ce qui leur confère une protection très efficace vis-à-vis des tiers. La seule exception faite est celle de la donation à un lieu culturel le but étant pour la jurisprudence de conserver la mémoire de la famille en veillant à ce que ces choses soient parfaitement conservées et facilement consultables pour la famille.

166. La remise en cause de la protection nécessaire des souvenirs de famille ? - Certains auteurs estiment que cette insaisissabilité n'a plus de sens dans notre société d'aujourd'hui et que l'intérêt pour nos histoires familiales se dissout dans l'individualisme prépotent⁴¹⁵. Seulement, notre société aurait tort de se priver de la richesse historique que permet la mémoire familiale. L'unité de la famille est permise par le partage de souvenirs communs notamment matériels. Ainsi, en consacrant l'indisponibilité réelle des souvenirs de famille, la jurisprudence a tranché en faveur de la préservation de l'unité familiale ce qui ne peut être qu'approuvée. L'obsolescence des souvenirs de famille n'est que la preuve matérielle de la disparition progressive de l'esprit de famille. Certains, à l'instar du Professeur Zenati, entrevoient la mort naturelle de ce principe : « *Les souvenirs de famille sont des biens de mainmorte rares (souvent privilège des grandes familles) et en voie de disparition. Lorsque la famille comme groupe ne sera plus (ce qui ne saurait tarder), ils ne seront plus qu'un souvenir. Point n'est besoin, pour sauvegarder la libre circulation des biens, de les pourchasser* »⁴¹⁶. Gageons, cependant, que la famille comme groupe social saura trouver sa place au sein de notre société qui évolue. Par

⁴¹³ Civ 2^{ème}, 29 mars 1995, *op. cit.*

⁴¹⁴ V. *supra*, n° 149.

⁴¹⁵ C. Randoulet-Philippot, *Le créancier dans la procédure de saisie du logement*, th. ss. dir. P. Oudot, 2017, spéc. p. 65.

⁴¹⁶ F. Zenati, « Choses hors commerce », *RTD Civ.* 1996. 420.

ailleurs, n'oublions pas que « *la famille est à la fois un phénomène social et une institution juridique* »⁴¹⁷, plus que jamais le rôle du juge est de permettre aux souvenirs de famille d'être des témoins d'un passé qui résonne dans nos existences et ainsi renforcer les liens familiaux.

⁴¹⁷ G. Cornu, *Droit civil – La famille*, op. cit., spéc. p. 7.

Section 2. Les principes attachés au nom de famille

167. Définition et rôle du nom de famille. - Le nom de famille est un droit, régi par des principes. Il est un droit puisqu'il individualise en tant que personne⁴¹⁸. Le nom a deux facettes, la première est de rattacher l'individu à une famille, sa fonction est donc sociale. Quand le prénom désigne l'individu au sein de sa famille, le nom le place au sein de la société. C'est une attache qui définit la place de l'individu, ses liens familiaux et son identité publique. La société, dans ses rapports sociaux, a besoin de pouvoir individualiser les personnes. En ce sens, le nom de famille est un marqueur social incontournable. La seconde facette participe à la construction de l'individu, « *sans nom, nous ne tenons pas droit* »⁴¹⁹. Pour dépersonnaliser les individus et les réduire à néant, les déportés des camps de concentration sous la seconde guerre mondiale étaient dépourvus de nom. En ce sens, le nom est un attribut de la personne.

168. Histoire du droit au nom. - Le système de dévolution du nom tel que nous le connaissons aujourd'hui est né au Xe siècle lorsque l'unicité du nom se voyait concurrencée par l'ajout de certains surnoms, généralement dérivés d'un fief⁴²⁰. Le nom de famille n'existe pas en tant que tel en droit romain, cet attribut personnel est le fruit de multiples influences, germaniques, chrétiennes et romaines. C'est donc une construction coutumière qui explique pourquoi la qualification du nom, selon les concepts civilistes, est chimérique. Encore une fois, il s'agit d'un concept dont la qualification juridique suscite de nombreuses controverses. Le recours aux principes juridiques a été une nouvelle fois un moyen efficace pour régir le droit au nom.

Le mérite revient donc à la jurisprudence qui a permis la construction du régime juridique du nom de famille notamment par la proclamation des principes qui y sont attachés. En effet, la jurisprudence parle de principes au pluriel ou ne mentionne que certains d'entre eux. Dans cette section, il y aura donc plusieurs principes qui sont attachés au droit au nom. Ces principes ont été visés pour la première fois par un arrêt de la Cour de cassation du 5 mai 1987⁴²¹. En l'espèce, le requérant soutenait que les mots « de la Rode » avaient été omis sur son acte de naissance. Selon lui, jusqu'à son trisaïeul, cette partie du patronyme était portée par sa branche

⁴¹⁸ Il est donc impossible d'interdire une personne de faire usage de son nom : Civ. 30 janv. 1878, *DP* 1878. 1. 231. ; Req. 24 juin 1908, *DP* 1908. 1. 551.

⁴¹⁹ G. Pommier, *Le nom propre – Historique, fonctions linguistiques et psychiques*, PUF, coll. Philosophie d'aujourd'hui, 2013, p. 252.

⁴²⁰ En ce sens V : H. Salveton, *Le nom, en droit romain et en droit français*, éd. Impr. Nouvelle, 1887, spéc. p. 213 et s.

⁴²¹ Civ. 1^{re}, 5 mai 1987, 84-16.126, *Bull. civ.* I, n° 141, p. 111 : « Vu les principes qui régissent la transmission du nom ».

familiale. La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel qui avait fait droit à cette demande car la preuve de la filiation de son trisaïeul avec Pierre Sclafer de la Rode de Villemontes n'avait pas été apportée.

169. Annonce du plan. - A la lumière de ce que nous venons de dire, il semble important de définir dans un premier paragraphe le contenu des principes relatifs au nom de famille (§1). Par la suite, il conviendra de qualifier juridiquement le nom de famille (§2).

§1 Le contenu des principes relatifs au nom de famille

170. Un contenu indéfini. - Communément, trois grands principes sont cités lorsqu'est mentionné le nom de famille : ce dernier est indisponible, imprescriptible et immuable. Cependant, il n'est pas possible d'affirmer que la Cour de cassation limite les principes attachés au nom à ces trois normes. Ainsi, l'unité du nom de famille de la fratrie pourrait aussi être mentionnée. Ce dernier principe est apparu relativement tard, puisque ce n'est qu'en 2002 que le nom de l'enfant n'est plus de plein droit celui du père lorsque celui-ci est reconnu⁴²². Cependant, seule la jurisprudence administrative mentionne le « *principe d'unité onomastique d'une même fratrie* »⁴²³. La jurisprudence judiciaire se contentant de faire appel au troisième alinéa de l'article 311-21 du Code civil qui dispose que « *lorsqu'il a déjà été fait application du présent article, du deuxième alinéa de l'article 311-23 ou de l'article 357 à l'égard d'un enfant commun, le nom précédemment dévolu ou choisi vaut pour les autres enfants communs* ». Seulement, il n'est pas impossible que le juge civil étant face à un cas particulier se détache de la loi pour invoquer un principe d'unité du nom de famille de la fratrie de manière indépendante.

171. Annonce du plan. - Nous verrons donc les trois principes régulièrement invoqués dans la jurisprudence civile à savoir : l'indisponibilité (A), l'impresscriptibilité (B) et l'immutabilité du nom de famille (C). Ces principes souffrent de nombreuses exceptions au point de se demander s'il ne serait pas plus opportun de parler plutôt, à l'instar des souvenirs de famille,

⁴²² V. en ce sens : A. Louis-Pécha, « Les incidences de la réforme de la filiation sur le nom de famille », *Recherches familiales* 2010/1, spéc. p. 45 à 58.

⁴²³ CE, 8 juill. 2009, n° 317403 ; CAA Paris, 18 avr. 2008, n° 07PA01659 ; CAA Paris 14 octobre 2010, n° 09PA01754.

d'un seul et unique principe attaché au nom de famille. Ce dernier aurait un régime propre contenant en lui-même des hybrides d'indisponibilité, d'imprescriptibilité et d'immutabilité.

A) L'indisponibilité du nom de famille

172. Définition du principe d'indisponibilité du nom. - Le principe d'indisponibilité du nom de famille interdit de disposer entre vifs ou par testament de son nom. L'indisponibilité renvoie en effet à tout ce qui ne peut faire l'objet de commerce. Non seulement, le nom ne peut être ni donné, ni vendu, ni légué mais à l'instar des souvenirs de famille, il est une des rares valeurs dont la transmission ne peut être refusée, ni empêchée, que ce soit par le titulaire du nom ou par celui qui le reçoit.

173. La relativité légale du principe de l'indisponibilité du nom. - Cette indisponibilité resterait cependant relative dans certains cas. Le Professeur Loiseau préfère cependant dire que le principe d'indisponibilité est conçu « *non pas comme un principe général de portée relative mais plutôt comme une règle qui cesse de s'appliquer lorsque cessent les motifs qui la fondent* »⁴²⁴. Ces motifs sont la soustraction du droit au nom de la volonté de celui qui le porte afin de protéger les échanges interpersonnels et de rattacher de manière sûre l'individu à sa filiation. Ces raisons ayant pour finalité la sanctuarisation du nom de famille et la sécurité juridique. Or, nous constatons qu'il y a au moins une exception posée qui déroge à l'attachement filial. Ainsi, la loi du 2 juillet 1923⁴²⁵, permet, dans son article 4, que le dernier porteur du nom puisse désigner l'un de ses parents qui héritera de ce nom au cas où il viendrait à mourir au combat. Cette exception fait suite au traumatisme subi durant la première guerre mondiale qui a vu un grand nombre de famille disparaître. Ce souci de mémoire déroge ainsi à l'interdiction posée par la jurisprudence de disposer de son nom de famille et de le relativiser.

Autre exemple, la réforme du 4 mars 2002⁴²⁶ laisse une plus grande liberté de choix dans le nom de l'enfant. Si cela ne coupe pas le nom de la filiation, cela fragilise la logique généalogique qui existait jusqu'alors. Les parents choisissent quel sera le nom transmis à l'enfant entre le nom A de la mère, le nom B du père, les deux noms AB ou BA, ce qui atténue la force normative du principe d'indisponibilité du nom.

⁴²⁴ G. Loiseau, cit. par J. Ravanas, *rid. comp.*, vol. 49, 1997, spéc. p. 1009.

⁴²⁵ L. 2 juill. 1923 perpétuant le nom des citoyens morts pour la Patrie : *JO* 3 juill. 1923.

⁴²⁶ L. 4 mars 2002, *op. cit.*

Enfin, l'article 225-1 du Code civil permet que dans le cadre du mariage, l'un des mariés, l'épouse le plus souvent en pratique, prenne le nom de son conjoint en nom d'usage. Avant la loi du Naquet de 1884⁴²⁷, les épouses perdaient leur nom de jeune fille par l'effet du mariage. L'admission du divorce a changé la donne puisqu'une loi du 6 février 1893⁴²⁸ puisqu'en cas de relâchement du lien conjugal, l'ex-épouse reprenait son nom de naissance. Il devenait clair alors que le mariage offrait simplement à l'épouse un droit d'usage sur le nom de son époux. Or, lors du divorce, l'épouse souhaite parfois conserver le nom de son mari alors que celui-ci s'y oppose. L'alinéa 2 de l'article 264 du Code civil dispose que : « *L'un des époux peut néanmoins conserver l'usage du nom de l'autre, soit avec l'accord de celui-ci, soit avec l'autorisation du juge, s'il justifie d'un intérêt particulier pour lui et pour les enfants* ». Le juge du fond s'appuiera alors sur des éléments de fait telle que la durée de l'union⁴²⁹ mais aussi sur des éléments plus subjectifs tel que l'attachement de l'épouse à l'institution du mariage⁴³⁰. Cet article relève plus du constat que si le divorce met fin à l'union conjugale, il ne l'annule pas et que donc certaines conséquences du mariage peuvent perdurer. Seulement, il ne s'agit pas alors véritablement d'une exception au principe de l'indisponibilité du nom de famille puisqu'il ne s'agit que du nom d'usage. En aucun cas l'époux ou l'épouse voit son nom modifié à l'état civil.

174. Des exceptions jurisprudentielles au principe d'indisponibilité du nom. - D'autres exceptions qui ne heurtent, du moins pas directement, les motifs d'existence de ce principe d'indisponibilité, sont posées par la jurisprudence. Par exemple, le porteur du nom peut utiliser celui-ci à des fins commerciales. Tout individu est donc libre de recourir à son patronyme pour faire affaire. Une fois que l'anthroponyme est transmis à une société, celui-ci devient « *un signe distinctif qui s'est détaché de la personne physique qui le porte* »⁴³¹. Il entre donc dans le patrimoine de la personne morale et devient de ce fait disponible. La jurisprudence confrontée très régulièrement à ce genre de litiges, a une interprétation restrictive de cette exception⁴³².

⁴²⁷ L. du 27 juill. 1884, JO 29 juill. 1984.

⁴²⁸ Pour aller plus loin, V. : R. Bertet, *Essai sur la loi du 6 février 1893 portant modification du régime de la séparation de corps*, th. soutenue le 11 juill. 1895, éd. A. Rousseau, 1895, pp. 168.

⁴²⁹ En ce sens : Paris, 10 nov. 2004 : AJF 2005, p. 23, obs. S. David ; Versailles, 11 sept. 2007, n° 06/066631 ; Paris 13 juin 2013, n° 11/20585 : JurisData n° 2013-012479.

⁴³⁰ Douai, 30 janv. 2014, ch. 7 sect. 2, n° 13/01089.

⁴³¹ Com., 12 mars 1985, arrêt *Bordas* : Bull. 1985, IV N. 95, p. 84 ; D. 1985.471, note J. Ghestin ; JCP 1985. II. 20400, concl. Montanier ; Gaz. Pal. 1985.1.246, note G. Le Tallec ; Ann. propr. ind. 1985.16, note P. Mathély ; Rev. sociétés 1985. 607, note G. Parléani ; RTD com. 1986.285, obs. Chavanne et Azéma ; F. Terré et Y. Lequette, *Grands arrêt de la jurisprudence civile*, Dalloz, 2015, spéc. p. 87, n° 18.

⁴³² V. : Com., 6 mai 2003 : D. 2003.2228 ; Com., 31 janv. 2006, n° 05-10.116, Société Ines de la Fressange : JurisData n° 2006-031928 ; Propr. industr. 2006, comm. 37, P. Tréfigny.

Pour commencer, il faut qu'il n'y ait pas une concurrence déloyale à un homonyme⁴³³. Quant au cas où une société use du nom d'une tierce personne, le juge peut, à la demande de ce dernier, interdire l'usage de ce nom⁴³⁴. Même l'utilisation d'un nom d'une grande notoriété n'est pas une justification selon la jurisprudence⁴³⁵. Ainsi, le droit des sociétés pose une exception au principe d'indisponibilité du nom. Cependant, on remarque que cette liberté doit pouvoir profiter au titulaire du nom ou, tout le moins, l'utilisation commerciale d'un nom ne doit pas nuire aux personnes physiques porteurs de ce patronyme. Ce raisonnement s'explique par l'importance du nom pour la construction individuelle de la personne. De ce fait, un équilibre doit être trouvé à chaque cas d'espèce entre le droit personnel et le droit commercial. Le nom doit être libérateur pour la personne et non une source de tourment.

Même si toutes les précédentes exceptions citées sont justifiées par des impératifs tels que le respect dû aux morts pour la Patrie, la liberté de commerce ou l'égalité entre l'homme et la femme, elles viennent relativiser la force normative du principe de l'indisponibilité du nom. Voyons, désormais le principe de l'imperméabilité du nom de famille.

B) L'imperméabilité du nom de famille

175. Définition du principe d'imperméabilité du nom. - Le principe d'imperméabilité du nom de famille indique qu'il est impossible de perdre ou acquérir un nom de famille par l'effet de son usage ou de son non usage dans le temps. Ce principe veut donc dire, en théorie, qu'il est toujours possible de reprendre le nom porté par ses ascendants, peu importe qu'entre temps il ait été fait usage d'un autre nom. La réalité est plus compliquée puisque l'objectif de ce principe est avant tout de sécuriser les relations entre individus. Or, cet objectif ne serait pas atteint si chacun pouvait reprendre le nom d'un lointain ancêtre. Très tôt la jurisprudence est alors venue relativiser la force normative de ce principe puisqu'il est possible que le temps ait un effet sur la dévolution du nom⁴³⁶. La prescription acquisitive, selon la jurisprudence, constitue un intérêt légitime au sens de l'article 61 du Code civil lorsqu'il y a une demande de

⁴³³ Civ., 30 janv. 1878 : *DP* 1878, 1, 232 ; Civ. 1^{ère}, 19 déc. 1967 : *D.* 1968, 277, note Beaumaine ; *JCP* 1968. II. 15466, note Nepveu ; *Gaz. Pal.* 1968, 1, 272 ; *RTD civ.* 1968. 538, obs. R. Nerson.

⁴³⁴ Paris, 25 oct. 1910, S. 1913. 2. 102 ; TGI Paris, 3 janv. 1986, *Rothschild, D.* 1987. 115, note Burst ; Paris, 10 juill. 1986, *JCP* 1986. II. 20712, note Agostini.

⁴³⁵ Pour les noms : Boissy d'Anglas : Civ. 1^{ère}, 19 juin 1961, *D.* 1961.544 ; *JCP* 1961. II. 12298 ; Dampierre : T. civ. Seine, 22 mai 1962, *JCP* 1962. II. 12898, obs. P. Neveu ; Luynes : Paris, 24 janv. 1962, *D.* 1962.639 ; *JCP* 1962. II. 12595 ; *RTD civ.* 1962. 630, obs. Desbois ; Neuville : Paris, 19 avr. 1974 : *D.* 1974.495, note R. Lindon ; Stallone : TGI Paris, 1^{re} ch., 29 juin 1988, inédit ; d'Albertas : TGI Aix-en-Provence, 23 mai 1991, *D.* 1994, *Jur.* p. 148, note R. Bout.

⁴³⁶ Riom, 18 janv. 1865 : *DP*, 1865, 2, 17 ; Cass., 15 janv. 1861 : *DP*, 1861, 1, 176 ; Cass., 15 mai 1867 : *DP*, 1867, 1, 242.

changement de nom⁴³⁷ à condition que l'utilisation se fasse dans un cadre officiel⁴³⁸. C'est la théorie de l'apparence appliquée au droit au nom. Le juge décide souverainement en fonction de la durée de la possession et des circonstances dans lesquelles le nom a été transmis⁴³⁹. En effet, il serait inopportun de vouloir à tout prix restituer un patronyme qui n'est plus usité depuis plusieurs décennies. C'est ce qu'explique la Cour de Riom lorsqu'elle affirme que l'imprécisabilité ne peut être appliquée de manière « *rigoureuse et absolue ; tous les noms sont variables dans leur orthographe et leur consonance (...) Cette possession diffère de la prescription ordinaire* »⁴⁴⁰. Un jugement peut conduire à faire exception au principe selon une appréciation souveraine du juge face à la possession d'un nom.

176. L'exception de la détention loyale, publique et incontestable du nom. - Il est délicat de parler d'usucaption en l'occurrence tant le délai d'usage doit être ancien⁴⁴¹. En revanche, il est certain que cette imprécisabilité n'est pas absolue ; la reconnaissance d'une possession, si longue soit-elle, est contraire au principe posé par la jurisprudence elle-même. Cette exception au principe est faite dans le but de préserver les personnes qui se sont forgées de bonne foi autour d'un patronyme donné mais aussi de protéger les rapports établis de longue date sous ce nouveau patronyme. Ainsi, lorsqu'un nom aura été porté loyalement, de manière publique et que personne ne le conteste, la famille pourra conserver ce patronyme. La jurisprudence fait preuve ici d'un pragmatisme nécessaire. Pour que le principe d'imprécisabilité soit écarté, il faut malgré tout que la durée de la possession d'état soit importante⁴⁴².

177. Une application du principe dépendante de la volonté du porteur du nom. - La volonté est également prise en compte puisque la jurisprudence est venue préciser qu'il est possible de revendiquer le nom de ses ancêtres, même s'il a été fait usage de bonne foi d'un autre patronyme par les descendants les plus proches. Un arrêt du 15 mars 1988 a en effet précisé,

⁴³⁷ Un nom usité depuis quatre générations est un intérêt légitime permettant l'acceptation d'une demande de changement de nom : TA Paris, 26 mai 2000 : *D.* 2000, IR 269.

⁴³⁸ CAA Paris, 10 janv. 2019 : *RJPF* 2019, n° 3, note I. Corpart : « *même si les requérants produisent des pièces s'étalant sur quatre générations, les documents ne sont pas suffisamment probants car il s'agit d'éléments relatifs à leur vie familiale et mondaine et non de documents officiels* ».

⁴³⁹ V. : Civ. 1^{ère}, 25 mai 1992 : *D.* 1992. Jur. 445, note Boulanger ; *RTD civ.* 1992. 741, obs. Hauser ; Civ. 1^{ère}, 6 avr. 1994, *D.* 1994. IR. 123 ; *RTD civ.* 1994. 563, obs. Hauser.

⁴⁴⁰ *Ibid.*

⁴⁴¹ En ce sens : Civ. 1^{ère}, 23 juin 2010, dix ans n'est pas une période suffisamment longue. De même, soixante-huit ans n'est pas suffisant : Civ. 1^{ère}, 17 déc. 2008, n° 07-10.068 : *D. actualité*, 19 janv. 2009, note Égéo. En revanche, pour une période plus que centenaire : Civ. 6 juill. 1977 : *D.* 1979. 396, note Agostini, *JCP* 1978. II. 18817, note Savatier, 31 janv. 1978, *D.* 1979. 182 note Savatier, *JCP* 1979. II. 19035, note Nérac, *RTD Civ.* 1979. 121, obs. Nerson.

⁴⁴² Sur ce sujet, v. : R. Nerson et J. Rubellin-Devichi, obs. sous Civ. 1^{ère}, 8 fév. 1978, *RTD civ.* 1979, n° 3, p. 125.

au visa des principes qui régissent le droit au nom, que « *si la possession loyale et prolongée d'un nom est propre à conférer à l'individu qui le porte le droit à ce nom, elle ne fait pas obstacle à ce que celui-ci, renonçant à s'en prévaloir, revendique le nom de ses ancêtres qu'il n'a pas perdu en raison de l'usage d'un autre nom par ses descendants les plus proches* »⁴⁴³. Ici, il semble que le principe soit appliqué puisque le descendant peut récupérer le nom porté par ses ancêtres lointains. Ainsi, le nom de famille étant imprescriptible, le temps écoulé ne l'a pas fait disparaître. Seulement, cette résurgence du nom est permise par la volonté de la personne. Sans revendication, le nom d'usage continue de se transmettre.

178. Une volonté limitée par l'office du juge. - Pour autant, la volonté en matière de nom n'est pas souveraine. Le juge peut aussi refuser au requérant l'usage de ce nom déchu dans les oubliettes de l'histoire familiale si le nom des ancêtres revendiqué est trop lointain⁴⁴⁴ ou selon les circonstances de la succession des différents noms⁴⁴⁵. Est-ce une exception au principe d'imperscriptibilité ? Tout dépend en faveur de quel patronyme le regard se place. En réalité, le principe d'imperscriptibilité a tout d'abord pour raison d'être la sécurité juridique. La dévolution du nom de famille n'était pas aussi rigoureuse dans le passé et accorder aux personnes le droit de reprendre n'importe quel nom à condition qu'il fût porté par un ancêtre serait source d'instabilité juridique. Ensuite, le principe d'imperscriptibilité permet de conserver une unité entre les générations. Il faut que le nom reste un lien qui relie l'individu à son groupe familial chargé d'une histoire commune. En cela un rapprochement peut être fait entre le nom et les souvenirs de famille qui sont le patrimoine commun du groupe familial⁴⁴⁶. Confronté à ces demandes d'acquisition ou de reprise de nom de famille, le juge tente de concilier l'esprit attaché au principe d'imperscriptibilité tout en préservant le caractère éminemment personnel du nom de famille.

Nous l'avons vu, malgré le principe d'imperscriptibilité, le temps est un facteur déterminant dans la dévolution du nom de famille. La volonté aussi, dans une moindre mesure, est également un élément déterminant dans la désignation du nom de famille qui prévaudra sur les générations

⁴⁴³ Civ. 1^{ère}, 15 mars 1988, n° 85-17.162 : *D.* 1988. 549, note J. Massip ; *JCP* 1989. 21347, note Agostini.

⁴⁴⁴ Pour un nom plus utilisé depuis 1456 : Civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, n° 90-13.613 : *D.* 1992. 445, note Boulanger ; Pour un nom plus utilisé depuis le XVIIe siècle : Civ. 1^{ère}, 30 sept. 2003, n° 01-03.219 : *JurisData* n° 2003-020392 ; *JCP G* 2003, IV, 2827 ; *Bull. civ.* 2003, I, n° 195 ; Pour un nom plus utilisé depuis 1650 : Civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, n° 02-19.738.

⁴⁴⁵ Pour un changement de nom dont nous ne savons si elle frauduleuse ou motivée par une volonté de franciser le nom : Civ. 1^{ère}, 31 janv. 1978, n° 75-13.011 : *Bull. civ.* 1978, n° 41, *D.* 1979. 182, note R. Savatier.

⁴⁴⁶ P. Murat, « La revendication d'un nom tronqué par le jugement d'adoption : l'autorité de la chose jugée surpassé l'immutabilité du nom », *Dr. fam.* mars 2010, comm. 41 : l'auteur parle du nom comme « *une sorte de souvenir de famille immatérielle* ».

futures. Cette volonté ne peut cependant jamais être suffisante, il revient au juge de trancher souverainement tout en restant attentif au principe d'immutabilité du nom de famille que nous allons désormais étudier.

C) L'immutabilité du nom de famille

179. Définition du principe de l'immutabilité du nom. - Le 25 mars 1555, le Roi Henri II aurait entendu réglementer le droit au nom en commandant son immutabilité à travers l'ordonnance d'Amboise⁴⁴⁷. L'authenticité de ce texte est contestée notamment parce qu'il ne figure dans aucun recueil d'ordonnances⁴⁴⁸. Il n'en reste pas moins vrai qu'à partir du XVI^{ème} siècle l'État veillera de manière croissante à la sécurisation des échanges et à l'identification des individus. De nombreuses fraudes étaient commises à cause de l'absence de contrôle des changements de nom. Le développement des lettres de commutation et de l'accroissement du contrôle de l'État a donné naissance au principe de l'immutabilité du nom de famille. Cette norme consiste en l'interdiction de changer de patronyme par un acte de volonté privé. Le nom patronymique est un élément de l'état de la personne⁴⁴⁹. Ce dernier peut se définir comme « *l'ensemble des caractéristiques individuelles permettant de déterminer la situation de la personne au regard des institutions juridiques* »⁴⁵⁰. L'état des personnes est donc composé d'éléments qui définissent l'individu et qui échappent à sa propre volonté. Seulement, ces éléments étant très personnels, certains désirs parfois les modifient soit par ce qu'ils sont contraires à la réalité, c'est le cas du transsexualisme par exemple, soit parce qu'ils sont une source de souffrance pour celui qu'ils désignent, c'est le cas d'un nom ridicule par exemple. Ainsi, la justice accepte que l'état des personnes puisse être modifié, mais dans un souci de sécurité juridique, le Professeur Cornu parlera d'un « *principe essentiel de stabilité* »⁴⁵¹, cela ne peut être fait qu'avec l'accord des instances étatiques.

Il existe deux *leitmotivs* qui entraînent un changement de nom et dérogent donc au principe de l'immutabilité du nom : une demande volontaire de changement de patronyme appuyée sur un intérêt légitime ou un changement de filiation permettant une modification du nom.

⁴⁴⁷ Article 9 : « Pour éviter la supposition des noms et des armes, defences sont faites à toutes personnes de changer leurs noms et leurs armes, sans avoir obtenu des Lettres de dispense et permission, à peine de mil livres d'amande, d'estre punis comme faussaires, et estre exanthorez et privez de tout degré et privilege de Noblesse. »

⁴⁴⁸ Sur ce sujet, v. : A. Lefebvre-Teillard, « Le nom propre et la loi », in Mots. Les langages du politique, 2000, n° 63, pp. 9-18.

⁴⁴⁹ Sur ce sujet, v. *infra.*, n° 187.

⁴⁵⁰ B. Petit et S. Rouxel, *Droit des personnes*, PUG, 2016, spé. p. 81.

⁴⁵¹ G. Cornu, *Droit civil - Introduction, Personnes, Biens*, Montchrestien, 2005, n° 582.

180. Changement de nom pour intérêt légitime. - En ce qui concerne le changement de nom suite à une demande administrative, il ne peut être permis qu'à la suite de la publication d'un décret ministériel au journal officiel. Cette procédure consiste en premier lieu à publier la demande de changement de nom dans des journal d'annonce légal et au Journal Officiel. En effet, il est possible pour un tiers de s'opposer à cette modification auprès du Conseil d'État dans les deux mois suivant la publication. La demande doit ensuite être envoyée au ministre de la Justice. En cas de refus du ministère il sera possible pour l'individu désireux de changer de nom de faire un recours auprès du Tribunal administratif.

L'article 61 du Code civil est venu préciser les motifs permettant d'accepter une demande de nom de famille. Il faut qu'il y ait un intérêt légitime comme par exemple le risque d'extinction d'un nom de famille⁴⁵² ou la volonté de changer son nom à consonance étrangère⁴⁵³. Le principe d'immutabilité est donc parfaitement respecté.

Nous l'avons vu, la raison la plus évidente de ce principe est de permettre de sécuriser les relations sociales et juridiques et les relations intrafamiliales. Le nom est une attache à une lignée d'individus. C'est pourquoi, le changement de nom joue également pour les générations suivantes. L'article 61-2 du Code civil dispose que « *Le changement de nom s'étend de plein droit aux enfants du bénéficiaire lorsqu'ils ont au moins treize ans* ». Ce changement étant initié par un parent, l'enfant de plus de treize ans doit pouvoir être en mesure de décider s'il veut conserver ce nom qui le relie au reste de sa famille et avec lequel il se construit depuis sa naissance. En revanche, en ce qui concerne un changement de nom faisant suite à un changement de filiation, les mineurs de plus de treize ans n'ont pas la même liberté d'acceptation.

181. Le changement de nom rendu possible par un changement de filiation. - Le droit positif est d'une relative sévérité concernant les changements de noms consécutifs à un changement de filiation. Depuis la loi du 8 janvier 1993⁴⁵⁴, seul le majeur peut s'opposer à ce changement, l'article 61-3 du Code civil précisant bien que le mineur de plus de treize ans ne peut donner son consentement seulement pour des changements autres qu'une modification de sa filiation. Le mineur est donc tout simplement écarté et se doit d'accepter un nom conforme à sa filiation. La jurisprudence a très tôt exigé la corrélation entre le nom et la filiation, interdisant, par exemple, que l'enfant porte encore le patronyme de son père lorsqu'une

⁴⁵² CE 19 mai 2004 : *D. 2004. IR 1644 ; AJDA 2004. 1351*, chron. Landais et Lénica ; *RTD civ. 2004. 481*, obs. Hauser ; CE 19 fév. 2009 : *RJPF 2009-6/13*, obs. Corpart.

⁴⁵³ CE 21 avr. 1997 : *Lebon 142* ; *JCP 1997. I. 4052*, n° 4, obs. Teyssié.

⁴⁵⁴ L. 8 janv. 1993, n° 93-22 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, *JO* du 9 janv. 1993.

reconnaissance paternelle était annulée⁴⁵⁵. Dans de rares cas, cependant, il est arrivé que l'intérêt de l'enfant soit pris en compte et que suite à l'annulation d'une reconnaissance, le nom soit conservé⁴⁵⁶. Seulement, le juge veille à ce que ce soit bien le seul intérêt de l'enfant qui soit regardé et non un désir d'adulte tapis derrière une instrumentalisation de l'enfant. Une mère souhaitant redonner son nom à son enfant suite à la séparation du couple ne peut invoquer l'intérêt de l'enfant pour ce faire, surtout quand ce dernier a déjà subi des changements de noms par le passé⁴⁵⁷.

Ainsi, les dérogations au principe d'immutabilité doivent être justifiées soit par un intérêt personnel légitime, entendu que l'immutabilité serait alors injuste, ou soit pour que la mutation permette une correspondance entre le nom et la filiation de l'enfant.

182. Conclusion. - Les trois principes attachés au droit au nom qui viennent d'être développés, souffrent de nombreuses exceptions qu'elles soient légales ou jurisprudentielles. En réalité, le nom n'est ni indisponible, ni imprescriptible ni immuable au sein du droit⁴⁵⁸. Le régime juridique du nom, étant d'origine coutumière pour une grande partie, ne correspond pas à ces notions de droit civil. C'est pourquoi, il serait peut-être plus pertinent de parler du principe de droit au nom duquel serait compris l'ensemble des subtilités que nous avons développées précédemment. Par ailleurs, comme nous allons le voir désormais, la qualification juridique du nom est également une entreprise périlleuse. Il semble que le nom soit *sui generis* et qu'il convienne de parler du principe attaché au nom de famille.

§2 La qualification juridique du nom de famille

183. Annonce du plan. - De nouveau, au XX^{ème} siècle, et même un peu avant, la doctrine a proposé plusieurs qualifications juridiques concernant le nom de famille (A). Ces propositions

⁴⁵⁵ Cass. req., 18 mars 1913 : *D.*, 1916, 1, p. 248.

⁴⁵⁶ Pour un risque de traumatisme psychologique de l'enfant : Rennes, 1^{er} avr. 1996 : Juris-Data n° 048140 ; la Cour de cassation, tout en refusant la demande de conservation du nom, affirme très clairement que l'intérêt de l'enfant peut justifier que l'annulation d'une reconnaissance ne change pas le nom de l'enfant mineur : Civ. 1^{ère}, 17 mars 2010, n° 08-14.219 : *P I*, n° 64 ; *D.* 2010. 1442, obs. F. Granet-Lambrechts ; *D.* 2010. 1904, obs. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2010. 239, obs. S. Milleville ; *Dr. fam.* 2010, n° 102, obs. P. Murat ; *RTD civ.* 2010. 521, obs. J. Hauser : « Mais attendu qu'après avoir justement rappelé que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions concernant les enfants conformément à l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ».

⁴⁵⁷ Nîmes, 25 oct. 1990, *JurisData* n° 048712 : « les parents (...) ne peuvent, au gré de leur humeur ou de leurs situations matrimoniales successives, modifier indéfiniment, le nom patronymique de l'enfant, invoquant pour celui-ci un intérêt, qui n'est, en tout état de cause, qu'un désir pour le parent de voir adhérer son enfant au mode de vie familial qu'on lui impose ».

⁴⁵⁸ Pour l'abandon de l'imprescriptibilité du nom : Savatier, *DP* 1923, 1, p. 81 ; F. Boulanger, note ss. Civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, *D.* 1992. 445. Pour faire mention de la saisine plutôt que de l'immutabilité : P. Morvan, *Le principe de droit privé*, op. cit., spéc. p. 247-248.

n'ont jamais su convaincre définitivement la jurisprudence qui suivra de ce fait tantôt l'une tantôt l'autre. Nous verrons que ce qui explique cette variabilité tient en ce que le nom peut en réalité revêtir plusieurs de ces qualifications sans que ces dernières ne soient suffisantes pour autant. Cela s'explique parce que le nom revêt plusieurs visages. De ce constat, nous pouvons dire que le nom est un concept *sui generis* (B).

A) Une controverse doctrinale

184. Annonce du plan. - La recherche d'une qualification juridique du droit au nom, conduit au constat qu'il y a de nouveau une querelle doctrinale. Le nom est une balance dans laquelle le caractère privé de celui-ci d'un côté et de l'autre le caractère public. Les deux dernières qualifications qui seront étudiées, à savoir, l'institution de police civile (2) et le droit de la personnalité (3), ont pour inconvénient de faire pencher la balance d'un côté ou de l'autre et donc risquent de déséquilibrer le régime juridique du nom. Quant à la première qualification qui sera abordée, elle n'est juridiquement pas tenable. Il s'agit du droit de propriété familiale (1).

1. Le droit au nom comme droit de propriété familiale

185. Le nom considéré comme une propriété incorporelle. - « *Au point de vue du civil, on peut dire du nom qu'il est la propriété la plus absolue, elle est imprescriptible, inaliénable, en dehors de toute spéculation, telle enfin que la société ne peut, dans aucun cas, en demander le sacrifice, même dans un but d'utilité publique. S'identifiant avec l'individu dont il résume la personnalité, le nom rappelle le souvenir, la gloire des ancêtres et impose à celui qui le porte, le devoir de le transmettre à ses enfants. C'est le seul héritage que l'on ne puisse répudier* »⁴⁵⁹. Durant le XIX^{ème} siècle, la jurisprudence a affirmé à plusieurs reprises que le nom patronymique d'une famille constitue une propriété⁴⁶⁰. Cette manière d'aborder le droit au nom résulte aussi d'une vision selon laquelle le nom est avant tout un bien transmissible. Or, au XIX^{ème} siècle le groupe familial, à travers le concept de la famille légitime où le mariage reste important et le divorce marginal, a une place dans le paysage social et juridique beaucoup plus importante

⁴⁵⁹ E. Pouillet, *Traité de marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres*, Marchal et Billard, Paris, 1883, spéc. p. 361.

⁴⁶⁰ Req., 16 mars 1841, *DP* 1841, 1, 210, *S.* 1841, 1, 352 ; Req. 15 mai 1867, *DP* 67, 1, 241 ; Civ. 30 janv. 1878, *DP* 1978, 1, 232 ; Req., 10 nov. 1897 ; Req., 19 mars 1934, *Gaz. Pal.* 1934, 1, 989. Pour des décisions juridiques dans le même sens mais plus récentes : Civ. 1^{ère}, 11 juin 1963, *D.* 1964, 186, *S.* 1964, 126 ; TGI Aix, 23 mai 1991, *op. cit.*

qu'aujourd'hui. L'individu n'est pas encore individualisé mais compris comme un maillon de la chaîne familiale. « *Le nom de famille, c'est un héritage, c'est une propriété, la plus petite en apparence si le nom est obscur, mais la plus solide, la plus inaltérable* »⁴⁶¹. Une partie seulement de la doctrine suivait le raisonnement de la Cour de cassation. Dans sa thèse sur le nom, Henri Salveton s'opposait aux arguments de M. Tournade tendant à refuser que le nom soit considéré comme une propriété⁴⁶². Au contraire, selon lui, le nom s'approche d'une propriété incorporelle, cette incorporalité expliquant que l'argument selon lequel le nom ne peut être une propriété puisque l'expropriation est impossible ne tient pas. Seulement, M. Salveton l'admet lui-même, cette interprétation juridique est loin d'être parfaite du fait notamment de l'immutabilité du nom. La qualification de propriété serait, cependant, un moindre mal qui éviterait des discussions incessantes et sécuriserait le régime juridique attaché au nom. D'autres ont préféré plutôt parler d'une propriété *sui generis*, continuant ainsi à rattacher le nom au droit de propriété⁴⁶³. Car, en effet, le nom de famille possède certains attributs de la propriété telle que la possession⁴⁶⁴. La possession est le fait d'user d'un bien sans en avoir nécessairement les titres de propriété. Cela peut faire l'objet, dans certains cas, d'une preuve de propriété. Or, comme nous l'avons vu précédemment, la possession d'un nom peut être la preuve de l'appartenance familiale de celui-ci⁴⁶⁵. Une partie de la doctrine en a donc conclu que la possession d'état pouvait permettre l'acquisition d'un nom⁴⁶⁶.

186. Le refus par la jurisprudence du nom comme droit de propriété. - La Cour de cassation mit fin à cette controverse dans un arrêt du 16 juin 1998 en rappelant que « *la possession d'état n'est pas un mode autonome d'acquisition du nom patronymique* »⁴⁶⁷. En l'espèce, deux fils ont contesté en février 1994 la reconnaissance faite par leur père d'une fille née le 9 avril 1982. La mère avait demandé à la justice que cette enfant puisse continuer à porter le nom de cet homme qui ne s'était pas opposé à l'action en contestation. La Cour de cassation rejette le pourvoi et donne raison à la Cour d'appel qui a refusé que la fille puisse garder le nom de l'homme dont la reconnaissance a été annulée. En clair, le nom doit correspondre à la filiation parce qu'il est un marqueur familial. Le principe d'indisponibilité fait primer la réalité

⁴⁶¹ A. de Tourville, *Étude sur la législation des noms patronymiques*, Hachette Livre BNF, Paris, 1865, spéc. p. 85.

⁴⁶² H. Salveton, *Le nom, en droit romain et en droit français*, op. cit., spéc. p. 298 et s.

⁴⁶³ J.-A. Lallier, *De la propriété des noms et des titres*, Hachette livre-BNF, 1890, spéc. p. 6 : « *Nous sommes donc bien loin de la notion nette et rigoureuse de la propriété. Aussi, ceux qui déclarent le nom susceptible de propriété, s'empressent-ils d'ajouter que c'est une propriété sui generis. Cet aveu nous suffit, et nous ne querellerons pas sur les termes (...).* »

⁴⁶⁴ En ce sens : G. Loiseau, « Possession et revendication d'un nom de famille », *D.* 2004. 86.

⁴⁶⁵ V. *supra* n° 176.

⁴⁶⁶ V. à ce sujet : J. Menjucq, *L'attribution du nom par filiation*, th. Paris II, 1975, spéc. p. 32 et s.

⁴⁶⁷ Civ. 1^{ère}, 16 juin 1998, n° 96-16.277 : *Bull.* 1998, I, n° 215, p. 149 : *JCP G.*, 1998. I. 10157, comm. D. Gutmann.

juridique sur la volonté afin que l'état civil et l'état de la personne forment un ensemble cohérent. Or, la notion de propriété induit nécessairement la soumission de la chose, matérielle ou immatérielle, à la volonté du possédant. Le nom est un héritage immatériel mais non une propriété immatérielle puisque la transmission est indépendante de la volonté. Parce que la désignation de la personne est essentielle à la sécurité juridique, elle ne peut appartenir seulement à la famille et encore moins à l'individu. En raison du rôle social du patronyme, l'État a un droit de regard sur le droit au nom et ce constat a conduit une partie de la doctrine à qualifier le nom de famille sous le prisme de l'intérêt général.

2. Le droit au nom comme une institution de police civile

187. Le nom comme élément d'identification des individus par l'État. - Au début du XXe siècle une partie de la doctrine, le Professeur Planiol en premier lieu, réfuta le fait que le nom puisse être l'objet d'un droit de propriété. Il serait, au contraire, une institution de police civile⁴⁶⁸. Ainsi, le nom étant un élément essentiel dans les relations sociales, le régime juridique qui lui est attaché serait expliqué par l'impérieuse nécessité de sécuriser les échanges interpersonnels. De même, pour gouverner, il est nécessaire de différencier les individus. L'État devient alors la « *matrice contrôlante d'individualisation* »⁴⁶⁹.

L'importance de cette distinction des individus entre eux est démontrée dans l'article 433-19 du Code pénal. Ce dernier punit de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende toute personne qui prendrait un autre nom ou modifierait le sien pour s'identifier dans « *un acte public ou authentique ou dans un document administratif destiné à l'autorité publique* ». La sévérité de cet article est due au risque élevé de fraude en cas de mutation volontaire de son identité. Par ailleurs, si cette erreur était involontaire ou matérielle, c'est bien devant les tribunaux que celle-ci doit être réparée⁴⁷⁰.

Selon cette analyse, porter un nom n'est plus un droit mais une obligation, voire un devoir⁴⁷¹. C'est pourquoi, « *le fait de donner un nom, un domicile est une manière pour le législateur de responsabiliser la personne humaine* »⁴⁷². Seulement, si le nom n'était qu'une institution de

⁴⁶⁸ V. en ce sens : M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, LGDJ, 9^e éd., 1922, spéc. p. 155 et s.

⁴⁶⁹ C. Siffrein-Blanc, « L'identité des personnes : une identité pour soi ou pour autrui ? », *Personnes et Familles - Hommage à Jacqueline Pousson-Petit*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2016. <https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-02101401/document>.

⁴⁷⁰ V. sur ce sujet : J.-P. Gridel, « Nom de famille – L'exacte écriture des noms de famille : un faux détail », CCE., sept. 2015, étude 15.

⁴⁷¹ V. en ce sens : P. Roubier, *Droit de la propriété industrielle*, vol. 2, Recueil Sirey, 1952, spéc. p. 669 : « *On n'a pas tant le droit de porter son nom que le devoir de le porter, c'est-à-dire celui de ne pas prendre le nom d'autrui* ».

⁴⁷² C. Atias, *Que sais-je ? Le droit civil*, op. cit., spéc. p. 58.

police civile alors pourquoi ne pas le remplacer par un numéro d'identification ? Les personnes ressentent bien que le nom n'est pas seulement une institution permettant de les individualiser. Le patronyme rattache à une histoire, une origine et, ce faisant, participe à la construction individuelle. Le film d'Emmanuel Heyd et Raphaël Toledano, *Le nom des 86*, montre l'acharnement d'un journaliste allemand Hans-Joachim Lang, pour retrouver le nom de 86 juifs tués dans un but d'expérimentation médicale. Ce film démontre que mourir sans nom est une tragédie. Le nom ne désigne pas seulement l'identité sociale mais aussi l'identité personnelle, plus intime. « *Le nom demeure un procédé infiniment plus riche de sens. Il contient le double symbole de la famille et de l'éternité* »⁴⁷³. Un nom permet l'attaché à une famille, une communauté, une langue, une écriture. Le nom définit l'individu au point que certains estiment qu'il est un droit de la personnalité. C'est pourquoi, parler du nom comme d'une institution de police civile n'est pas une qualification fausse mais incomplète. Cette analyse est « *excessive et ne correspond pas à toute la réalité* »⁴⁷⁴. En prenant le contrepied de la conception de propriété du nom, la doctrine a écarté le caractère personnel et identitaire du nom de famille. Pas plus que le nom n'appartient à la personne, le nom n'appartient pas à l'État qui, d'ailleurs, n'a jamais eu, depuis l'émergence du nom patronymique, le soin de les distribuer. Depuis toujours, c'est bien par l'usage qu'un nom finit par désigner une famille.

188. L'essor du nom vu comme une identification avant tout personnelle. - Les dernières évolutions concernant le régime appliqué au droit au nom tendent à s'écartier de l'institutionnalisation du nom comme police civile. Il y a, aussi bien par le commandement de la loi que par l'évolution jurisprudentielle, une personnalisation accrue du régime attaché au droit au nom. La réforme du 4 mars 2002 a laissé une liberté dans le choix du nom de son enfant. L'abolition de la transmission patrilinéaire du nom modifie les méthodes onomastiques à l'œuvre jusqu'alors. De même, la jurisprudence accepte la prise en compte de l'affectivité de la personne dans son désir de changement de nom. A l'origine, l'évolution jurisprudentielle n'était pas certaine tant les affaires étaient exceptionnelles. Le changement de nom a pu être accordé pour une fille ayant été violée par son père⁴⁷⁵ ou encore une modification de nom pour l'enfant dont le père avait omis lors de la déclaration de naissance de déposer une déclaration conjointe afin qu'il puisse porter les deux noms des parents⁴⁷⁶. Le véritable revirement de

⁴⁷³ C. Siffrein-Blanc, *La parenté en droit civil français*, th. ss. dir. E. Putman, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009, pp. 491-549, spéc. n° 613.

⁴⁷⁴ Ph. Nérac, *La protection du droit patronymique en droit civil*, PUF, coll. Travaux de recherches de l'Université Lille II, 1980, spéc. p. 14.

⁴⁷⁵ CE, 4 déc. 2009, n° 309004 : *JurisData* n° 2009-015454.

⁴⁷⁶ CE, 12 déc. 2012, n° 357865 : *JurisData* n° 2012-029276.

jurisprudence a eu lieu notamment sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'Homme qui précisa que le nom de famille concerne la vie privée et familiale de l'individu et que, de ce fait, il est soumis à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme⁴⁷⁷. Ainsi, le motif d'ordre affectif est devenu un intérêt légitime pour le changement de nom. Bien que le Conseil d'État précise que c'est du fait de circonstances exceptionnelles, il accepte ainsi un changement de nom en faveur de celui de la mère pour deux fils ayant été abandonnés brutalement par leur père⁴⁷⁸. Cette jurisprudence s'accorde avec la volonté de ne plus réduire la filiation au critère biologique. Dans l'esprit contemporain des sociétés occidentales, être l'enfant de quelqu'un n'est plus seulement le fait de porter ses gênes, c'est d'être élevé et aimé par lui. C'est la filiation de cœur⁴⁷⁹. Seulement, le cœur, dont on ne connaît les raisons, n'a pas une vérité aussi limpide que celle issue des liens biologiques. Une partie de la doctrine s'inquiète alors de l'avenir de l'immutabilité du nom et de la sécurité juridique qu'elle permet. L'inquiétude est permise concernant les nouvelles formes de parenté qui « *promettent déjà quelques exercices d'équilibristes en matière de changement de nom, au gré des séparations et des recompositions familiales* »⁴⁸⁰.

Ainsi, la loi et la jurisprudence s'éloignent de l'analyse du nom comme institution de police civile. Cette qualification est donc de moins en moins pertinente ce qui conduit une partie de la doctrine à considérer le droit au nom comme un élément du droit de la personnalité.

3. Le droit au nom comme un droit de la personnalité

189. L'affirmation du nom comme un droit. - Le nom est un droit puisque personne ne peut le prendre ou interdire de le porter. En effet, « *on ne peut parler d'un droit que lorsqu'on voit la possibilité d'un conflit avec le droit d'une autre personne, quand on entrevoit l'éventualité pour notre volonté de s'entrechoquer avec celle d'un autre intéressé* »⁴⁸¹. Très vite, la jurisprudence, en visant les principes attachés au nom de famille, a qualifié ce dernier de droit. Ainsi, dans son arrêt du 15 mars 1988, la première chambre civile vise « les principes qui régissent le droit au nom »⁴⁸². Certaines décisions sont allées encore plus loin dans leur

⁴⁷⁷ CEDH, 5 déc. 2013, n°32265/10, *Henry Kismoun c/ France*.

⁴⁷⁸ CE, 31 janv. 2014, n° 362444 : *JurisData* n° 2014-001622 ; *Dr. fam.*, mars 2014, note M. Lamarche. De même, pour un enfant ayant été reconnu à sept ans par son père et qui a été élevé par ses grands-parents maternels : CE, 20 juin 2020, n° 419175 : *JurisData* n° 2020-012943.

⁴⁷⁹ Expression employée par : C. Siffrein-Blanc, *La parenté en droit civil français*, op. cit., spéc. n° 271.

⁴⁸⁰ M. Lamarche, « Le Conseil d'État et les résistances du garde des Sceaux en matière de changement de nom pour motifs affectifs », *Dr. fam.* n° 11, nov. 2020, alerte 108.

⁴⁸¹ O. Ionesco, *Notion de droit subjectif dans le droit privé*, préf. G. Ripert, Recueil Sirey, 1931, spéc. p. 150.

⁴⁸² Civ. 1^{re}, 15 mars 1988, n° 85-17.162, *Bull.* 1988, I, n° 78, p. 51.

qualification du nom à l'instar de la Cour d'appel de Paris qui est venue préciser que « *le droit au nom constitue à la fois un droit de la personnalité et un droit de famille* »⁴⁸³. Ainsi, s'il est clair que le nom est un droit, il reste à savoir à qui il est attaché.

190. Le nom comme un droit de famille. - Le Professeur Ambroise Colin estimait en son temps que le nom est un élément de l'état familial⁴⁸⁴. Il est incontestable qu'un nom étant commun à une partie des membres d'une famille, la défense de ce nom peut être collective. De ce constat, une partie de la doctrine, sans nécessairement nier le caractère personnel du nom, estime qu'il est un droit de famille⁴⁸⁵. Seulement, il existe un principe selon lequel il ne peut y avoir de droit sans sujet de droit, à savoir une personne physique ou une personne morale. Analyser le nom en tant que droit de famille revient à considérer encore une fois que la famille est une personne morale. Or, comme vu précédemment, la personnalisation de la famille est une théorie à laquelle nous ne saurions adhérer en l'état actuel du droit⁴⁸⁶. Il est donc malvenu de parler de droit de famille.

191. Le nom comme un élément des droits de la personnalité. - Le nom de famille serait alors uniquement un droit de la personnalité⁴⁸⁷? La catégorie des droits de la personnalité a été consacré d'abord par le juge au XXe siècle puis repris de manière sporadique par le Code civil. La définition est délicate tant depuis lors cette catégorie est devenue « *une auberge juridique espagnole* »⁴⁸⁸. Nous pouvons cependant dire que ces droits permettent la protection de l'intégrité de tout individu. Or, il est vrai que la protection du nom est indispensable à la quiétude de toute personne, la volonté de préserver son nom de famille est légitime. En ce sens, le nom serait, selon certains, un droit gigogne puisqu'il est un élément de la vie privée⁴⁸⁹. Cependant, le régime juridique attaché au nom de famille, se dérobe un peu du régime classiquement attaché aux droits de la personnalité. Ces derniers sont extrapatrimoniaux et individuels.

⁴⁸³ Paris, 8 mars 1966 : *Gaz. Pal.* 1966, 1, Jur. p. 343.

⁴⁸⁴ A. Colin, note sous Paris, 21 janv. 1903 : *DP* 1904, 2, p. 1.

⁴⁸⁵ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, puf, 2017, n° 57.

⁴⁸⁶ V. *supra*, n° 179.

⁴⁸⁷ Pour un avis en ce sens : P. Kayser, « La défense du nom de famille d'après la jurisprudence civile et la jurisprudence administrative », *RTD civ.* 1959, p. 10 et s. ; E. Agostini, « La protection du nom patronymique et la nature du droit au nom », *D.* 1973, chron. p. 313. Pour un droit dit protecteur de la personnalité de l'homme : H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil : notions générales*, éd. A. Pédone, 1929, spéc. p. 165 ; E.-H. Perreau, *Le droit au nom en matière civile*, Recueil Sirey, 1910, p. 27 et s.

⁴⁸⁸ J.-M. Bruguière et B. Gleize, « Les droits de la personnalité », *Légipresse* 2015. 71. Sur la disparité des droits de la personnalité V. également : J.-M. Bruguière, « Dans la famille des droits de la personnalité, je voudrais... », *D.* 2011. 28.

⁴⁸⁹ J.-M. Bruguière et B. Gleize, *Droits de la personnalité*, Ellipses, 2015.

En effet, dans la théorie de l'unicité du patrimoine, Aubry et Rau précisent bien que le patrimoine ne comprend que des biens à valeur pécuniaire et s'oppose aux droits dénués de valeur pécuniaire dont ferait partie le droit au nom. Seulement, l'arrêt Bordas a accepté que le nom puisse devenir une propriété immatérielle de l'entreprise permettant d'en déduire une certaine patrimonialisation de ce droit⁴⁹⁰. De ce constat, certains argueront qu'il existe actuellement un mouvement au sein de la jurisprudence qui tend à patrimonialiser les droits de la personnalité⁴⁹¹. D'autres feront la distinction entre les droits de la personnalité primaire qui sont extrapatrimoniaux et les droits patrimoniaux à caractère personnel dont ferait partie le droit au nom en raison notamment de la commercialisation des noms connus⁴⁹². Ainsi, le droit au nom peut toujours être considéré comme un droit de la personnalité malgré le revirement opéré à l'occasion de l'affaire Bordas.

192. La faiblesse de la qualification du nom comme un droit de la personnalité. - En outre, sur le caractère individuel des droits de la personnalité, nous remarquons que, si le nom est « *ce droit d'être soi-même et de n'être que soi-même* »⁴⁹³, il est impossible d'ignorer son caractère collectif. Le nom est porté avant tout par un groupe de personnes. Si, par exemple, la vie privée ou le pseudonyme sont éminemment personnels, le nom est nécessairement partagé. Encore une fois, cela n'exclut pas *de facto* le nom des droits de la personnalité, seulement cette qualification ne saurait revêtir à elle-seule tous les aspects du patronyme. De même, il serait malavisé de soutenir que l'analyse du nom comme institution de police civile doit être ignorée. L'État doit avoir un droit de regard sur le droit au nom. Or, l'action de la jurisprudence, notamment celle de la Cour européenne des droits de l'homme, tend à rapprocher la notion de droit à la notion de liberté. L'application de l'article 8 de la Convention éponyme conduit régulièrement à la condamnation des États du fait d'une entrave disproportionnée de ces derniers dans la détermination de la personne de sa vie privée et familiale. Ainsi, appréhender le nom de famille uniquement comme un droit de la personnalité risquerait de conduire à une plus grande liberté dans la dévolution et l'utilisation du nom de famille. Cette évolution pourrait mettre en péril la sécurité juridique permise par le contrôle des autorités publiques sur le nom patronymique. Rappelons qu'en précisant que le droit au nom était un élément de la vie privée

⁴⁹⁰ Se pose donc également la question de savoir si des droits de la personnalité peuvent être attribués aux personnes morales même si la doctrine majoritaire se refuse encore à le reconnaître.

⁴⁹¹ E. Pierrat, « Protection des droits de la personnalité », *Legicom*, 1996/2, spé. 92.

⁴⁹² G. Loiseau, *Le nom, objet d'un contrat*, th. ss. dir. J. Ghestin, Paris 1, éd. L.G.D.J., 1997 ; J.-M. Bruguière et B. Gleize, *op. cit.*

⁴⁹³ M. E.-H. Perreau, *Le droit au nom en matière civile*, *op. cit.*, spé. p. 28.

et familiale⁴⁹⁴, la Cour européenne a encouragé la prise en compte du motif affectif⁴⁹⁵. Le professeur Hauser conviendra que le nom est devenu un miroir social car, désormais, « *l'important n'est pas ce que l'on est* (fils de) *mais ce que l'on paraît* »⁴⁹⁶. Il faut donc s'interroger sur le risque que le nom, en n'étant en quelque sorte qu'un droit de la personnalité, ne puisse plus reposer sur une vérité incontestable mais sur une vérité toute personnelle. Le législateur a depuis peu affaibli cette conception de droit par rapport au nom de famille puisqu'il est désormais possible de donner et transcrire sur l'acte d'enfant sans vie, qui ne permet pas de reconnaître l'existence d'une personne juridique, un nom à l'enfant mort-né⁴⁹⁷. Après l'acte d'enfant sans vie, l'inscription de l'enfant a été également permise sur le livret de famille⁴⁹⁸. Le prochain pas législatif en faveur des parents endeuillés reste la reconnaissance d'un lien de filiation existant avec l'enfant mort-né. Quoi qu'il en soit, si le législateur a pris soin de préciser que cette inscription n'aurait aucune conséquence juridique, cette évolution législative démontre la complexité de la nature du nom de famille qui finalement ne peut être définie que par son objectif principal : individualiser l'être humain.

Pour éviter tout déséquilibre du régime attaché au droit au nom, il nous semble donc important de reconnaître son caractère *sui generis* qui justifie le recours à la norme de principe.

B) Le caractère *sui generis* du nom de famille

193. La pluralité de caractères concernant le nom. - Tout comme la doctrine, la jurisprudence oscille dans la qualification du droit au nom. Ainsi, le tribunal de grande instance de Fontainebleau trancha dans le sens du nom comme « *un droit extrapatrimonial sui generis, de caractère à la fois individuel, social et familial, très étroitement lié à la personnalité de chacun et comme la personnalité elle-même, susceptible d'être protégé contre toute atteinte*499. En effet, le nom ne peut être réduit soit à son rôle personnel, soit à son rôle social. Le Professeur Cornu parlait du droit au nom comme d'une « *institution à facettes* »⁵⁰⁰. Cette expression traduit bien que, à l'inverse des souvenirs de famille, les difficultés ne résident pas

⁴⁹⁴ CEDH, 22 fév. 1994, n° 16213/90, *Burghartz c/ Suisse* : D. 1995. 5 note J.-P. Marguénaud ; CEDH, 27 sept. 2001, *Golemanova c. Bulgarie*, n° 11369/04 ; CEDH, 5 déc. 2013, n° 32265/10, *Henry Kismoun c/ France* ; CEDH, 7 janv. 2014, n° 77/07, *Cusan et Fazzo c. Italie* : RTD civ. 2014. 305, J.-P. Marguénaud.

⁴⁹⁵ V. *supra*, n° 188.

⁴⁹⁶ J. Hauser, « Choix du nom et changement de nom : le nom est à nous, pas à eux et le Conseil d'État a du cœur ! », RTD civ. 2014. 332.

⁴⁹⁷ L. n°2021-1576, 6 déc. 2021 visant à nommer les enfants nés sans vie, JO 7 déc. 2021, texte n° 2.

⁴⁹⁸ Décret du 1^{er} mars 2022, n° 2022-290 portant application de certaines dispositions de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique et modifiant diverses dispositions relatives à l'état civil.

⁴⁹⁹ TGI Fontainebleau, 25 fév. 1970 : D. 1970, som. 211.

⁵⁰⁰ G. Cornu, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, op. cit., spéc. p. 214.

dans l'impossible qualification du nom de famille mais dans le fait qu'elle puisse en revêtir plusieurs. Le nom est un élément fondamental de l'identité. Or, « *on peut dire que l'identité implique à la fois une définition de Soi-même et une distinction de Soi par rapport à l'Autre* »⁵⁰¹. Le nom est un être siamois qui justifie qu'il soit traité de manière extratextuelle.

194. Le nom comme objet de principe de droit privé. – Assurément, il y a un équilibre délicat à trouver concernant le vecteur juridique d'élaboration du régime juridique du nom : une jurisprudence vacillante troublerait la clarté juridique, une norme écrite obstruerait la balance nécessaire à la construction continue du régime juridique attaché au nom. Poser un principe permet de poser une norme contraignante pour les interprétations jurisprudentielles à venir tout en palliant les désagréments de l'écrit. Le principe attaché au nom de famille, comme nous préférerions l'appeler, permettrait également d'affirmer que nous sommes face à un principe de droit de la famille mettant ainsi en avant ce caractère collectif et personnel sans que la personnalisation de la famille ne soit nécessaire.

195. Conclusion chapitre 1. – Les principes des souvenirs de famille et du nom de famille portent dans leur énoncé leur attaché à cette branche du droit civil. Ils ont pour objets des choses matérielles ou immatérielles intimement liées à la famille qui ne trouvent aucune qualification satisfaisante au sein de notre droit. Les souvenirs de famille, le nom de famille sont des éléments qui incombent à la famille et qui ont une nature particulière avec une origine coutumière et de multiples facettes. La loi n'aurait pu les intégrer sans risquer de fragiliser la logique et la clairvoyance des régimes juridiques que la jurisprudence élabore décisions après décisions. D'autres principes répondent à la même logique mais ne sont pas directement attachés à la famille. En revanche ils ont un rôle important dans l'application du droit de la famille et c'est ce qui sera étudié désormais.

⁵⁰¹ A. Ceyhan, « Enjeux d'identification et de surveillance à l'heure de la biométrie », *Cultures & Conflits*, hiver 2006, n° 30.

Chapitre 2. Les principes visés ayant une résonnance dans le droit de la famille

196. La famille sujet de certains principes de droit. - L'objet de ce chapitre est de démontrer que certains principes visés par le juge ont une répercussion sur le traitement juridique de la famille, au point que l'étude des principes de droit de la famille ne peut se priver de les évoquer. L'enjeu est donc de se détacher des découpages traditionnels entre les différentes branches de droit civil pour se concentrer sur les principes qui règlementent les relations familiales. En effet, selon Patrick Morvan, le principe de droit privé déambule entre les différentes branches du droit⁵⁰². Le principe pose une règle ou même un régime juridique autour d'un élément qui ne peut être appréhendé par des normes écrites. Or, cet élément peut intervenir dans un conflit familial, purement personnel voire contractuel ou autre. Les règles du Code civil sont classifiées et les principes, en revanche, sont totalement indépendants et ne peuvent donc appartenir à plusieurs branches du droit simultanément.

197. Annonce du plan. - Afin de répondre au sujet, l'étude menée s'est attelée à déterminer quels sont les principes qui ont une empreinte familiale forte. Dans le chapitre précédent nous avons abordé deux principes qui ont un lien évident avec la famille. Ces derniers, de par leur nature, ont un lien direct avec la famille. Ceux que nous allons voir désormais n'ont pas un lien aussi franc. Cependant, nous pouvons remarquer que lorsqu'ils sont invoqués par la jurisprudence, c'est en général dans le cadre d'un conflit intrafamilial ou opposant une famille à un tiers. En ce sens, il est apparu pertinent de les intégrer dans cette étude concernant les principes de droit de la famille. Deux catégories de ces principes se sont détachées : d'une part ceux ayant un caractère extrapatrimonial (Section 1) puis d'autre part, ceux ayant un aspect patrimonial (Section 2)

⁵⁰² P. Morvan, *Le principe de droit privé*, op. cit..

Section 1. Les principes à caractère extrapatriotional substantiel à la famille

198. Des principes inhérents aux relations extrapatriomoniales de la famille. - Les principes que nous allons voir dans cette section sont avant tout attachés à la notion de personne. Nous allons voir que les principes n'échappent pas à la porosité de la frontière entre la branche du droit des personnes et la branche du droit de la famille. L'exemple le plus éloquent est que la plupart des règles de droit de la famille se situent dans le Livre I du Code civil consacré aux personnes. Il est d'ailleurs arrivé que des ouvrages traitent le mariage et la filiation sous la partie intitulée « du droit des personnes »⁵⁰³. De fait, les principes que nous allons étudier ont, soit un ancrage familial important soit des conséquences sur le droit de la famille qui devra alors s'adapter aux évolutions données au principe.

199. Annonce du plan. - Le premier principe qui va être vu est *infans conceptus* (§1). Si, bien évidemment, ce principe traite de la personnalité juridique, il est également indispensable pour la famille. En effet, la reconnaissance de l'existence d'un enfant a des conséquences juridiques pour la famille concernée. Le second principe qui sera étudié est celui de l'indisponibilité de l'état des personnes (§2). Ce principe a fait l'objet de nombreuses interprétations et vient affecter le droit de la famille, notamment en ce qui concerne la filiation.

§1. Le principe *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*

200. Définition du principe. – Le principe *infans conceptus* permet à l'enfant conçu, qui n'a pas le statut de personne juridique puisqu'il n'est pas encore né vivant et viable, de pouvoir bénéficier de certains attributs de la personnalité⁵⁰⁴. Comme le dit Madame Laroche-Gisserot, « avec le principe *infans conceptus*, l'enfant a une personnalité conditionnelle »⁵⁰⁵. Sa personnalité est conditionnelle en effet car il faut impérativement que l'enfant naîsse par la suite

⁵⁰³ V. par exemple, H. Solus, *Les principes du droit civil*, éd. Armand Colin, 1933, spéc. pp. 13-87.

⁵⁰⁴ V. Domat, *Œuvres complètes* par J. Rémy, t. I, éd. Firmin-Didot père et fils, Paris, 1835, spéc. p. 101 : « *Les enfants qui sont encore dans le sein de leurs mères n'ont pas leur état réglé et il ne doit l'être que par la naissance : et jusque-là ils ne peuvent être comptés pour des enfants, non pas même pour acquérir à leurs pères les droits que donne le nombre des enfants. Mais l'espérance qu'ils naîtront vivant fait qu'on les considère, en ce qui les regarde eux-mêmes, comme s'ils étaient déjà nés. Ainsi, on leur conserve les successions échues avant leur naissance, et qui les regardent*

⁵⁰⁵ F. Laroche-Gisserot, *Leçon de droit civil – Les personnes, la personnalité et les incapacités*, t. I, Montchrestien, 1997, spéc. p. 10.

vivant et viable. Si le terme de vivant ne pose pas de difficulté, celui de viable peut susciter des interrogations. L'OMS en 1977 a choisi de donner une définition relativement objective de ce terme en affirmant que l'enfant devait être né après vingt-deux semaines d'aménorrhée ou qu'il ait atteint le poids de cinq cents grammes. La doctrine a, quant à elle donné une définition parfois plus générale, l'essentiel tenant à ce que l'enfant soit physiologiquement apte à vivre⁵⁰⁶.

201. L'ancienneté du principe *infans conceptus*. - Si la technique du visa de principe est née au milieu du XXe siècle⁵⁰⁷, de nombreux principes ont eu une application, au sein du droit, beaucoup plus ancienne. C'est le cas du principe *infans conceptus* qui remonte au temps des compilations de Justinien⁵⁰⁸. Cette règle est, en effet, apparue concomitamment à la notion de personne. S'il faut être né, vivant et viable pour être juridiquement reconnu, le droit ne pouvait ignorer l'existence de cet être encore dans le sein de sa mère. Ce dernier ayant une humanité reconnue, le droit a depuis toujours voulu le protéger. Tour à tour, adage puis norme coutumière, cette règle s'est transmise par oral, sans qu'aucun texte de loi ne vienne l'inscrire dans ses lignes de sorte que c'est la jurisprudence qui se l'est approprié⁵⁰⁹. Poursuivant cette tradition, la jurisprudence a mentionné cette règle à plusieurs reprises⁵¹⁰ avant de la consacrer par un visa de principe le 10 décembre 1985⁵¹¹. En l'espèce, un homme avait souscrit une assurance lui garantissant le versement d'un capital plus une majoration de 30% par enfant en cas de décès. Malheureusement, le souscripteur s'éteignit le 1^{er} mars 1980 alors que son épouse était enceinte de jumeaux. Or, la compagnie d'assurance refusa de prendre en compte, dans le paiement de la somme due, les enfants non encore nés. La Cour de cassation, au visa du principe *infans conceptus* condamna la société d'assurance puisque son refus était contraire à l'intérêt des enfants à naître.

⁵⁰⁶ Ainsi, le Professeur Cornu définit la viabilité comme « *être physiologiquement apte à vivre, à survivre, se dit de l'enfant né vivant et doté des organes essentiels à la vie* » : G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, puf, coll. Quadrigé, 2022, spéc. p. 1074. De même Bigot de Préameneu disait : « *L'enfant vivait dans le sein de sa mère. Cette existence peut se prolonger pendant un nombre de jours non déterminé, sans qu'il soit possible qu'il la conserve ; et c'est cette possibilité de parcourir la carrière ordinaire de la vie qu'on entend par l'expression être viable* » : Extrait des travaux préparatoire du Code civil, F. Ewald, *Naisance du Code civil*, éd. Flammarion, 1989, spéc. p. 227.

⁵⁰⁷ Com. 20 avr. 1948 : DP 1948, 375 ; S. 1948. I. 129 ; RTD com. 1948. 697, obs. R. Houin : « *Vu l'article 443 du Code de commerce et les principes applicables en matière de compte courant* ».

⁵⁰⁸ Au sein des compilations de Justinien : *Digeste*, 1.5.7. et 50.16.231. Sur les racines anciennes du principe de l'*infans conceptus* V. : J.-R. Binet, *J-Cl. Civil*, Art. 16 à 16-13, « *Fasc. 10 : Protection de la personne* », 2008, n° 76 et 77.

⁵⁰⁹ Sur les adages qui perdurent en jurisprudence V. : Ph. Blanc, « *Les adages et la jurisprudence* », RFDA 2014, p. 14 et s.

⁵¹⁰ Cass., 24 avr. 1929, *DH* 1929, p. 298 ; Cass., 4 janv. 1936, *Héranval* : S. 1936. I. 17 ; 8 mars 1939, *Veuve Hérandal* : DC 1941. 37 ; S. 1941. I. 25, note Batiffol.

⁵¹¹ Civ. 1^{ère}, 10 déc. 1985, n° 84-14.328 : *Bull. civ.* I, n° 339 : D. 1987. 449, note G. Paire ; *Defrénois*, 1986. 668, obs. A. Breton, *Gaz. Pal.*, 9-10 juill. 1986, note Piedelièvre.

202. Annonce du plan. - Partant de ces précisions, il est nécessaire de voir, dans un premier temps, les caractéristiques de ce principe (A) et, dans un second temps, son action au sein du droit de la famille (B).

A) Les caractéristiques juridiques de la règle *infans conceptus*

203. Annonce du plan. – Le principe *infans conceptus* a avant tout une application patrimoniale. Il ne se limite cependant pas à ce pan du droit de la famille et s'étend désormais au droit de la responsabilité (1). L'ensemble de ces applications ne permet cependant toujours pas de fixer un unique statut pour l'objet de ce principe qui est l'être anténatal (2).

1. L'application du principe *infans conceptus*

204. L'application patrimoniale du principe *infans conceptus*. - Le principe *infans conceptus* ne joue qu'*in melius* pour l'enfant. Afin de connaître son cadre juridique, nous pouvons commencer par nous pencher sur les dispositions du Code civil qui font application de ce principe. Deux articles permettent, pour l'un, à l'enfant non encore né vivant et viable de succéder et, pour l'autre, de pouvoir bénéficier d'une libéralité. Présents depuis 1804, même si leur rédaction a évolué, les articles 725 et 906 du Code civil permettent de poser une reconnaissance législative du fœtus au sein du droit des successions et des libéralités. Nous constatons donc que la loi fait application du principe *infans conceptus* uniquement d'un point de vue patrimonial. Or, si les juges n'ont jamais limité l'effectivité de ce principe au champ du droit des successions, ils ont cependant, pendant longtemps, eu une interprétation uniquement patrimoniale des intérêts de l'enfant à naître. En effet, les cas jurisprudentiels étaient seulement de nature pécuniaire comme, par exemple, le versement d'une rente suite à un accident du travail ayant entraîné le décès du parent⁵¹² ou encore le bénéfice d'une assurance vie⁵¹³. Il est vrai que la question des droits extrapatrimoniaux de l'enfant conçu est difficile à concevoir étant donné qu'il a une existence cachée et juridiquement non encore reconnue : nulle vie privée à respecter, nulle liberté d'expression à défendre, nulle nationalité à revendiquer... si ce n'est un droit à la vie difficile à articuler avec le régime juridique de l'interruption volontaire et médicale de grossesse.

⁵¹² Civ., 24 avr. 1929, *Locoche* : DH 1929, p. 298 ; Civ., 4 janv. 1935, *Héranval*, DP 1935, I, p. 5, note A. Rouast ; Civ., 2 juill. 1936, *Dewalle* : DH 1936, p. 506, DP 1936, I, p. 118, note E. de Lagrange.

⁵¹³ Civ., 2 mars 1884, DP 1885, I, p. 150 ; Civ. 1^{ère}, 10 déc. 1985, n° 84-14.328.

205. L'interrogation autour du préjudice d'affection concernant l'enfant à naître. -

Cependant, la question s'est posée concernant la possibilité de reconnaître le préjudice d'affection aux enfants qui n'étaient pas encore nés. Juridiquement, la douleur ressentie face au décès ou face à la souffrance d'un proche donne droit à réparation⁵¹⁴. Comme tout engagement de responsabilité il faut une faute, un dommage et un lien de causalité. Pendant longtemps, la jurisprudence refusait qu'une demande en réparation pour un préjudice d'affection puisse être entendue lorsque les faits s'étaient passés avant la naissance de l'enfant⁵¹⁵. Selon la Cour de cassation, aucun lien de causalité ne pouvait être établi entre le dommage et le fait générateur. D'une part, l'enfant n'étant pas né, il n'avait aucune existence juridique au moment du drame en cause et, d'autre part, les juges ne voulaient pas reconnaître un préjudice étant donné que l'enfant n'avait jamais connu la victime directe avant son handicap ou son décès. Certains juges du fond ont résisté à ce point de vue à l'instar du tribunal de grande instance de Niort qui a accepté de réparer le préjudice moral subi par des jumeaux dont le père est devenu handicapé suite à un accident ayant eu lieu avant leur naissance⁵¹⁶. Par cette décision le juge constate pour sa part que les jumeaux souffrent de la déficience de leur père et applique le principe *infans conceptus* pour permettre d'établir un lien de causalité entre la faute et le dommage. En effet, s'il n'est pas nécessaire que le dommage soit concomitant au fait générateur, rien ne prouve qu'un autre événement ne serait intervenu avant la naissance menant au même drame. Ainsi, « *la fiction supprime la succession des événements dans le temps* »⁵¹⁷ par le truchement du principe que nous étudions. Le fait de reconnaître l'existence juridique de l'enfant de manière fictionnelle permet d'assurer un préjudice certain, personnel et direct.

206. La reconnaissance du préjudice d'affection pour l'enfant à naître. - Par un arrêt du 14 décembre 2017, la deuxième chambre de la Cour de cassation, suivi plus tard la chambre

⁵¹⁴ La reconnaissance du préjudice d'affection s'est faite petit à petit par la pose initialement de conditions : que ce soit l'existence d'une créance d'aliment entre le demandeur et la victime (Civ., 13 fév. 1923 : *Gaz. Pal.* 1923, 1, 489, note Lalou) ou l'existence d'un lien de parenté ou d'alliance (Req., 2 fév. 1931 : *S.* 1931. I. 123) ou encore le demandeur devait apporter la preuve de l'exceptionnelle gravité du préjudice (Civ. 2^{ème}, 15 fév. 1956 : *D.* 1956. 350). Finalement, toutes ces conditions ont été levées : Cass. ch. mixte, 27 fév. 1970 : *GAJC*, vol. II, 11^e éd., n° 181-182 ; *JCP G* 1970, II, 16305, concl. Lindon, note Parlange ; *JCP G* 1971, I, 2390, note Vidal ; *Gaz. Pal. Rec.* 1970, 1, p. 163 ; *D.* 1970. 201, note Combaldieu ; *ibid.*, chron. 145, note Gomaa ; *RTD civ.* 1970. 353, obs. Durry.

⁵¹⁵ Refus de reconnaître un préjudice d'affection pour un enfant ayant perdu son grand-père alors qu'il était encore dans le ventre de sa mère : Civ. 2^{ème}, 4 nov. 2010, n° 09-68.903 : *D.* 2010. 2710 et 2011. 632, chron. H. Adida-Canac et S. Grignon Dumoulin ; *JCP* 2011. 435, obs. C. Bloch. De même, refus d'indemniser le préjudice subi du fait du handicap de son père apparu après un accident de la circulation s'étant produit alors que l'enfant était seulement conçu : Civ. 2^{ème}, 24 fév. 2005, n° 02-11.999 : *D.* 2005. 671, obs. F. Chénedé et 2006. 1929, obs. P. Jourdain ; *JCP* 2005. I. 249, obs. G. Viney ; *RCA* 2005. comm. 145, note S. Hocquet-Berg.

⁵¹⁶ TGI Niort, 17 sept. 2012, n° 11/01855 : *RTD civ.* 2013. 345, obs. J. Hauser : *RLDC* 2012, n° 99, note Philippot.

⁵¹⁷ M. Bacache, « Nouveau préjudice moral pour l'enfant conçu au jour du décès accidentel de son père », *D.* 2018. 386.

criminelle⁵¹⁸, a fait évoluer sa jurisprudence reconnaissant pour la première fois qu'un enfant, dont le père est décédé alors qu'il était encore dans le sein de sa mère, pouvait se prévaloir d'un préjudice d'affection⁵¹⁹. En l'espèce, un homme est décédé dans le cadre de son travail et sa veuve a alors agi en son nom et au nom de ses enfants en réparation du préjudice subi résultant de la douleur vécue suite à ce drame. Au terme de la décision le juge de cassation affirme que l'absence définitive d'un père constitue un préjudice moral. Ainsi, la Cour de cassation non seulement accepte qu'un préjudice moral soit reconnu pour l'enfant non encore né au moment du fait génératrice mais semble admettre que la preuve de la souffrance ne doit pas nécessairement être apportée. En effet, l'arrêt précise bien : que « *dès sa naissance, l'enfant peut demander réparation du préjudice* ». Le simple fait de grandir sans père est un préjudice. Il est à noter la différence avec le préjudice d'affection traditionnellement établi qui traduit une attache affective entre deux personnes s'étant connues. Ici, c'est la souffrance générée par la perte d'une chance de connaître son père ou de le connaître en bonne santé qui est réparée. L'affection réelle qui s'établit par le temps passé ensemble n'est donc pas le fondement du lien qui ouvre droit à réparation. Or, ce n'est pas l'unique fois qu'une décision est rendue en ce sens. En effet, en 2009, la première chambre civile a condamné un enfant à payer les frais d'obsèques de son père décédé alors qu'il n'était pas encore né, la succession n'étant pas suffisante⁵²⁰. C'était la sœur du défunt qui s'était acquittée de cette dette et s'était alors retournée vers la veuve, administrateur légal de l'enfant. Là encore, l'absence d'affection ne permettait pas de dispenser l'enfant de ce devoir qui s'appuie en réalité sur la piété filiale. Ainsi, l'affection ne suffit pas à définir la filiation, le lien de parenté pouvant également contenir des espoirs déchus et des devoirs amers.

Nous constatons donc que le principe *infans conceptus* peut jouer en matière patrimoniale et extrapatrimoniale. Il semble que l'extension puisse être infinie tant que cela serve l'intérêt de l'enfant à naître. Monsieur Louis Sebag a même proposé en son temps d'en faire application

⁵¹⁸ Crim., 10 nov. 2020, n° 19-87-136 : AJ pénal 2021. 31, note Y. Mayaud ; AJ fam. 2020. 679, obs. Mary ; Dr. fam. janv. 2021, note Ph. Bonfils ; D. actu. 15 déc. 2020, obs. Recotillet ; D. 2020. 2288 ; RCA 2021. comm. 2, S. Hocquet-Berg.

⁵¹⁹ P. Mistretta, « Droit pénal de la bioéthique : le coup de grâce ! », JCP G, n° 29-34, 18 juill. 2011. 845.

⁵¹⁹ Civ. 2^{ème}, 14 déc. 2017, n° 16-26.687 : Bull. civ. II, n° 235 ; D. actu. 10 janv. 2018, obs. A. Hacène ; AJ fam. 2018. 48, obs. M. Saulier ; RDSS 2018. 178, obs. T. Tauran, RTD civ. 2018. 72, obs. D. Mazeaud : ibid. 92, obs. A.-M. Leroyer ; ibid. 126, obs. P. Jourdain ; JCP 2018, n° 204, note J.-R. Binet ; Gaz. Pal. 2018. 214, note M. Dupré ; RCA 2018, étude 3, S. Hocquet-Berg ; LPA 24 mai 2018, note B. Bertier-Lestrade. La deuxième chambre de la Cour de cassation est allée plus loin encore puisqu'elle a accepté de reconnaître le préjudice moral d'une petite fille ayant perdu son grand-père : Civ. 2^{ème}, 11 fév. 2021, n° 19-23.525 : D. 2021. 349 ; AJ fam. 2021. 191, obs. Houssier ; RCA 2021. comm. 60 et alerte 10, note Bloch ; Civ. 2^{ème}, 11 mars 2021, n° 19-17.384 et n° 19-17.385 : D. 2021. 574 ; RTD civ. 2021. 388, obs. Leroyer.

⁵²⁰ Civ. 1^{ère}, 28 janv. 2009, n° 07-14.272 : Bull. civ. I, n° 12 ; D. 2009. Jur. 1927, note G. Raoul-Cormeil ; AJ fam. 2009. 127, obs. F. Chénedé ; RTD civ. 2009. 307, obs. J. Hauser.

aux personnes morales en cours de constitution⁵²¹. Cependant, si ce principe est souvent abordé dans le cadre de l'étude de la personnalité juridique, nous souhaitons l'aborder au sein de cette thèse parce que, comme nous allons le voir, c'est dans le cadre familial que cette fiction s'exprime. Ce sont les liens familiaux qui obligent le législateur et le juge à reconnaître la prochaine existence juridique de l'enfant conçu, ce qui rend incongrue la volonté d'extension du principe aux personnes morales.

2. Le statut *sui generis* de l'enfant conçu

207. Le respect du principe de simultanéité. - Le principe *infans conceptus* pose dans son énoncé un précepte bien défini : l'enfant simplement conçu est considéré comme né chaque fois qu'il pourra en tirer avantage à condition qu'il soit ultérieurement né vivant et viable. Nous remarquons que le principe *infans conceptus* ne remet pas en cause le principe de simultanéité qui commande que la personne physique soit reconnue à la naissance de l'enfant. Si la fiction juridique qu'il induit est permise c'est seulement par anticipation de la naissance d'un enfant vivant et viable.

208. La qualification *sui generis* de l'enfant à naître. - Ainsi, l'objet de ce principe est l'enfant conçu et nous nous retrouvons donc de nouveau devant un élément de droit « à part ». Celui-ci, tour à tour entendu comme « *personne potentielle* »⁵²², « *personne juridique conditionnelle* »⁵²³, « *personne humaine en devenir* »⁵²⁴, « *personne par destination* »⁵²⁵, « *support de projet* »⁵²⁶, « *sujet en puissance* »⁵²⁷, peine à trouver une qualification juridique. En effet, dans la bipartition du droit civil entre les personnes et les choses, il semble que si le fœtus n'est pas une personne, notre humanité ne peut le considérer comme une chose. Dans le paysage civiliste qui est le nôtre, l'enfant conçu est *sui generis*. A travers la formule de l'article 16 du Code civil qui dispose que notre droit « *garantit le respect de l'être humain dès le*

⁵²¹ L. Sebag, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, th. Paris, 1938, spéc. p. 322 et s.. Pour une jurisprudence réfutant cette application du principe *infans conceptus* aux personnes morales : Com., 15 oct. 1974, n° 73-13.321, *Bull. civ.* IV, n° 247.

⁵²² Avis CCNE sur les prélevements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques, 22 mai 1984. <https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis001.pdf>.

⁵²³ G. Raymond, « Le statut juridique de l'embryon humain », *Gaz. Pal.* 24 avr. 1993.

⁵²⁴ Crim. 14 oct. 1998, n° 97-83.877 : « (...) le droit à la vie n'est pas garanti au fœtus ou à l'embryon humain qui n'a pas la qualité de personne humaine mais seulement de « personne humaine en devenir » ».

⁵²⁵ J. Rubellin-Devichi, « Le droit et l'interruption de grossesse », *Petites affiches*, 7 juin 1996, 19, spéc. p. 23.

⁵²⁶ M.-A. Hermitte, « De l'avortement aux procréations artificielles, la toute-puissance du projet parental », *Nature Sciences Sociétés*, 2007/3, vol. 15, pp. 274-279, spéc. p. 278.

⁵²⁷ Avis CCNE relatif aux recherches et utilisation des embryons humains *in vitro* à des fins médicales et scientifiques, 15 déc. 1986, <https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/2021-02/avis008.pdf>.

commencement de sa vie », nous pouvons considérer l'enfant à naître comme un être humain dénué de la personnalité juridique, même si son statut continue à faire débat⁵²⁸. Si le constat semble simple, les conséquences juridiques sont difficiles à appréhender.

209. L'absence de régime juridique cohérent autour de l'enfant à naître... - Comme nous l'avons vu précédemment, il semble que le principe de droit privé soit une norme particulièrement adaptée pour les éléments qui ne trouvent pas leur place dans le paysage législatif en vigueur. Or, premier constat, si le principe *infans conceptus* a pour objet l'enfant à naître, seuls les fœtus qui naîtront vivants et viables peuvent bénéficier du régime qui en découle. Si ce principe semble servir les intérêts de l'enfant, certains y voient une négation supplémentaire de l'existence de l'enfant conçu en ce sens que cette existence est conditionnée au fait que le fœtus doit naître vivant et viable⁵²⁹. Ainsi, le principe à l'étude n'élabore pas un régime général autour de cette entité particulière qu'est l'enfant à naître. En effet, si « *tout objet auquel le droit s'applique acquiert une existence juridique* », il faut que cette reconnaissance ait une forme de cohérence. Force est donc de constater que l'enfant conçu ne bénéficie aujourd'hui d'aucun régime juridique propre. Prenons par exemple la loi sur l'avortement⁵³⁰ et les dispositions ouvrant droit à des recherches sur l'embryon. Ils ont traité de manière différente l'enfant à naître selon que nous sommes face à un embryon, un embryon *in vitro* ou un fœtus. « *Ainsi, au sens juridique du terme, la vie humaine ne serait plus ce processus continu que la science reconnaît. C'est une réalité que le droit appréhende par catégories en fonction du destin que la société ou des individus (...) assignent à cette vie humaine en développement* »⁵³¹. Le législateur a, en effet, posé différentes dérogations dans la protection de l'enfant à naître qui, aujourd'hui, ne cessent de s'étendre au point qu'il est parfois difficile de reconnaître le principe, le respect de la vie humaine, de ses exceptions.

210. ...entrainant des jurisprudences contradictoires. - Cela aboutit à une jurisprudence parfois contradictoire. Au sein du droit pénal par exemple qui, en appliquant scrupuleusement la théorie de la personnalité juridique, refuse la reconnaissance d'un homicide involontaire à

⁵²⁸ V. à ce sujet : A. Mirkovic, « Statut de l'embryon, la question interdite ! », *JCP G* n° 4, 25 janv. 2010. 99 ; C. Labrusse-Riou et F. Bellivier, « Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé », *Revue internationale de droit comparé*, 2002, pp. 579-601 ; G. Mémeteau, « La situation juridique de l'enfant conçu. De la rigueur classique à l'exaltation baroque », *RTD civ.* 1990. 611 ; R. Théry, « La condition juridique de l'embryon et du fœtus », *D.* 1982. chron. 231, n° 12.

⁵²⁹ En ce sens : M. Herzog-Evans, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *RTD civ.* 2000. 65.

⁵³⁰ L. n° 75-17, 17 janv. 1975, relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

⁵³¹ B. Mathieu, *La bioéthique*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2009, spéc. p. 102.

l'encontre de l'enfant non encore né⁵³². Selon la chambre criminelle de la Cour de cassation, il faut impérativement que l'enfant soit né vivant et viable pour qu'il y est une qualification d'homicide involontaire⁵³³. Peu importe donc la peine des parents, la faute du médecin, le préjudice même de l'enfant à naître à qui la chance de vivre est enlevé. Or, il y a un véritable malaise à accorder ou non la reconnaissance de l'humanité habitant l'enfant conçu en fonction d'un événement impondérable : la naissance. La vie est une réalité indépendante de la volonté humaine, elle n'est pas « *un don du droit* »⁵³⁴. D'ailleurs, cette position jurisprudentielle a suscité une levée de bouclier au sein de la doctrine⁵³⁵. Cette position est d'autant plus difficile à comprendre que la chambre criminelle a déjà été amenée par le passé à condamner un médecin dont la négligence a entraîné des dégâts irréversibles pour l'enfant avant même sa naissance vivant et viable. Si l'enfant était décédé au moment de la faute commise par le médecin alors ce dernier n'aurait pas été condamné. Il est vrai « *qu'à trop forcer les concepts, la fiction juridique, parfois nécessaire, risque de confiner à l'absurdité* »⁵³⁶. Il serait donc bon de rappeler, comme le font déjà certains juges du fond⁵³⁷, que l'*« l'homicide n'est pas la suppression de la personnalité juridique d'autrui, il est l'interruption de la vie »*⁵³⁸. L'enfant conçu est un être vivant qui, parce qu'il est aux prémices de toute vie humaine, s'il n'a pas un caractère sacré⁵³⁹, doit être protégé.

⁵³² Crim., 30 juin 1999, n° 97-82.351 : *JurisData* n° 1999-002903 ; *Bull. crim.* n° 174 ; *JCP G* 2000, II, 10231, note G. Fauré ; *D.* 1999. 710, note Vigneau ; *Defrénois* 1999, p. 710, note Ph. Malaurie ; *RSC* 1999. 813, obs. Y. Mayaud ; *Gaz. Pal. Rec.* 1999, 1, chron. crim., p. 16, obs. J.-P. Doucet ; *ibid.*, 2, somm., p. 676, note J. Bonneau ; *D.* 2000, somm. p. 27, obs. Y. Mayaud. Ass. plén., 29 juin 2001, n° 99-85.973 : *JurisData* n° 2001-010321 ; *JCP* 2001. II. 10569, rapp. P. Sargos, concl. J. Sainte-Rose, note M.-L. Rassat ; *Bull. crim. Ass. plén.* n° 165 ; *RTD civ.* 2001. 560, obs. J. Hauser ; *D.* 2001. 2917, note Y. Mayaud ; *ibid.*, p. 2907, note J. Pradel ; *dr. & patr.*, p. 99, obs. G. Loiseau ; *Crim.*, 25 juin 2002, n° 00-81.359 : *JurisData* n° 2002-015085 ; *Bull. crim.* n° 144 ; *JCP* 2002. II. 10155, note M.-L. Rassat ; *dr. pén.* 2002, comm. 93, M. Véron ; *D.* 2002. 3099, note J. Pradel ; *Rev. pénit.* 2003, p. 362, obs. J.-Y. Chevallier.

⁵³³ Crim., 14 juin 1957 : *D.* 1957, jurispr. p. 512 ; *Crim.*, 2 avr. 1992 : *Bull. crim.*, n° 140 ; *Crim.*, 25 janv. 1996 : *JurisData* n° 1996-004157 ; *Crim.*, 29 janv. 1999 : *Bull. crim.*, n° 161 ; *Crim.*, 10 janv. 2001 : *Bull. crim.*, n° 262 ; *Crim.*, 23 oct. 2001 : *Bull. crim.*, n° 217.

⁵³⁴ A. Decocq, *ibid.*, spéc. p. 2012.

⁵³⁵ En ce sens : J. Sainte-Rose, M.-L. Rassat et P. Sargos, « L'enfant à naître peut-il être victime d'un homicide involontaire ? L'assemblée plénière de la Cour de cassation prend position », *JCP G* n° 29, II, 10569 ; Y. Mayaud, « Stricte interprétation et triste destin pour l'enfant en voie de naître... », *RSC* 2003. 95 ; J. Pradel, « La seconde mort de l'enfant conçu », *D.* 2001. 2907 ; P. Murat, « La Cour de cassation et la vie humaine : où va le droit commun ? », *Dr. fam.* 2001, chron. n°24 ; J.-Y. Chevallier, « « Naître ou n'être pas », la chambre criminelle et l'homicide du fœtus », in *Droit et actualité : ét. offertes à J. Béguin*, Litec, Paris, 2005, pp. 125-140.

⁵³⁶ A. Le Gouvello, « Homicide involontaire du fœtus : les limbes du droit pénal », *Dr. fam.* avr. 2015, comm. 85.

⁵³⁷ Lyon, 13 mars 1997 : *D.* 1997. 557, note Serverin ; *JCP* 1997. II. 22955, note Fauré ; *dr. pénal* 1997, chron. 22, obs. Puigelier ; *Defrénois* 1997, art. 36578, p. 640, note Malaurie ; Versailles, 19 janv. 2000, n° 19/01508 : *JurisData* n° 2000-184299 ; Reims, 3 fév. 2000 : *D.* 2000. 873, note Chevallier ; *dr. pénal* 2000. comm. 54, obs. Véron ; *Gaz. Pal.* 2000. 1. 1106, note Bonneau ; *JCP* 2000. II. 10406, note Fauré ; TC Tarbes, 4 fév. 2014, n° 12021000029 : *JurisData* n° 2014-013013 ; *Dr. fam.*, juill. 2014, comm. 127, note Mirkovic, *AJ fam.* 2014. 145, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

⁵³⁸ A. Decocq, « La main d'Isabelle », in *mél. en l'honneur de Ph. Malaurie, Defrénois*, 2005, pp. 199 -213, spéc. p. 204.

⁵³⁹ En ce sens : CAA Douai, 2^e ch., 6 déc. 2005, n° 04DA00376 : *JurisData* n° 2005-291858 ; *AJDA* 2006. 442, concl. J. Le Goff ; *Dict. perm. Bioéthique*, bull. n° 156, p. 6525 ; *Dr. fam.* n° 3, mars 2006, note J.-R. Binet.

211. Des pistes pour un traitement juridique de l'enfant à naître. - Il serait donc bon de mener une véritable réflexion afin d'élaborer un régime juridique *ad hoc* cohérent attaché au fœtus. La doctrine a fait plusieurs propositions pour essayer de rendre les choix jurisprudentiels plus cohérents, appelant par exemple le législateur à créer un droit pénal de la bioéthique afin de poser une protection pénale du fœtus⁵⁴⁰ ou de créer une catégorie de choses méta humaines⁵⁴¹ ou encore de poser un seuil de reconnaissance de la personnalité juridique au sixième mois de l'enfant à naître⁵⁴². Mais, de manière plus simple, il semble qu'il existe déjà un régime général de protection de l'enfant conçu⁵⁴³. Or, au-delà de l'article 16 du Code civil, le Conseil Constitutionnel a fait implicitement mention du principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie⁵⁴⁴. Une reconnaissance plus officielle de ce principe, au travers d'un visa par exemple, donnerait force juridique à la reconnaissance de l'humanité de l'enfant à naître⁵⁴⁵. Cela assurerait l'élaboration d'un régime juridique protecteur de l'embryon qui ne remettrait pas en cause ni le droit à l'avortement, ni les recherches possibles sur l'embryon et qui ne viendrait pas bouleverser notre bipartition entre les personnes et les choses. Chaque loi relative à la bioéthique ouvre de nouvelles portes en faveur du développement de la biomédecine. Si le droit en ce domaine doit jouer un rôle de garde-fou, la reconnaissance officielle d'un tel principe serait le symbole d'une société soucieuse de respecter la dignité de tout être humain.

Si le principe *infans conceptus* regarde l'enfant conçu selon ce qu'il deviendra, c'est-à-dire une personne, il serait bon que le droit regarde une fois pour toute l'enfant qui se cache dans le sein de sa mère pour ce qu'il est : un être vivant⁵⁴⁶. Pour une question de dignité de l'être humain, nous ne pouvons plus « *voir dans le fœtus un « enfant à naître » que lorsque cela nous arrange* »⁵⁴⁷. Pour l'heure, le principe *infans conceptus* permet de protéger seulement les intérêts des fœtus qui naîtront vivants et viables.

⁵⁴⁰ P. Mistretta, « Droit pénal de la bioéthique : le coup de grâce ! », *op. cit.*

⁵⁴¹ G. Loiseau, « Pour un droit des choses », *D.* 2006. 3015.

⁵⁴² J.-P. Marguénaud, « La personnalité juridique du fœtus humain », in *Personnes et Famille. Hommages à J. Pousson-Petit*, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2016, pp. 139-150, spéc. p. 140.

⁵⁴³ En ce sens : J.-R. Binet, « Exceptio est strictissime interpretationis : l'enfant conçu au péril de la biomédecine » in *Libre droit. Mél. en l'honneur de Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2007, pp. 85-115, spéc. p. 94-95 : l'auteur démontre qu'il existe de nombreuses règles indirectes dont l'objet est de protéger la vie in utero, et que, par ailleurs, les règles portant atteintes à l'enfant conçu contiennent toujours des « *formulations restrictives* » démontrant leur caractère exceptionnel au principe.

⁵⁴⁴ Cons. const., 27 juill. 1994, n° 94-343/344 DC, Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal : *JO* 29 juill. 1994, p. 11024.

⁵⁴⁵ Une difficulté reste de mise concernant le statut des embryons *in vitro* qui par définition n'est pas dans le sein de sa mère et qui ne rentrerait pas dans ce principe. V. sur ce sujet : B. Mathieu, « Conformité à la Constitution des lois relatives au respect du corps humain et au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal », *D.* 1995. 237.

⁵⁴⁶ Il paraît aujourd'hui difficile de penser que les animaux soient mieux considérés que l'enfant à naître, ces derniers étant des êtres vivants doués de sensibilité selon l'article 515-14 du Code civil.

⁵⁴⁷ C. Neirinck, « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ? », *D.* 2003. 841.

B) L'attachement du principe *infans conceptus* à la famille

212. Annonce du plan. - La reconnaissance de l'enfant conçu comme être humain par l'ensemble de la société et non seulement par la famille qui espère le tenir un jour dans ses bras, est une question de dignité de la personne humaine. En ce sens, cette reconnaissance est fondamentale. Cependant, en nous penchant sur l'application du principe *infans conceptus*, il s'avère que cette fiction juridique, si elle profite à l'enfant, est toujours invoquée par les membres de la famille. Cela s'explique d'une part par la confusion existante entre la mère et l'enfant qu'elle porte (1) et, d'autre part, parce que les liens familiaux ne sont pas uniquement l'apanage du droit (2).

1. La confusion entre le fœtus et sa mère

213. L'enfant à naître inséparable du corps de sa mère. - Selon un autre héritage du droit romain, l'enfant à naître est *pars viscerum matris* c'est-à-dire un morceau des entrailles de sa mère. L'enfant de ce point de vue n'est pas une personne humaine potentielle indépendante mais une partie du corps de la femme qui le porte. Si juridiquement la mère est la femme qui accouche, le lien charnel est quant à lui existant dès la conception. Cette similitude est telle, qu'une confusion existe entre ces deux êtres et entraîne un lien indéfectible : l'enfant conçu n'existe que par sa mère qui le porte. Certes la reconnaissance de la filiation n'intervient que simultanément avec l'apparition de la personnalité juridique, sauf les cas d'accouchement sous X, mais il est certain que des liens se tissent en amont. L'enfant ne s'installe jamais au sein d'une famille du jour au lendemain, il s'insère discrètement au travers le corps de sa mère.

214. La disposition du fœtus par la femme qui le porte. - L'embryon est défini comme l'enfant conçu dont le stade de développement va de zéro à huit semaines, moment à partir duquel la médecine considère que les principaux organes sont formés. L'embryon devient alors un fœtus jusqu'à sa naissance. Or, jusqu'à la quatorzième semaine⁵⁴⁸, la femme peut choisir d'interrompre sa grossesse. Ce droit est revendiqué notamment au nom de la liberté de la femme de disposer de son corps. Ainsi, il semble qu'en choisissant d'arrêter la vie intra-utérine qui

⁵⁴⁸ Ce délai est passé dix à douze semaines par une loi du 4 juill. 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception. Puis, de douze à quatorze semaine avec la loi : L. n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement. V. sur ce sujet : L. Marguet, « Loi n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement : un renforcement en demi-teinte », *La revue des droits de l'Homme*, avr. 2022, <https://doi.org/10.4000/revdh.14614> ; N. Kermabon, « Les modifications de l'encadrement juridique de l'IVG par la loi du 2 mars 2022 », *Dr. fam.* avr. 2022, ét. 9.

commence, la femme ne fait qu'effectuer un choix relatif à son propre corps. Par là même, une confusion est faite entre le corps de l'enfant et celui de la mère et la liberté d'en disposer semble ici être totale. Sans revenir sur l'existence réelle de la libre disposition du corps humain, en l'occurrence, « *l'IVG fait ressortir l'existence d'un droit de disposer juridiquement de son corps par la femme qui n'est incontrôlé qu'en ce domaine* »⁵⁴⁹. Ainsi, la confusion mère-enfant conçu est poussée à son paroxysme. Pourtant, ce n'est pas l'emprise de l'enfant sur son corps qui pousse la femme à avorter mais seulement le souhait de ne pas avoir d'enfant. En ce sens, c'est le droit à l'enfant ou de ne pas en avoir, droit relativement nouveau puisque aussi bien les modes de contraceptions que le droit à l'avortement sont apparus à la fin du XX^e siècle⁵⁵⁰, qui sous-tend la liberté d'avortement et non celle de pouvoir disposer de son corps. Vouloir faire de l'IVG un simple moyen de jouissance corporelle, réduit l'importance que cet acte représente pour la femme qui avorte et pour la société tout entière⁵⁵¹.

De même, si l'interruption volontaire de grossesse est strictement réglementée, nous constatons que l'article L1241-5 du Code de la santé publique qui vient apporter des limites spécifiques sur le prélèvement, la conservation et l'utilisation de l'embryon ou du fœtus avorté, se situe sous le chapitre relatif au don et utilisation des éléments et produits du corps humain. Là encore, l'enfant conçu et avorté est réduit à un élément du corps humain qui ne peut être par déduction que celui de la mère. Cette dernière est d'ailleurs la seule à pouvoir donner son consentement écrit pour effectuer de tels prélèvements. Cette confusion ne peut cependant qu'être limitée. D'une part, au-delà de quatorze semaines, la femme n'est plus en mesure de mettre fin à sa grossesse sauf pour motif médical. D'autre part, les réactions suscitées par l'étude de l'allongement de la durée légale d'avortement pour cause de détresse psycho-sociale, montre que ce sujet heurte directement nos conceptions de la vie humaine⁵⁵². Il est délicat de traiter juridiquement un enfant conçu comme un simple produit du corps de la femme.

Malgré ces considérations, porter un enfant reste aux yeux de la société un choix avant tout féminin. La grossesse non désirée reste ressentie comme un asservissement de la femme et non du couple, comme de la société tout entière non plus parce que bien souvent ce sont les mères

⁵⁴⁹ S. Prieur, *La disposition par l'individu de son propre corps*, th. ss. dir. É. Loquin, Dijon, Les Études hospitalières, 1998, n° 597, spéc. p. 395.

⁵⁵⁰ Sur ce sujet, v. : F. Bouvier, *Maternité et liberté : avortement, contraception, statut de l'embryon*, l'Harmattan, 2012, pp. 210 ; A.-L. Youhnovski Sagon, *Le droit de la vie humaine - Contribution à l'étude des relations entre la vie humaine et le droit*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2023.

⁵⁵¹ L'interruption volontaire de grossesse ne saurait être un acte anodin, nous en voulons notamment pour preuve l'article L2212-8 du Code de la santé publique qui permet au praticien d'invoquer la clause de conscience afin de refuser de procéder à un avortement.

⁵⁵² V. sur ce sujet : « Avortement : La proposition de loi qui sème la zizanie dans la majorité », *20 minutes*, 7 oct. 2020, <https://www.20minutes.fr/politique/2879635-20201007-avortement-proposition-loi-seme-zizanie-majorite>.

qui assument seules l'arrivée d'un enfant mais aussi parce que seul son corps sera marqué physiquement par cet enfantement.

215. La protection de l'enfant à travers la mère. - La confusion mère-enfant se voit aussi indirectement à travers les protections instaurées en faveur de la femme enceinte. Celle-ci a droit en effet à un suivi médical particulier qui sera entièrement remboursé par la sécurité sociale à partir du sixième mois de grossesse. Ce suivi est accompagné du congé maternité qui commence en général avant la naissance de l'enfant. De même, les articles L. 1225-1 et suivants du Code du travail ont vocation à protéger la femme en état de grossesse. Elle est juridiquement protégée contre une discrimination en raison de son état, les licenciements sauf pour faute grave n'ayant aucun lien avec sa grossesse sont interdits⁵⁵³, des aménagements de son emploi du temps doivent pouvoir être organisés... Toutes ces dispositions, si elles protègent la femme enceinte, protègent également l'enfant qu'elle porte. La santé physique et psychologique de la mère est essentielle à la santé de l'enfant et en prenant soin de la première nous prenons soin du second. Cette dépendance de l'un vis-à-vis de l'autre se retrouve au travers toutes ces dispositions législatives et réglementaires.

Cette confusion que nous venons de démontrer à travers les lois et règlements est de longue date puisque « *bien avant l'invention de l'échographie, la pensée commune considère la femme enceinte comme un corps transparent : tout ce qui l'atteint d'une manière ou d'une autre, en bien ou en mal, a des effets sur le fœtus* »⁵⁵⁴. Ainsi, la femme, avant même d'accoucher, est en réalité déjà mère et nous la traitons comme telle. L'enfant conçu quant à lui, s'il n'est juridiquement pas reconnu, dispose déjà de liens familiaux certes pas juridiques mais réels. Cela explique le fait que, comme nous allons le voir, le principe *infans conceptus* ne joue qu'à travers des liens intrafamiliaux.

⁵⁵³ V. en ce sens : Soc., 3 avr. 1984, n° 80-40.965 : *JurisData* n° 1984-700939 ; *JCP E* 1984, I, 13566 ; *Juri-social* 1984, F 63. D'un point de vue administratif : CE, Ass., 8 juin 1973, *Dame Peynet* : *Leb.* p. 406 concl. S. Grevisse ; AJDA 1973, p. 587, chron. Franc et Boyon. Cet arrêt s'appuie sur le principe général selon lequel aucun employeur ne peut, sauf dans certains cas, licencier une salariée en état de grossesse. Récemment les juges de la Cour de cassation ont même précisé que le licenciement ne peut être préparé pendant la période de protection de la femme enceinte pour qu'il ait lieu en fin de grossesse : Soc., 1^{er} fév. 2017, n° 15-26.250.

⁵⁵⁴ M.-F. Morel, « Grossesse, fœtus et histoire », in *La grossesse, l'enfant virtuel et la parentalité*, PUF, coll. Monographies de la psychiatrie enfant, 2004, spéc. p. 26.

2. L'inscription de l'enfant conçu au sein d'une famille à travers le principe *infans conceptus*

216. Des liens familiaux préexistant à la naissance. - La filiation est un élément de l'état des personnes qui devient effectif au moment de la naissance. Certes, celle-ci peut évoluer, une filiation pouvant être reconnue ou contestée après la naissance de l'enfant. De même que le statut de l'enfant conçu est aujourd'hui discuté, l'interrogation qui peut également se poser est de savoir si, finalement, la reconnaissance juridique des liens familiaux de l'enfant à naître n'est pas existante avant la naissance au sein de notre droit notamment au regard de l'application du principe *infans conceptus*.

Tout d'abord, sur l'établissement d'une filiation avant la naissance, nous pouvons remarquer que la reconnaissance de l'enfant peut être faite de manière anténatale⁵⁵⁵. Ainsi, l'existence de l'enfant est reconnue, bien que cela ne soit, jusqu'à sa naissance, qu'un acte personnel. Cependant, tout personnel qu'il soit, cet acte a des conséquences juridiques concernant par exemple le nom de l'enfant. Ainsi, la Cour d'appel de Versailles s'est retrouvée face au cas où deux parents avaient fait une déclaration prénatale et la mère également une déclaration après la naissance. Ces derniers se disputaient la transmission de leur nom à l'enfant. Les juges ont répondu que c'est le nom de l'auteur la reconnaissance anténatale la plus ancienne qui doit être donnée à l'enfant⁵⁵⁶. Nous pouvons en conclure que ce qui a été fait, alors que la personnalité juridique de l'enfant n'est pas existante, a des conséquences juridiques.

De même, la première chambre civile a accepté qu'une possession d'état d'enfant légitime puisse être établie vis-à-vis de l'enfant conçu⁵⁵⁷. En l'espèce, l'époux avait connaissance de la grossesse de sa femme et « *avait manifesté par son comportement qu'il considérait l'enfant à naître comme le sien* ». Vraisemblablement, le droit admet que le statut de père puisse exister dès la conception.

217. La reconnaissance affective par la famille de l'enfant *in utero* qui ne peut être niée.

- Ainsi, comme nous venons de le voir, la création des liens familiaux s'établissent, dans les faits, souvent avant la naissance de l'enfant et le droit se retrouve contraint de les reconnaître dans certaines situations. En ce qui concerne le principe *infans conceptus*, son application en

⁵⁵⁵ Civ., 16 déc. 1811 : *Jur. gén.*, vo Paternité et filiation, n° 520 ; S. 1809-1811. I. 433.

⁵⁵⁶ Versailles, 25 juin 1992 : *D.* 1993. 169, note F. Granet-Lambrechts.

⁵⁵⁷ Civ. 1^{re}, 14 fév. 2006, n° 03-19.533 : *Bull. civ.* I, n° 78 ; *D.* 2006. IR. 603 ; *RTD civ.* 2006. 293, obs. J. Hauser ; *Defrénois* 2006. 1325, obs. J. Massip ; *RJPF* 2006-5/36, note Th. Garé ; *JCP* 2006. I. 199, n° 4, obs. Y. Favier. Dans le même sens : TGI Strasbourg, 15 sept. 1983 : *D.*, 1984, IR, 317, obs. D. Huet-Weiller.

jurisprudence semble faite exclusivement dans le cadre d'une relation familiale. Nous voyons en effet que les litiges faisant appel à ce principe sont liés à son statut de fils ou de fille : la succession d'un parent, une assurance-vie au bénéfice des enfants du souscripteur, un préjudice d'affection qui se fonde sur l'absence de père. Bien évidemment, ce principe n'est pas applicable seulement au sein de la cellule familiale. Cependant, l'enfant conçu a une réalité avant tout dans l'esprit de la famille qui s'apprête à l'accueillir. Ainsi, nous pouvons comprendre le revirement de la Cour de cassation à propos du préjudice d'affection⁵⁵⁸ seulement si nous prenons en compte les attachements d'un père à son enfant et d'un enfant à son père. De même le législateur, en acceptant que l'enfant conçu puisse succéder, inscrit ce dernier dans des liens familiaux avant même sa naissance. La légitimité du principe que nous étudions tient donc au fait que l'enfant conçu préexiste au sein de la famille avant même son existence juridique. En ce sens, le principe *infans conceptus* traduit l'attachement de l'enfant à naître à sa famille avant même sa naissance.

§ 2. Principe de l'indisponibilité de l'état des personnes

218. Définition de l'état des personnes. - Pour comprendre le principe de l'indisponibilité de l'état de personnes, il est important de savoir ce à quoi il se rapporte. Le professeur Cornu précisait que l'état d'une personne comprend « *l'ensemble des éléments qui concourent à identifier et à individualiser chaque personne dans la société* »⁵⁵⁹. Le professeur Planiol, quant à lui, définissait plus simplement l'état des personnes comme « *certaines qualités que la loi prend en considération pour y attacher des effets juridiques* »⁵⁶⁰. L'état individualise juridiquement une personne par la reconnaissance de certains attributs, ce qui permettra alors de poser les droits et les devoirs de chacun : en tant qu'époux, en tant que femme, en tant qu'adulte... Autour de cette notion juridique se construisent et s'appliquent des normes de droit.

219. L'impératif de stabilité de l'état des personnes. - L'individualisation des individus étant primordiale pour les échanges humains, il était important de soustraire des volontés humaines ce qui constitue l'état des personnes. Très tôt la Cour de cassation a rappelé

⁵⁵⁸ V. *supra*, n° 205.

⁵⁵⁹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique : Association Henri Capitant*, op. cit., spéc. p. 419.

⁵⁶⁰ M. Planiol, refondu et complété par G. Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil – Tome I Principes généraux, Personnes et Biens.*, op. cit., spéc. p. 184. Dans le même sens : « l'état d'une personne c'est l'ensemble des qualités attachées à celle-ci et qui produisent des effets juridiques ». M. Parquet, op. cit. spéc. p. 71.

l'importance de l'état civil, socle officiel et permanent de ce qui compose l'état de chaque individu. Ainsi, dès la première moitié du XIXe siècle, la Haute Cour a affirmé que « *l'état des personnes, consistant dans les rapports que la nature et la loi civile établissent indépendamment de la volonté des parties, n'estant ni dans le commerce ni à la libre disposition de celui à la personne duquel il s'identifie, ne peut faire la matière d'une convention* »⁵⁶¹. La Cour de cassation a, par une jurisprudence ancienne et constante, considéré que l'état des personnes est indisponible.

Ce principe, présent depuis longtemps dans l'esprit des juges, a été visé pour la première fois le 11 décembre 1992⁵⁶². Ce jour-là, en réalité deux arrêts ont été rendus ayant les mêmes faits d'espèce à savoir, un individu né de sexe masculin mais s'étant toujours considéré comme femme. Le requérant avait suivi un traitement médico-chirurgical, il avait également un comportement social correspondant à celui de l'autre sexe. La Cour de cassation, au vu de ces éléments et constatant que la personne présentait un syndrome de transsexualisme, affirma qu'un changement de sexe à l'état civil dans ces conditions n'était pas contraire au principe d'indisponibilité de l'état des personnes. Ces arrêts font suite à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁶³ en raison de son refus catégorique de changer l'état civil d'une personne transsexuelle⁵⁶⁴. Si, en 1992, la Cour de cassation contrainte, opère un revirement de jurisprudence, c'est avec beaucoup de précaution : d'une part elle pose cinq conditions à tout changement de sexe à l'état civil notamment une modification physique irréversible du sexe de la personne. D'autre part, de manière plus subtile, en visant le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, les juges de la Cour de cassation tiennent à montrer l'attachement et l'effectivité de ce principe en droit français⁵⁶⁵.

220. Annonce du plan. - En effet, si ce principe était sous-entendu dans notre législation, de nouvelles problématiques apparaissent pendant la seconde moitié du XXe siècle à travers les

⁵⁶¹ Civ., 12 juin 1838, *Jur. Gén. Dalloz*, t. XXXV, 1855, Ve Paternité et filiation, n° 633-2°, p. 379. Dans le même sens : Civ., 14 juin 1858, *DP* 1858, 1, p. 247 : « *la constatation régulière de l'état civil des personnes est une base essentielle de l'ordre social ; qu'il n'importe, en effet, pas moins qu'à la bonne police de l'Etat qu'aux intérêts privés et de la famille, qu'en ce point toutes les situations soient nettement fixées et clairement définies* »

⁵⁶² Ass. plén., 11 déc. 1992 : *Bull. civ.* n° 13 ; *JCP G* 1993. II. 21991, concl. M. Jéol, note G. Mémeteau ; *Petites affiches*, 17/3/1993, n° 33, note J. Massip ; *Defrénois* 1993, art. 35502, p. 414, note J. Massip ; *RTD civ.* 1993. 97, obs. J. Hauser.

⁵⁶³ CEDH, 25 mars 1992, *Botella c/ Fr.* : *JCP G* 1992. II. 21955, note T. Garé ; *JCP G* 1993. I. 3654, n° 19, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 1992. 540, obs. J. Hauser ; *D.* 1992, som. com. p. 325, obs. J.-F. Renucci ; *D.* 1993, *jurisp.* p. 101, note J.-P. Marguénaud.

⁵⁶⁴ V. en ce sens : Civ. 1^{re}, 21 mai 1990 : *Bull. civ.* 1990, I, n° 117 ; *D.* 1991. 169, rapp. J. Massip ; *JCP G* 1990. II. 21588, rapp. J. Massip, concl. F. Flipo ; *Gaz. Pal.* 1991, 1, p. 33, concl. F. Flipo ; *RTD civ.* 1991. 289, obs. J. Hauser : « *Mais attendu que le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'ayant pas pour autant acquis ceux du sexe opposé* ».

⁵⁶⁵ V. sur ce sujet : P. Égea, « *L'indisponibilité de la personne : Confession d'un masque* », in *La personnalité juridique*, Presse de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2013. <https://books.openedition.org/putc/3038?lang=fr>.

progrès de la biomédecine. Ces progrès vont de pair avec l'émergence de nouvelles revendications individuelles au sujet desquelles le droit ne peut plus se taire, contraint par la Cour européenne des droits de l'homme et les mœurs nouvelles embrassées par une partie de la société. C'est dans ce contexte que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes s'est construit (A) et a participé au remodelage du droit de la famille actuel (B).

A) Les vicissitudes du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes

221. Annonce du plan. - Le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes a eu une existence discrète mais certaine jusqu'à la fin du XXe siècle. Or, au fur et à mesure que sa reconnaissance s'est étendue, au fur et à mesure que les gages de son caractère prépondérant ont été donnés, étant d'abord visé puis qualifié d'essentiel (A), son application a été concomitamment écartée, contrainte par une jurisprudence européenne hostile et des revendications individuelles pressantes (B).

1. L'affirmation du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes

222. La reconnaissance nécessaire d'un principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. - En 1992, l'assemblée plénière de la Cour de cassation vise pour la première fois le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. En effet, au moment de l'écriture du Code civil, la question de l'indisponibilité de l'état des personnes ne posait guère de difficultés, l'état civil se contentant de constater des états de fait. La réalité sur laquelle le droit se fondait était alors objective : une date de naissance, un sexe, un mariage célébré... A part le nom de famille dont l'indisponibilité avait été proclamée avant 1804⁵⁶⁶, une disponibilité de l'état des personnes était inenvisageable dans les faits tant et si bien qu'aucune loi ne l'avait interdite.

Les nouvelles revendications nées durant la seconde moitié du XXe siècle et qui tendent à réclamer la modification de son état, ont d'abord été niées par le législateur. Les premières lois bioéthiques de 1994, si elles ont su poser un cadre légal à certaines suppliques sociales telles que l'assistance médicale à la procréation, l'interdiction de la gestation pour autrui ou le don d'organe, n'ont pas été suffisantes. Ainsi, le juge a été contraint de se positionner sur certaines nouvelles problématiques juridiques telles que la demande de changement de sexe à l'état civil. Or, en prenant position sur ce sujet, la Cour de cassation a donné au principe une légitimité

⁵⁶⁶ V. *supra.*, n° 172.

juridique incontestable. Ces décisions seront ensuite renforcées par un nouvel arrêt de la Cour de cassation le 18 octobre 1994⁵⁶⁷.

223. La qualification de l'indisponibilité de l'état des personnes comme principe essentiel. - Par ailleurs, l'indisponibilité de l'état des personnes n'a pas seulement eu l'adoubement du visa de principe. Le 6 avril 2011, la première chambre civile de la Cour de cassation qualifie cette règle de principe essentiel du droit français. Il s'agit en réalité de trois arrêts refusant de faire produire des effets à une convention portant sur une gestation pour le compte d'autrui réalisée à l'étranger⁵⁶⁸. Ainsi, le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes bénéficie d'une force normative de premier rang. Le parallèle est en effet souvent fait entre un ordre public international et les principes essentiels. Cependant, ces derniers, qui défendent certaines valeurs chères à la nation, ne souffrent, en principe, d'aucun effet atténué. « *Cet absolutisme des principes essentiels explique que, jusqu'alors, la Cour de cassation ne les ait retenus que dans le domaine du droit des personnes afin de garantir une complète cohérence de l'ordre juridique français* »⁵⁶⁹. Le législateur à travers l'article 16-7 du Code civil a souhaité que la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui soit empêchée par une interdiction d'ordre public. Le juge en se reposant sur l'indisponibilité de l'état des personnes est alors allé plus loin dans la force de l'interdit en parlant de principe essentiel et il a également posé une interdiction plus générale que le seul cas de la gestation pour autrui. Le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes est reconnu comme une valeur fondamentale de notre société et en ce sens, doit résider au plus haut niveau de la hiérarchie des normes. C'est pourquoi, la filiation étant un élément de l'état des personnes, il devrait être impossible de fausser son établissement à travers une pratique condamnée légalement. Si l'indisponibilité de l'état des personnes est un principe de droit, essentiel qui plus est, il ne peut être accepté une pratique ayant « *pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspond pas à la filiation réelle au moyen d'une revendication et d'une cession des droits reconnus par la loi à la future mère* »⁵⁷⁰. Cette consécration du principe d'indisponibilité de l'état des personnes,

⁵⁶⁷ Civ. 1^{ère}, 18 oct. 1994 : *Defrénois* 1995. 721, obs. Massip ; *RTD civ.* 1995. 598, obs. Hauser.

⁵⁶⁸ Civ. 1^{ère}, 6 avr. 2011, n° 09-17.130, n° 09-66.486 et n° 10-19.053 : *R.*, 400 ; *D.* 2011. 1064, obs. X. Labbée ; *ibid.* 1522, note Berthiau et Brunet ; *ibid.* Pan. 1585, obs. Granet-Lambrechts ; *ibid.* Pan. 1995, obs. Gouttenoire ; *JCP* 2011, n° 441, obs. Vialla et Reynier ; *AJ fam.* 2001. 262, obs. Chénédé ; *RTD civ.* 2011. 340, obs. Hauser ; *Gaz. Pal.* 2011. 1489, avis Domingo ; *ibid.* 1512, note Weiss-Gout ; *RLDC* 2011/82, n° 4244, obs. Gallois ; *Rev. crit. DIP* 2011. 722, note Hammje.

⁵⁶⁹ Rapp. annuel 2013 de la Cour de cassation, *L'ordre public*, éd. La documentation française, spéc. p. 199. https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2013_6615/etude_ordre_66_24/titre_3_sources_internes_6630/consecration_jurisprudentielle_29152.html.

⁵⁷⁰ Civ. 1^{ère}, 13 déc. 1989 : *D.* 1990. 273, rapp. Massip ; *Defrénois* 1990, art. 34802, n° 55, obs. Aubert ; art. 34815, rapp. Massip ; *JCP* 1990. II. 21526, note Sériaux.

pleinement assumée en 2011 par la Cour de cassation, ne sera cependant pas pérenne comme nous allons le voir désormais.

2. La négation du principe d'indisponibilité de l'état des personnes

224. Les négations successives du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes.

- La consécration du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes par un visa qui lui est dédié, s'est réalisée à l'occasion d'une affaire où, justement, la Cour de cassation accepta d'y déroger. En effet, il est permis depuis 1992 à un individu de modifier son sexe à l'état civil sous certaines conditions.

Certaines revendications individuelles ont conduit à un assouplissement de l'application du principe d'indisponibilité de l'état des personnes, nous ne pouvons que constater l'existence d'un mouvement jurisprudentiel qui privilégie la prise en compte des différentes contingences individuelles. Si les exceptions originelles au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne constituaient pas un danger pour l'effectivité de celui-ci (a) la prise en compte désormais d'éléments subjectifs (b) et de réalités illégales (c) pose la question de son existence normative.

- a. Des exceptions légales ne remettant pas en cause le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes

225. L'état des personnes : une prérogative du législateur. - Avant même le changement de sexe à l'état civil, certaines exceptions au principe étaient posées par le législateur. Ainsi, par exemple, il est possible de mettre fin à son mariage par un divorce par consentement mutuel depuis 1975, il est possible de nier son état de mère en confiant son nouveau-né à l'adoption ou encore, il est possible, une fois majeur, de consentir à sa propre adoption. La différence est que ces exceptions touchent des situations que le droit ne peut empêcher (l'abandon d'enfant, couple qui se sépare...) et n'étaient pas posées par des problématiques nouvelles. L'acceptation du changement de sexe est en effet le fruit d'une revendication rendue possible grâce à la médecine et touche à la dimension strictement individuelle de l'état des personnes.

En outre, les exceptions citées étaient permises par la loi contrairement à l'adaptation de l'état civil au changement de sexe. Cela démontre l'empiètement progressif sur le pouvoir législatif de la part du juge d'autant plus que l'article 34 de la constitution indique explicitement

que l'état des personnes fait partie du domaine de la loi. A ce propos, le Président Lamanda, dans son discours devant la Cour de cassation, explique le nouvel état d'esprit de la jurisprudence de la fin du XXe siècle par ces mots : « *Ici, l'épanouissement personnel est posé comme ambition. L'individu veut se forger une identité « physique » ou « numérique ». Il revendique de pouvoir savoir ou choisir qui il est : connaître ses origines, désigner son genre, modifier son état civil, construire sa filiation* »⁵⁷¹. Dans cet état d'esprit, le principe d'indisponibilité de l'état des personnes apparaît comme une norme oppressante et non plus comme une garantie de stabilité et de sécurité juridique.

226. Des exceptions posées par la jurisprudence. - Or, le juge, en visant le principe d'indisponibilité de l'état des personnes, va dans le même temps prendre la main sur son application. Le silence du législateur permettra au juge de poser de nombreuses exceptions au principe⁵⁷². En effet, les années 1990 vont être le point de départ de mises à l'écart de plus en plus régulières du principe en faveur de ce que certains nomment un droit à l'autodétermination⁵⁷³.

Comme le dit Madame le professeur Laroche-Gisserot, l'état est lié à la personne « *comme une ombre à son corps* »⁵⁷⁴, reste à savoir quelle part doit être laissée à la volonté dans la détermination de sa personne. Jusqu'il y a peu, la volonté n'avait que peu de prise sur l'état des personnes. Cela est de moins en moins vrai et la recherche biomédicale permet de plus en plus de contourner ce qui, jusqu'il y a récemment, était gravé irrémédiablement dans notre chair : l'accouchement, le sexe, sa date de naissance, sa famille... La médecine offrant de nouvelles possibilités d'évolution des individus, les désirs de ces derniers se sont faits alors plus criants. Le droit, face à la légitimité de ces désirs, a réinterprété petit à petit le régime juridique attaché au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes.

⁵⁷¹ V. Lamanda, Discours prononcé lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire du 9 janv. 2014 : <https://www.fbls.net/cassation2014.htm>.

⁵⁷² V. en ce sens le manuel des professeurs F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil : les personnes*, Dalloz, 8^e éd., 2012, spéc. p. 148 : « *force est donc d'admettre que, si de nombreuses règles relatives à l'état d'une personne relèvent bien de l'idée d'indisponibilité, le principe même d'indisponibilité est loin d'avoir cette portée qui, si elle avait existé et compte tenu de l'air du temps et du bavardage intempestif du législateur, aurait porté à l'inscrire dans le Code civil* »

⁵⁷³ V. en ce sens : « La mention du sexe à l'état civil : De l'indisponibilité de l'état des personnes à l'autodétermination », Conférence de D. Borillo dans le Coll. internat. « *De l'hermaphrodisme à l'intersexuation* », Université Paris Diderot, 24 juin 2017. <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01597545/document>.

⁵⁷⁴ F. Laroche-Gisserot, *Leçons de droit civil – Les personnes, la personnalité et les incapacités – t. I*, op. cit..

b. La prise en compte d'éléments subjectifs remettant en cause le principe d'indisponibilité de l'état des personnes

227. L'ouverture originelle stricte du changement de sexe à l'état civil. - Tout d'abord, il est intéressant de se pencher sur la permission donnée aux individus transsexuels de changer de sexe à l'état civil. Nous l'avons vu, en 1992 les conditions étaient telles que le demandeur se retrouvait contraint non pas de démontrer sa volonté de changer de sexe mais de démontrer que ce changement était une question de santé personnelle. En ce sens, le professeur Morvan faisait remarquer qu'il ne saurait donc y avoir une exception au principe en l'espèce puisque la Cour de cassation ne fait que reconnaître le syndrome du transsexualisme⁵⁷⁵. Ainsi, la demande de changement de sexe n'était pas le fruit d'une simple volonté individuelle mais d'un besoin irrépressible du requérant. Il n'en reste pas moins que depuis ce revirement de jurisprudence, le juge s'appuie sur une réalité subjective afin de modifier l'état civil. De ce fait, le principe d'indisponibilité ne fait déjà plus l'objet d'une application stricte.

228. Des conditions qui s'assouplissent. - Au fur et à mesure des décisions les conditions *sine qua non* se sont amenuisées notamment sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme et également par la volonté politique de faciliter les transformations revendiquées par les individus se présentant comme transsexuels. Ainsi, après que la Cour européenne ait précisé que le choix du sexe est protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif au droit au respect de la vie privée et familiale⁵⁷⁶, la Cour de cassation va réduire à deux les conditions permettant aux individus transsexuels de changer de sexe. Il faudra désormais établir l'existence d'un syndrome transsexuel et établir le caractère irréversible de la transformation⁵⁷⁷. Les conditions médicales qui continuent à être exigées seraient cependant un « *injuste équilibre* »⁵⁷⁸ et l'inquiétude d'une instabilité de l'état civil, notamment par rapport aux conséquences sur la filiation, serait excessive selon une partie de la doctrine⁵⁷⁹. Ces exigences médicales allaient à l'encontre du décret du 8 février 2010 qui retirait les troubles de

⁵⁷⁵ P. Morvan, *Le principe de droit privé*, op. cit..

⁵⁷⁶ CEDH, 11 juill. 2002, n° 28957/95, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni* : D. 2003. 525, obs. C. Bîrsan, et 1935, chron. J.-J. Lemouland ; AJDA 2002. 1277, chron. J.-F. Flauss ; RDSS 2003. 137, obs. F. Monéger ; RTD civ. 2002. 782, obs. J. Hauser, et 862, obs. J.-P. Marguénaud.

⁵⁷⁷ Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, n° 11-22.490 et n° 10-26-947 : Dr. fam. 2012, comm. 131, obs. Ph. Reigné ; D. 2012. 1648, note F. Vialla. Dans le même sens : Civ. 1^{ère} 13 fév. 2013, n° 11-14.515 et 12-11.949 : D. 2013. 1089, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; ibid, p. 499, obs. I. Gallmeister ; AJ fam. 2013. 182, obs. G. Vial ;

⁵⁷⁸ Ph. Reigné, « Changement d'état civil des personnes transidentitaires : l'*injuste équilibre* », JCP G, 25 fév. 2013. 227.

⁵⁷⁹ S. Paricard, « Le transsexualisme, à quand la loi ? », Dr. fam. 2012, n° 1, p. 13 ; S. Paricard, « Vers un droit spécial de la filiation ? » D. 2018. 75.

l'identité de genre de la liste des affections psychiatriques de longue durée⁵⁸⁰. Le terme « syndrome du transsexualisme » est alors remplacé par celui de la « dysphorie du genre ».

229. Les conditions remplacées par des preuves propres à chaque individu. - C'est finalement par une loi du 18 novembre 2016⁵⁸¹ que le changement de sexe à l'état civil bien que maintenue sous le contrôle du juge, ne requiert plus de conditions obligatoires⁵⁸². Encouragé par le défenseur des droit et la crainte d'une nouvelle condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme, le législateur demande que la personne démontre « *par une réunion suffisante de faits, que la mention relative à son sexe ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue* »⁵⁸³. Cette loi écarte définitivement le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes puisque seule la volonté de l'individu est prise en compte. Le changement de sexe à l'état civil ne repose plus sur une transition subie mais sur une décision personnelle. Ainsi, soit le principe que nous étudions n'est plus effectif, soit le sexe de l'individu ne fait plus partie de l'état des personnes car, « *après tout, dans une société qui gomme peu à peu toutes les différenciations sexuelles dans les textes, sous prétexte d'établir la parité absolue, on peut se demander si la mention du sexe est encore un élément identifiant* »⁵⁸⁴. Cela étant dit, le juge s'est pour le moment refusé d'accepter la reconnaissance du sexe neutre⁵⁸⁵. La binarité des sexes reste un élément essentiel à l'état civil mais l'individu est maître désormais de choisir son camp.

c. La prise en compte de réalités illégale remettant en cause le principe d'indisponibilité de l'état des personnes.

230. Mise au point sur ce qui constitue une exception au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. - Dès l'apparition de cas de gestation pour autrui devant les tribunaux, les juges ont opposé à cette pratique et ses effets le principe d'indisponibilité de l'état des

⁵⁸⁰ Décret n° 2010-125 du 8 février 2010 portant modification de l'annexe figurant à l'article D. 322-1 du code de la sécurité sociale relative aux critères médicaux utilisés pour la définition de l'affection de longue durée « affections psychiatriques de longue durée » : JO 10 fév. 2010.

⁵⁸¹ L. 18 nov. 2016, n° 2016-1547 relative à la modernisation de la justice du XXIe siècle.

⁵⁸² V. en ce sens : M.-C. Guérin, « L'interdiction de la gestation pour autrui : quelles qualifications pénales, quelles victimes », *Dr. fam.*, oct. 2016, ét. 18 : « *Le droit français interdit la GPA en vertu du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, qui n'est pas qu'un principe juridique abstrait hérité d'une culture rigide et insensible aux enjeux et désirs de nos contemporains. Il est fondé sur la protection nécessaire de la filiation dans sa triple dimension biologique, affective et sociale* ».

⁵⁸³ Art. 61-5 c. civ.

⁵⁸⁴ J. Hauser, « Transsexualisme et preuve du changement (suite) », *RTD civ.* 2013. 344.

⁵⁸⁵ Civ. 1^{ère}, 4 mai 2017, n° 16-17.189 : *D.* 2017. 1399, note J.-P. Vauthier et F. Vialla ; *ibid.* 1404, note B. Moron-Puech ; *AJ fam.* 2017. 354, obs. J. Houssier ; *ibid.* 329, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; avis de M. Ingall-Montagnier, premier avocat général, *JCP* 2017. 696 ; *ibid.* 716, obs. M. Gobert ; *Dr. fam.* 2017, ét. 9, J.-R. Binet ; *RTD civ.* 2017. 607, obs. J. Hauser.

personnes. L'établissement de la filiation relève de la loi et doit être protégée pour préserver la stabilité familiale, la paix dans les familles et la sécurité juridique. La filiation est un élément de l'état des personnes. Ainsi, la volonté ne devrait jamais se substituer aux normes relatives à la filiation au risque de porter atteinte au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. Contourner nos lois pour devenir parent consiste à faire primer son désir, sa volonté sur les règles établies protectrices de l'ordre public. Certains estiment que le principe d'indisponibilité des personnes était déjà atteint dans le cas de l'accouchement sous X ou d'une reconnaissance paternelle dont l'auteur se sait ne pas être le père biologique⁵⁸⁶. Seulement, ce qui est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ce n'est pas de nier la filiation biologique mais de nier les lois organisant la filiation. Jamais le droit de la famille n'a fait de la filiation biologique un absolu et l'état d'une personne est la filiation reconnue par le droit.

Ainsi, depuis l'arrêt Alma mater qui déclara illicite l'objet d'une association tendant à mettre en contact des mères porteuses avec des couples désirant recourir à une gestation pour autrui⁵⁸⁷ et jusqu'en 2011⁵⁸⁸, le principe d'indisponibilité de l'état des personnes a été le fondement juridique permettant d'empêcher toute reconnaissance juridique à cette pratique procréatrice.

231. La disparition du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes dans les conflits relatifs à la gestation pour autrui. - Or, nous remarquons que, si en 2013 la Cour de cassation refuse toujours la transcription des états civils étrangers établis à la suite d'une gestation pour autrui cette dernière ne vise plus le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes⁵⁸⁹. En l'espèce, sur l'acte de naissance étranger était inscrit le père géniteur et la mère ayant porté puis abandonné l'enfant, contrairement aux arrêts de 2011 où c'était bien la mère d'intention qui était inscrit sur l'acte d'état civil étranger. Effectivement, le père d'intention est également le père biologique de l'enfant. L'enfant étant reconnu par le père en l'occurrence, qu'il existe des liens biologiques et une possession d'état, la transcription de l'acte civil pourrait sembler conforme à l'état des personnes. Seulement cela conduit à une vision étroite du principe. En contournant les lois relatives à la filiation et notamment l'interdiction de recourir à la gestation pour autrui posée par l'article 16-7 du Code civil, il y a nécessairement une atteinte au principe d'indisponibilité de l'état des personnes.

⁵⁸⁶ V. notamment : O. Roy, « Fraudes à l'adoption : quelles réformes ? », *JDJ* 2007/2, vol. 262, pp. 25 - 34 : à propos du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes : « *N'est-il pas atteint lorsque la mère n'indique pas son nom lors de la naissance de l'enfant ou lorsqu'un tiers fait une reconnaissance sciemment mensongère ?* »

⁵⁸⁷ Civ. 1^{ère}, 13 déc. 1989, n° 88-15.655 : *JurisData* n° 1989-704182 ; *JCP G* 1990. II. 21526, note A. Sériaux ; D. 1990. 273, rapp. J. Massip ; *RTD civ.* 1990, p. 254, obs. J. Rubellin-Devichi ; *Defrénois* 1990, 743, obs. J.-L. Aubert.

⁵⁸⁸ Civ. 1^{ère}, 6 avr. 2011, n° 09-17.130, *op. cit.*

⁵⁸⁹ Civ. 1^{ère}, 13 sept. 2013, n° 12-18.315 : *JurisData* n° 2013-018930. – n° 12-30.138 : *JurisData* n° 2013-018928 : *JCP G* 2013. 985, note A. Mirkovic ; *JCP G* 2014, doctr. 43, n° 4, obs. A. Gouttenoire.

Ainsi, pour justifier son refus, la Cour de cassation préfère parler de fraude à la loi pour que la transcription soit impossible s'appuyant alors sur l'article 336 du Code civil. Certains auteurs en ont déduit que lorsqu'un état civil étranger, établi à la suite d'une gestation pour autrui mentionnait la mère porteuse et le père biologique, alors il n'y avait aucune atteinte au principe d'indisponibilité de l'état des personnes⁵⁹⁰. Seulement, le seul recours à la gestation pour autrui est une atteinte aux normes établissant la filiation constitutive d'une atteinte audit principe. C'est d'ailleurs ce qui est dit dans le corps de l'arrêt la Cour de cassation du 19 mars 2014 : « *qu'en l'état du droit positif il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes de faire produire effet à une convention portant sur la gestation pour autrui* »⁵⁹¹.

Mais alors, nous pouvons nous interroger sur la raison pour laquelle les juges ont retiré le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes de leur fondement. L'hypothèse qui peut être avancée est que la force juridique de ce principe s'est réduite en peau de chagrin à l'aube du XXIe siècle. L'opposition du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes n'est plus suffisante notamment face à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui, à ce propos, ne manquera pas de condamner la France pour son traitement des enfants nés par gestation pour autrui à l'étranger⁵⁹². Le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes n'est plus un rempart à la fraude puisque des actes illégaux contrevenant à l'ordre public peuvent produire des effets juridiques tant que cela respecte une réalité même bricolée.

Ainsi, il n'y a plus guère que la date de naissance qui est réellement indisponible, la biomédecine n'ayant pas encore réussi à nous rajeunir...mais, paraît-il, cela ne saurait tarder⁵⁹³ !

⁵⁹⁰ V. en ce sens : A. Gouttenoire, « La Cour de cassation et les enfants nés de GPA à l'étranger : un revirement a minima », *JCP G* 2015, 965 : « *Dans les affaires de 2013 et 2014 comme dans celles de 2015, et contrairement aux hypothèses ayant donné lieu aux arrêts de 2011 qui concernaient des hypothèses de convention de GPA entre une mère porteuse et un couple, il n'était porté aucune atteinte aux principes fondamentaux du droit des personnes et de la famille tels que l'indisponibilité du corps humain ou de l'état des personnes, les protagonistes des deux affaires ayant fait comme si l'enfant était né d'une relation entre la mère porteuse et le père de l'enfant* ».

⁵⁹¹ Civ. 1^{ère}, 19 mars 2014, n° 13-50.005 : *JurisData* n° 2014-005309 ; *JCP G* 2014, act. 380, obs. A. Mirkovic ; *JCP G* 2014, 613, J. Heymann ; *D.* 2014, 905, obs. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon.

⁵⁹² La transcription de l'état civil étranger établit à la suite d'une gestation pour autrui doit pouvoir être faite lorsque la filiation est en adéquation avec la réalité biologique au nom de l'intérêt de l'enfant : CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11 et 65941/11, *Mennesson c/ Fr. et Labassée c/ Fr.* : *JurisData* n° 2014-015212, 2014-015214 ; *JCP G* 2014, act. 827, B. Pastre-Belda ; *JCP G* 2014, 877, note A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2014, comm. 128, note C. Neirinck ; *D.* 2014, p. 1797, note F. Chénédé ; *RTD civ.* 2014, 616, obs. J. Hauser ; *Rev. crit. DIP* 2015, p. 1 et s., note H. Fulchiron et Ch. Bidaud-Garon.

⁵⁹³ C. Déchamp-Le Roux, « La quête de l'immortalité et l'utopie transhumanisme », *Gérontologie et société*, 2016/3, pp. 97-111.

B) L'attachement du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes à la famille

232. Annonce du plan. - A l'origine, l'Église avait la main mise sur l'établissement des liens familiaux, le mariage étant alors aux yeux de la société avant tout un sacrement. De ce fait, c'est le clergé qui, du moyen âge jusqu'à la Constitution du 3 septembre 1791, détenait les actes d'état civil. En effet, la situation familiale est un élément important de l'état des personnes (1). C'est pourquoi, l'application ou non du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes affecte le droit de la famille et justifie que ce principe entre dans cette étude (2).

1. La famille comme élément de l'état des personnes

233. L'indisponibilité de l'état des personnes nécessaire à la stabilité familiale. - Le statut familial est sans conteste un élément de l'état des personnes⁵⁹⁴. Comme le précise le doyen Carbonnier, « *l'état n'est pas un objet qui est extérieur à la personne, c'est la personne elle-même considérée dans ses rapports familiaux* »⁵⁹⁵. Ce que nous sommes est en partie défini par la place qu'est la nôtre au sein d'une famille. De cette place découlent certains effets juridiques. En effet, le statut familial donne à l'individu des droits et des devoirs attachés à la personne. Or, qu'elle soit une institution sociale ou un fait naturel, la famille a besoin d'être juridiquement reconnue et de bénéficier d'une véritable sécurité juridique. C'est pourquoi, les liens qu'elle crée sont soustraits de la volonté individuelle. Le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes limite alors une volonté autonome et toute puissante⁵⁹⁶. Ainsi, entrent dans l'état des personnes, des éléments dépendant de la situation familiale de l'individu tels que la filiation, l'état matrimonial ou le nom de famille.

234. Une nécessité reconnue par la loi et ignorée par la jurisprudence. - La force des liens familiaux est un élément essentiel de la stabilité sociale. Ils ne peuvent être laissés au jugement arbitraire des volontés individuelles. C'est pourquoi le législateur est venu appuyer, à l'aide de certaines dispositions, le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. Dès 1804, le Code civil a limité la liberté des individus quant à la gestion des liens familiaux

⁵⁹⁴ V. en ce sens : M. T. Meuldres-Klein, « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », in *mél. en l'honneur de G. Cornu*, PUF, 1994, spéc. p. 317 : « *De fil en aiguille cependant, la plupart des auteurs en arrivent à englober dans l'état des personnes, du point de vue civil, à la fois le statut familial impliquant des rapports de droit interpersonnels et le statut individuel de la personne en tant que telle, incluant le sexe, l'âge, le nom et même la capacité qui lui sont propres, par opposition aux droits de la personnalité qui sont communs à toutes les personnes physiques* ».

⁵⁹⁵ J. Carbonnier, *Droit civil - Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, op. cit., n° 268.

⁵⁹⁶ V. en ce sens : H. Hamadi, *Recherches sur l'ordre public familial*, th. ss. dir. d'E. Paillet, Toulon, 2009, spéc. p. 205 : « *A bien des égards, le principe d'indisponibilité et l'antinomie de l'autonomie de la volonté dans le domaine du statut familial* ».

auxquels ils sont attachés. Ainsi par exemple, l'autorité parentale est indisponible. L'article 376 du Code civil précise en effet qu'aucune renonciation ou cession d'autorité parentale n'est permise en l'absence de jugement. De même, les actions relatives à la filiation sont indisponibles selon les termes de l'article 323 du Code civil. Dans le cas d'un principe dont l'effectivité est en déclin, ces déclinaisons législatives jouent comme un tuteur permettant de le maintenir sur certains liens familiaux à propos desquels la jurisprudence ne peut se permettre d'ignorer l'impératif d'indisponibilité. Effectivement, les arrêts successifs montrent un rapprochement avec le droit anglais où le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes n'existe pas⁵⁹⁷. La *public policy*, l'équivalent de notre ordre public, fait obstacle à la volonté individuelle quand celle-ci risque de porter atteinte à des intérêts supérieurs. Seulement, l'ordre public est une notion-cadre et non une norme juridique comme celle de l'indisponibilité de l'état des personnes. Cela entraîne une opposition à l'autonomie de la volonté plus variable et affaiblit le cadre familial propice à la protection du groupe familial.

2. L'action du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes sur la famille.

235. La conciliation entre changement de sexe et état familial. - La jurisprudence a depuis longtemps évoqué l'importance d'une indisponibilité de l'état des personnes. Ainsi, dès 1900, les juges de la Cour de cassation affirmaient 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* »⁵⁹⁸. L'état des personnes est nécessaire pour l'identification de l'individu mais son indisponibilité est indispensable pour la construction et le bon fonctionnement de la famille. Le changement dans l'état d'une personne se répercute comme une onde de choc dans l'ensemble des pans de la famille et en ébranle les fondations.

Ainsi, l'état des personnes, en devenant de plus en plus disponible, fragilise les liens familiaux puisque la volonté est par nature réversible⁵⁹⁹. En effet, « il serait vain de croire que rompre avec son sexe « d'usage » ne serait qu'une expérience solitaire dont les proches ne seraient que témoins »⁶⁰⁰. Un exemple concret nous a été offert par la disparition progressive

⁵⁹⁷ V. à ce sujet : L. Montillet - de Saint-Pern, *La notion de filiation en droit comparé*, th. ss. dir. B. Ancel, Paris 2, 2013, spéc. p. 287 et s.

⁵⁹⁸ Civ., 9 mai 1900, de Wrède : S. 1901. 1. 85 ; Clunet 1900, 613.

⁵⁹⁹ V. sur ce sujet : A. Rieg, « Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand », *LGDJ*, 1961, p. 589. L'auteur démontre que deux théories existent, l'une appelée « Erklärungstheorie » qui repose sur la simple volonté déclarée et l'autre « Willenstheorie » qui repose sur la volonté interne.

⁶⁰⁰ D. Aftassi, « L'incidence de l'identité de genre dans les modifications structurelles de la famille », colloque *La famille en transformation*, ss. dir. B. Beviere-Boyer, 30 juin 2017.

du principe d'indisponibilité de l'état des personnes dans le cadre des demandes de changement de sexe à l'état civil. Comme vu précédemment⁶⁰¹, la loi du 18 novembre 2016 permet qu'un individu, souhaitant changer son sexe à l'état civil, n'ait plus de conditions obligatoires à respecter si ce n'est celui de rapporter des faits prouvant la nécessité de changer de sexe. Cette loi a donc permis de laisser une plus grande place au ressenti des individus et donc de donner une plus grande place à l'autodétermination. Cette détermination, toute personnelle soit-elle, a aujourd'hui une résonnance au sein de la filiation. Le législateur a tenté pourtant de dissocier la filiation de la détermination personnelle du sexe par l'article 61-7 du Code civil qui dispose que « *la modification de la mention du sexe dans les actes de l'état civil est sans effet (...) sur les filiations établies avant cette modification* »⁶⁰².

236. Une conciliation non aboutie. - Cette disposition n'est pas suffisante comme le montre une affaire portée devant la justice où, en l'espèce, une femme ayant changé son sexe à l'état civil a conservé ses organes génitaux masculins lui permettant alors de donner une nouvelle fois la vie avec sa compagne. Cette personne réclame désormais que l'État français la reconnaisse comme mère biologique de son enfant ce qui, en l'état du droit, est impossible étant donné que la filiation maternelle biologique est déjà établie. La Cour de cassation laisse ainsi deux possibilités à la personne transgenre : soit d'adopter son propre enfant, soit d'établir une filiation biologique mais paternelle⁶⁰³. Ainsi, le recul du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ébranle notre droit de la filiation construit sur la binarité sexuelle. Reste donc à déterminer si cette binarité, obligatoire dans la création d'un être, a encore du sens dans la définition de la parenté dans une société basée sur l'autodétermination. Par ailleurs, au-delà de la filiation, de nouvelles problématiques se posent. Par exemple, un nouveau phénomène qui est celui des « *regretters*⁶⁰⁴ » commence à faire écho dans l'actualité. Il s'agit de personnes qui regrettent d'avoir changé de sexe et souhaiteraient reprendre celui d'origine. Certaines études montrent que certaines personnes ayant subi une transformation chirurgicale regrettent leur choix⁶⁰⁵. Ainsi, il est possible de se demander combien de fois il est permis de changer son sexe

⁶⁰¹ V. *supra*, n° 229.

⁶⁰² La CEDH a estimé que sur ce sujet, l'intérêt de l'enfant doit primer sur le droit à l'identité de genre : CEDH, 4 avr. 2023, n° 7246/20, *A.H. et a. c/Allemagne* et CEDH, 4 avr. 2023, n° 53568/18 et 54741/18, *O.H. et G.H. c/Allemagne : Dr. fam.* juin 2023, alerte 66, note M. Lamarche.

⁶⁰³ Civ. 1ère, 16 sept. 2020 : *D. 22 sept. 2020*, note L. Gareil-Sutter ; *Dr. fam.* 2020, comm. C. Siffrein-Blanc. Pour aller plus loin sur ce sujet, V. *infra*, n° 472.

⁶⁰⁴ Ce terme est employé depuis la sortie du film documentaire sur le parcours de deux transsexuels ayant regretté leur transformation : *Regretters*, Marcus Lindeen, 2010.

⁶⁰⁵ V. sur ce sujet : Conseil de l'Europe, *Transsexualisme, médecine et loi : XXIIIème colloque de droit européen* (1993), éd. du conseil de l'Europe, 1995, spéc. p. 38.

à l'état civil et comment prendre en compte ces différentes transitions dans notre droit dont la sexualité des individus ne peut être niée⁶⁰⁶.

237. L'importance du maintien du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes pour la famille. - Malgré ces nouvelles difficultés, la volonté des individus est de plus en plus prise en considération⁶⁰⁷. Ce chemin sur lequel il semble que le droit de la famille s'engage pose cependant de vraies difficultés. Si le consentement est la base du droit des contrats, la famille a un impératif de stabilité et de continuité qui se satisfait mal des aléas inhérents à la volonté⁶⁰⁸. C'est pourquoi la disponibilité de l'état des personnes ne peut être la norme sans risquer de faire disparaître le droit de la famille. Déléguer son autorité parentale⁶⁰⁹, choisir si nous sommes fille ou fils de selon les liens d'affections... rendent impossible toute législation familiale structurante. Il faut donc préserver l'effectivité de ce principe afin qu'il ne devienne pas une exception.

⁶⁰⁶ V. M. Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, op. cit., spéc. p. 219 : L'auteur explique pourquoi il serait dangereux de renoncer à faire du sexe une notion juridique.

⁶⁰⁷ V. notamment : J. Carbonnier, « Les notions a contenu variable dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variable en droit*, études publiées par C. Perelman et R. Vander Elst, Bruylants, 1984, spéc. p. 99 : « Au jour le jour, la volonté supplée l'intelligence, et elle tranche, là où l'autre n'en finissait pas de balancer. Au jour le jour, le débat est clos par la décision individuelle : « chacun est juge de ses intérêts ».

⁶⁰⁸ V. en ce sens : M. Danielle-Barbier, *La volonté du salarié dans le rapport de travail*, th. ss. dir. G. Borenfreund, Lyon 2, 2010, spéc. p. 12 et s. : « La volonté s'avère aussi polymorphe parce qu'elle est éminemment subjective et personnelle. Elle est donc mobile, sujette à changement et difficilement saisissable en dehors du sujet qui l'actionne. Il y a donc une part d'impondérabilité et d'incertitude dans la volonté d'un sujet qui ne va pas sans affecter les relations interpersonnelles et sociales ».

⁶⁰⁹ V. à ce sujet : M. Cicile-Delfosse, « Le beau-parent, serpent de mer du droit civil de la famille », in *Mél. en l'honneur du professeur G. Champenois*, Defrénois, 2012, spéc. p. 205 et s.

Section 2. Les principes substantiels à la famille ayant un caractère patrimonial

238. L'importance des liens familiaux sur le droit patrimonial. – Certains principes à caractère patrimonial sont directement lié au droit de la famille. En effet, les échanges financiers intrafamiliaux sont particuliers du fait de la nature des relations qui sont entretenues. De la *familia pecuniaque*⁶¹⁰ du droit romain au droit patrimonial de la famille d'aujourd'hui, le législateur et le juge ont toujours considéré la famille comme une entité incontournable de la gestion de patrimoine. Ce serait donc un tort de rapporter l'ensemble du droit patrimonial à une simple ramification du droit des obligations. Cette branche du droit ne peut être pleinement comprise que par la bonne connaissance du fonctionnement et de la nature des liens familiaux. Car en effet, certaines lois patrimoniales ont une application prédominante au sein du cercle familial ; et c'est également le cas pour certains principes que nous allons désormais étudier.

239. Annonce du plan. – Le premier paragraphe portera sur les principes relatifs au don manuel (§1). Particulier au droit des successions, cette pratique touche la famille d'une part parce qu'elle se joue principalement dans le cercle familial mais d'autre part, qu'il soit à un membre de la famille ou à un tiers, le don manuel peut susciter beaucoup de méfiances vis-à-vis de la concorde familiale. Nous évoquerons ensuite le principe selon lequel les aliments ne s'arréragent pas (§2). Ce principe était destiné à l'origine exclusivement aux débiteurs d'obligation alimentaire donc aux membres d'une même famille. Cependant, le principe aujourd'hui s'est étendu mais cette évolution s'est faite en raison de la recherche d'un bon équilibre entre la solidarité vis-à-vis du créancier et le souci d'éviter un endettement excessif pour le débiteur.

§1. Les principes relatifs au don manuel

240. Définition du don manuel. - Si le droit permet les échanges au travers d'un certain formalisme, il y a des dons qui se réalisent toujours avec une spontanéité que le droit ne peut réguler. Il est alors seulement possible de constater juridiquement l'existence d'un don qui sera

⁶¹⁰ V. sur ce sujet : A. Pierron, *Du sens des mots familia pecuniaque dans l'ancien droit romain et plus spécialement dans les textes de la loi des XII tables*, éd. A. Fontemoing, Paris, 1895.

qualifié de manuel. Le don manuel est un fait. La première définition du don manuel est relativement ancienne et a été élaborée par le chancelier d’Aguesseau : « *A l’égard d’un don qui se consommerait sans acte par la tradition réelle d’un meuble ou d’une somme modique, l’article 1^{er} de l’ordonnance, ne parlant que des actes portant donation, n’a point d’application dans ce cas qui n’a besoin d’aucune loi* »⁶¹¹. Cette définition met *de facto* le don manuel à côté de la loi et faisait de cette pratique un transfert de propriété à part. Comme le concubinage au temps de Napoléon : le don manuel ignore la loi, la loi ignore les dons manuels. Seulement, l’ignorance n’annihile pas son existence et rapidement des conflits ont été menés devant les tribunaux. Le don manuel s’impose au droit sans que ce dernier ne puisse le contraindre⁶¹² et le juge ne peut l’ignorer sans risquer de dévoyer son rôle premier : rendre justice.

241. La reconnaissance du principe relatif au don manuel. - Peu à peu les tribunaux ont élaboré des règles autour de cette pratique jusqu’à la consécration d’un principe le 14 juin 1977⁶¹³. En l’espèce, un homme qui n’avait plus, pour lui succéder que sa mère et une nièce, donna à cette dernière procuration afin de retirer de l’argent sur un compte. L’homme décéda avant de donner ses instructions sur le sort donné à ce retrait. De ce fait la nièce encaissa l’argent sans mentionner cet encaissement lors de l’inventaire des biens dépendant de la succession. La Cour de cassation cassa l’arrêt de la Cour d’appel qui avait établi l’existence d’un don manuel au motif que, selon les principes de droit régissant le don manuel, la détention de deniers ne fait pas présumer l’existence d’un don. L’élaboration de ces règles par la jurisprudence puis la consécration par un visa de principe a permis de faire entrer le don manuel dans le champ du droit des successions.

242. Annonce du plan. - Nous verrons dans un premier paragraphe le fonctionnement des principes relatifs au don manuel (A). Nous étudierons les règles établies par la jurisprudence au fil des décisions juridiques. Dans un second paragraphe, nous verrons le lien préférentiel qui existe entre le don manuel et la famille (B). En effet, le don manuel a un caractère gratuit et cette charité est telle qu’elle ne s’exprime bien souvent que dans le cadre familial. D’ailleurs, si ce don est fait à un tiers extérieur à la famille, une méfiance décuplée est de mise⁶¹⁴.

⁶¹¹ Article 1^{er} de l’Ordonnance de février 1731, tom. 9, lett. 290.

⁶¹² V. en ce sens : G. Pacilly, *Le don manuel*, éd. impr. Caron, th. Caen, 1936, spéc. p. 19 : « *Le don manuel est moins un acte juridique qu’un phénomène économique : enrichissement gratuit procuré à quelqu’un, qui se réalise le plus commodément au moyen du transfert de la propriété d’une chose. C’est le transfert de la propriété complètement isolée et cependant parfait* ».

⁶¹³ Civ. 1^{re}, 14 juin 1977 : *Bull. civ. I*, n° 276, p. 218 ; *Defrénois* 1978, art. 31653, p. 382, obs. G. Champenois ; *RTD civ.* 1978, 904, obs. R. Savatier ; *D.* 1977, inf. rap. p. 494.

⁶¹⁴ A ce sujet, G. Pacilly débute sa thèse par cette remarque : « *Le sentiment de bienfaisance qui est dans l’âme humaine si conforme aux idées de solidarité qui, de nos jours, dominent la morale, le droit devrait, semble-t-il à première vue, l’encourager*

A) Le concept de don manuel

243. Annonce du plan. - Même si le don manuel est dénué de tout formalisme juridique, il y a, malgré tout, des conditions nécessaires afin de le caractériser (1). Une fois le fonctionnement du don manuel étudié, il faudra comprendre la nature du don manuel (2). Plusieurs positions doctrinales ont été prises par rapport à cette question. Après les avoir évoquées, nous défendrons le fait que le don manuel est une pratique autonome dont le caractère *sui generis* explique l'existence d'un principe de droit.

1. Les éléments constitutifs du don manuel

244. Annonce du plan. - Il s'agit donc dans ce paragraphe de faire un bref rappel des éléments constitutifs du don manuel. Ces conditions ont été élaborées par la jurisprudence et sont principalement une volonté claire de la part du donateur et du donataire de donner comme de recevoir (a) et un transfert réel de propriété (b), d'où le nom de don manuel.

a. Un accord de volonté

245. La présence de deux personnes. - Le don manuel réunit nécessairement deux individus : le donateur et le donataire⁶¹⁵. La reconnaissance des donations manuelles a permis l'application de la plupart des règles de fond relatives aux libéralités. Pour commencer, bien qu'aucun acte juridique écrit ne soit passé, les protagonistes doivent être capables pour que la donation soit reconnue juridiquement. Lorsque le don est fait au profit d'un mineur et que ce dernier a lui-même accepté la tradition, la nullité de la donation ne sera que relative⁶¹⁶. Cette relativité s'explique par le risque considéré comme nul que le don nuise à l'enfant qui en bénéficie.

246. L'existence d'un accord de volonté. - Par ailleurs, il faut nécessairement qu'il y ait un accord de volonté. L'absence d'acte juridique, au sens instrumental, rend la preuve de l'existence d'un accord de volonté difficile. Le conflit s'engage alors souvent sur une volonté

et favoriser les libéralités, actes par lesquels il s'exprime sur le plan juridique ; pourtant le droit tient la libéralité en méfiance ». G. Pacilly, *op. cit.*, spéc. p. 7.

⁶¹⁵ Une personne morale pouvant également bénéficier d'un don manuel. V. sur ce sujet : L. Gaillard, *Des dons manuels faites aux personnes morales*, éd. A. Rousseau, th. Paris, 1896.

⁶¹⁶ Angers, 1^{er} juill. 1947 : D. 1947, 421.

équivoque de la part du donateur. Ce dernier doit être animé par un véritable *animus donandi* autrement dit une intention libérale dont l'existence pourra être prouvée en application des règles du droit commun de la preuve. Ainsi, par exemple, le fait que les revenus d'un époux soient versés sur le compte joint qu'il détient avec son épouse ne permet pas de déduire l'existence d'un don manuel⁶¹⁷. Si la preuve est délicate à apporter, l'article 2276 du Code civil, qui dispose qu'« *en fait de meubles, la possession vaut titre* », permet de résoudre, du moins provisoirement, le conflit d'autant plus que le don manuel n'existe qu'à partir du moment où la tradition de la chose donnée est effectuée.

b. Une tradition réelle de la chose

247. Un bien pouvant faire l'objet d'un transfert. - Pour que le don manuel soit constaté, il faut que la chose soit remise entre les mains du donataire⁶¹⁸. Il faudrait donc que la chose donnée dispose d'une *certaine* matérialité pour que la remise puisse être constatée. Le don manuel a su prendre le tournant de la dématérialisation⁶¹⁹ remplaçant l'exigence de la tradition manuelle par le constat d'un dessaisissement irrévocable du donateur. La dépossession doit être effective d'une manière ou d'une autre. C'est ainsi que, par exemple, de la monnaie scripturale a pu faire l'objet d'un don manuel⁶²⁰ grâce au jeu de l'écriture comptable.

D'autre part, l'objet doit être dénué de toute subjectivité. Un droit de créance par exemple ne peut faire l'objet d'un don manuel.

Enfin, sont exclues toutes les choses dont la tradition est soumise légalement à un formalisme particulier. Cela comprend entre autres les biens immobiliers, les fonds de commerce, etc...seuls des biens meubles peuvent faire l'objet d'un don manuel. La donation peut par ailleurs faire l'objet d'un démembrément de propriété⁶²¹. Au fur et à mesure des années, la jurisprudence s'est adaptée à la pratique et a permis de sécuriser des échanges obstinément nécessaires.

Un pacte adjoint peut accompagner le don manuel ce qui permettra de préciser la volonté du donateur. Certains y voient une redondance par rapport aux donations faites au travers d'un acte

⁶¹⁷ Toulouse, 15 déc. 2015 : *Dr. fam.*, avr. 2016, ét. 16, note S. Ben Hadj Yahia.

⁶¹⁸ Le simple dépôt d'un chèque à l'ordre du supposé donataire dans un coffre-fort ne saurait constituer un don manuel puisqu'il n'y a pas eu une remise effective de la chose : Civ. 1^{ère}, 3 avr. 2002 : *RTD civ.* 2002. 554, note J. Patarin.

⁶¹⁹ V. sur ce sujet : V. Debeaurain, « Les formes modernes de don manuel », *JCP N* 1979. 276.

⁶²⁰ Civ. 1^{ère}, 7 juill. 1959 : *Bull. civ.* I, n° 342, p. 28 ; Civ. 1^{ère}, 12 juill. 1966 : *D.* 1966, 614, note J. Mazeaud, *RTD civ.* 1967. 198, obs. R. Savatier. De même pour des valeurs mobilières : Com. 19 mai 1998 : *D.* 1998. 551, note Martin ; *D.* 1999. Som. 308, obs. M. Nicod ; *RTD civ.* 1999. 677, obs. Patarin ; Civ. 1^{ère}, 27 oct. 1993 : *Bull. civ.* I, n° 299, p. 205.

⁶²¹ Pour un don manuel ne portant que sur l'usufruit d'une somme d'argent : Civ. 1^{ère}, 25 fév. 1997, n° 94-22.022 : *Bull. civ.* I, n° 70 ; *Defrénois* 1997. 1448, note Champenois ; *D.* 1999. Somm. 309, obs. M. Nicod ; *RTD civ.* 1998. 439, obs. Patarin ; *RTD civ.* 1999. 655, obs. Zénati.

authentique⁶²², c'est cependant une pratique qui se développe et qui permet de pallier à la difficulté d'établir la preuve du don⁶²³.

Quoi qu'il en soit, le don manuel se consomme avant tout dans la réalité des faits et c'est cette spontanéité qui le caractérise.

2. La nature des principes régissant le don manuel

248. Annonce du plan. - Plusieurs thèses se sont succédé pour qualifier le don manuel au sein du paysage normatif. Tour à tour, illégale (a), objet d'une exception (b), puis autonome (c), nous allons voir que cette autonomie sur laquelle nous nous accordons démontre le caractère particulier du don manuel qui explique le recours au principe.

a. La reconnaissance du don manuel contraint par une nécessité de fait

249. Une pratique tolérée. - Cette première position doctrinale a été défendue par le juriste Joseph-Émile Labbé. Selon ce dernier, la non reconnaissance par la loi des dons manuels signifiait que ceux-ci étaient une pratique illégale qui ne pouvait cependant pas être empêchée⁶²⁴. De ce fait, le rôle du juge devait être de réduire autant que possible ce type de donation. Il faut dire qu'au début du XIXème, les dons manuels étaient modiques⁶²⁵ et cela aurait pu expliquer pourquoi le législateur ne les a pas interdits expressément.

250. Une interprétation réfutée au fil du temps. - Cependant, leur essor n'a pas eu pour effet de les condamner bien au contraire, la jurisprudence a validé ce mode de transmission même lorsque cela portait sur des valeurs importantes. De ce fait, les mécanismes de la réduction et du rapport sont applicables aux dons manuels ce qui démontre la possibilité d'un don manuel non négligeable. La loi elle-même a fini par reconnaître, peut-être du fait de leur expansion, la légalité de ces dons en précisant leur régime fiscal⁶²⁶.

⁶²² En ce sens : F. Terré et Y. Lequette, *Les successions, les libéralités*, Dalloz, 1997, n° 456 ; L. Perfetti, « Don manuel et intérêt de l'enfant », *Prélude au 91^e Congrès des notaires de France*, Défrénois, 30 avril 1995, p. 537.

⁶²³ A ce sujet, G. Pacilly mentionnait le caractère fugace du don manuel, *op. cit.*, spéc. p. 389.

⁶²⁴ V. sur ce sujet : M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, *op. cit.*, spéc. p. 667, n° 2537.

⁶²⁵ V. en ce sens : A. M. Demante, *Cours analytique de Code civil*, t. IV, éd. Plon, Nourrit et Cie, 1884, spéc. n° 3bis. De même, V. P. Bressoles, *Théories et pratique des dons manuels*, éd. Arthur Rousseau, Paris, 1885, spéc. p. 88, n° 55 : l'auteur explique également l'influence de l'adage *vilis mobilium possessio* pour expliquer l'ignorance volontaire du législateur. Dans le même sens, M. Planiol, *Ibid.*

⁶²⁶ En ce sens : A. Laguerre, *Étude de la jurisprudence contemporaine sur les dons manuels*, éd. Imp. de la Presse, th. Montpellier, 1936, spéc. p. 24 : « D'ailleurs, en admettant qu'on ait pu la constater sous l'empire du Code civil, la validité des dons manuels est aujourd'hui consacrée par l'article 6 de la loi des Finances du 15 mai 1850 qui soumet au droit de donation

Cette théorie n'a pas été suivie en jurisprudence et est contestée par l'ensemble de la doctrine aujourd'hui. Il paraît, en effet, délicat de reconnaître des dons manuels tout en contestant leur légalité ; d'autant plus que, en frappant les donations faites par acte sous seing privé de nullité absolue, la jurisprudence a démontré sa capacité à condamner fermement des actes de donations privées⁶²⁷. Ainsi, le silence du législateur ne traduit pas son opposition. La doctrine s'est plutôt tournée vers la thèse selon laquelle le don manuel est une simple exception à la solennité requise pour les donations.

b. Les principes attachés au don manuel comme exceptions à la loi

251. Le don manuel : une exception de forme et non de fond. - C'est le juriste Paul Bressolles qui, dans sa thèse relative aux *Théories et pratique des dons manuels*, considère le don manuel comme une exception au droit commun des donations. Il compare celui-ci à « *un soldat dans le rang comme les autres, soumis comme eux à la discipline, mais qu'on aurait dispensé de prendre l'uniforme* »⁶²⁸. L'auteur retrace l'histoire du traitement de la pratique du don manuel du droit romain jusqu'en droit moderne. De cet historique, l'auteur retient que le don manuel a des règles de formes différentes mais doit respecter les règles de fond du droit commun des donations. Les règles de fond doivent, selon lui, être automatiquement appliquées au don manuel.

252. Une vision réductrice de la pratique du don manuel. - Seulement, faire une dichotomie aussi tranchée, c'est oublier que les différences de formes entraînent bien souvent des aménagements normatifs de fonds. Ainsi, pour reprendre l'exemple du mineur ayant accepté de lui-même un don manuel, la jurisprudence a dû préciser le caractère relatif de la nullité encourue. De même, les conditions suspensives sont interdites aux dons manuels puisque le transfert de la chose ne peut être constaté⁶²⁹. L'absence d'acte authentique a conduit le juge à la mise en place des dispositions de fonds exclusives au don manuel.

Par ailleurs, si le don manuel est une exception, il doit être soumis à l'adage *exceptio est strictissimae interpretationis* qui commande que son interprétation soit restrictive. Le don

« les actes renfermant soit la déclaration pour le donataire ou ses représentants, soit la reconnaissance judiciaire d'un don manuel ».

⁶²⁷ Civ. 1^{ère}, 10 juin 1987, n° 84-13.651 : *Bull. civ. I*, n° 188 ; Civ. 1^{ère}, 22 fév. 2017 : *AJ fam.* 2017. 250.

⁶²⁸ P. Bressolles, *op. cit.*, spéci. p. 97. Dans le même sens V. : M. Dagot, « Des donations non solennelles », *JCP N* n° 39, 2000. 1392.

⁶²⁹ Les conditions résolutoires sont quant à elles possibles : Bordeaux, 8 août 1853, *DP* 1854. 2. 81 ; Lyon, 5 janv. 1891, *DP* 1892. 2. 509 ; Paris, 17 avr. 1894, *DP* 1895. 2. 278 ; Douai, 31 déc. 1930, *Gaz. Pal.* 1931. 1. 468.

manuel est soumis à l'autorité de la loi. Seulement, le principe est une norme autonome et non une simple exception aux lois⁶³⁰. Le juge peut parfaitement écarter la loi, même lorsque cela concerne une règle de fonds, afin de préserver la singularité du don manuel.

c. Les principes attachés au don manuel comme reconnaissance d'une pratique *sui generis*

253. L'autonomie du don manuel. - La troisième voie dégagée par la doctrine pour définir la place du don manuel est celle de l'autonomie⁶³¹. En ce sens, le don manuel n'est pas une pratique exceptionnelle par rapport aux donations solennelles. Au contraire, l'indépendance de l'une vis-à-vis de l'autre les met *de facto* sur un même pied d'égalité⁶³². Cette autonomie permet alors à la jurisprudence d'élaborer un régime propre au don manuel.

Car, en effet, cette pratique ne peut être figée dans un texte législatif sans risquer d'être dénaturée. Le don manuel est « *loin d'être une institution légale figée par la codification, c'est une coutume souple, vivante, susceptible de s'adapter à toutes les nécessités de la vie sociale* »⁶³³. Ce n'est pas la première fois qu'un procédé, régi à l'origine par la coutume, ait su trouver sa place au sein du droit positif que par le biais de principes. Le don manuel est une nécessité de fait que le droit, ne pouvant le retrancrire par écrit de manière satisfaisante, a intégré au travers sa jurisprudence. Par la suite, les principes régissant le don manuel ont fait évoluer celui-ci en fonction de la pratique. C'est ce qui s'est passé, par exemple, pour la dématérialisation ; à l'inverse des autres libéralités où c'est bien la pratique qui s'adapte aux lois. L'esprit de la réglementation n'est donc pas le même que le don soit manuel ou formel.

254. Une autonomie permise par la norme de principe. - Cette autonomie s'explique par le caractère *sui generis* du don manuel⁶³⁴. L'individualité de cette pratique est caractérisée par la spontanéité d'un acte dont les bénéfices sont pourtant on ne peut plus inégalitaires. Le droit, habituellement si prompt à protéger le faible, accepte un dépouillement sans contrepartie et sans

⁶³⁰ V. *infra*, n° 312.

⁶³¹ Cette troisième voie est celle dégagée par la thèse de G. Pacilly, *op. cit.*. Dans le même sens : N. Peterka, *Les dons manuels*, th. ss. dir. P. Catala, L.G.D.J., Paris 2, 2001, pp. 600.

⁶³² V. en ce sens : X. Lagarde, « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du Code civil », *RTD civ.* 1997. 25, 36 : « (...) dans l'ancien droit romain (...), la solennité et la tradition, en l'absence de transfert solo consensu, constituent les deux modalités du transfert de la propriété. Il n'est pas donc étonnant que sous l'Ancien régime, comme sous l'empire du Code civil, la validité des dons manuels ait été admise malgré l'exigence de la solennité : c'est qu'en effet contrat solennel et contrat réel ont à peu près toujours été sur un pied d'égalité ».

⁶³³ G. Pacilly, *op. cit.*, spéc. p. 203.

⁶³⁴ Sur le don manuel, Proudhon disait : « C'est un acte *sui generis* qui ne relève que des lois de la morale, de l'utilité et de la raison qui sont les seules bases fondamentales du droit des gens ». *Traité du Domaine privé ou de la distinction des biens*, t. II, éd. V. Lagier, 1839, n° 632.

contrôle. La générosité caractérisant le don manuel marque sa singularité que seule la jurisprudence, par la casuistique, peut réguler. De nouveau, nous constatons que les principes permettent l'épanouissement d'institutions particulières en parallèle de la loi. Cette indépendance de l'un vis-à-vis de l'autre n'empêche pas le juge de se soucier de la cohérence du droit des libéralités et de la préservation de la famille qui est en première ligne lorsqu'il s'agit de cession de patrimoine.

B) Les principes relatifs au don manuel étroitement lié à la famille.

255. Annonce du plan. - Le fait de donner quelque chose à quelqu'un sans rien attendre en retour est un élan du cœur dont la générosité devrait être louée. Bien souvent, faire un don à un membre de sa famille peut être vu comme le résultat du devoir de solidarité à laquelle la famille est soumise. Mais dans le cadre du don manuel, ce geste étant volontaire, ce devoir n'est pas vécu comme une contrainte (1). Pourtant, le don manuel est souvent perçu avec méfiance, de la part de celui qui n'en bénéficie pas mais également de la part du législateur (2).

1. Le don manuel comme expression de la solidarité familiale

256. Le don manuel majoritairement fait à un membre de la famille. - Le droit des successions en France fait la part belle aux membres de la famille du *de cujus*. Cette position est le résultat de la prise en considération de la solidarité familiale, des affections présomptives et du principe coutumier de la conservation des biens dans la famille. En outre, la succession revêt un élément psychologique en ce qu'elle marque le lignage et l'appartenance au groupe social qu'est la famille et dont désormais l'héritier se fait le relai⁶³⁵. Cette inclinaison se retrouve factuellement dans la pratique des dons manuels car la plupart d'entre eux se font de manière intrafamiliale⁶³⁶ : des grands-parents donnant à leurs petits-enfants, un homme à son épouse... Trois raisons peuvent expliquer cette réalité.

⁶³⁵ V. : « Car, on a parfois trop tendance à l'oublier, la succession est porteuse pour l'enfant (y compris adulte) d'une reconnaissance familiale de première importance au plan psychologique et symbolique : elle réalise, à l'heure de la rupture du lien incarné, une forme de reconnaissance à la fois intime et publique du lien de filiation à travers l'ancre patrimonial dans la ligne héréditaire : ce qu'exprime à sa manière le principe juridique (inconnu des droits anglosaxons) de la continuation de la personne du défunt par son héritier ». C. Brenner, audition devant le groupe de travail portant sur la réserve héréditaire dirigé par C. Pérès et Ph. Potentier, 14 janv. 2020.

⁶³⁶ V. sur ce sujet : dossier de B. Garbinti, P. Lamarche et L. Salembier, « Héritage, donations et aides aux descendants et descendants », INSEE, 2013 : « Pour plus de quatre donations sur cinq, les donneurs sont les parents et 9% d'entre elles proviennent des grands-parents ». <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2116789?sommaire=2116777&q=héritage>.

Premièrement, le patrimoine a pour vocation à revenir aux enfants ne serait-ce que par la contrainte de la réserve héréditaire. Il est plus aisé de donner aux personnes à qui de toutes façons le patrimoine sera transmis. De même, l'héritage a une dimension psychologique importante, entendue comme un moyen de se prolonger soi-même au-delà de la mort. Or, l'effroi de ce dernier voyage peut s'adoucir par le don de ce qui est cher au *de cuius* à une personne dont il sait qu'il le conservera. Voir cette continuité de son vivant peut être source de satisfaction. Or, un enfant, parce qu'il est la chair de notre chair ou parce que les liens tissés sont uniques, est naturellement la personne choisie comme héritier naturel.

Deuxièmement, comme nous l'avons vu, l'affection présumée qui se retrouve au sein de la famille, peut expliquer l'extrême charité du don manuel : donner sans aucune contrepartie. Que ce soit pour aider ou non, il est plus naturel de donner aux gens qui nous sont chers.

Troisièmement, la spontanéité du don manuel va de pair avec la communauté de vie qui existe au sein d'une famille. La confiance qui peut exister, les rapports personnels instinctifs favorisent le délestage d'un formalisme aussi exigeant que le sont les actes authentiques.

257. La prise en compte des liens familiaux pour le traitement du don manuel. - D'ailleurs, ces considérations expliquent pourquoi il est porté un regard plus favorable sur les donations faites aux profits des descendants. L'entraide générationnelle, l'affection durable d'un parent pour son enfant et la vocation successorale de la descendance ont conduit les juges à considérer que les sommes versées au profit d'un enfant de la part des parents sont présumées venir d'une intention libérale⁶³⁷. A l'inverse, les conjoints dont le lien affectif repose sur la volonté et qui sont, en général, de la même génération doivent prouver que la transmission gratuite d'un bien ne résulte pas d'une compensation gratuite de services rendus en nature⁶³⁸.

Ainsi, les dons manuels étant majoritairement faits au bénéfice d'un membre de la famille, les principes qui y sont attachés sont essentiels pour la préservation de la paix dans la famille et la préservation de son unité. Car, en effet, le don manuel n'est pas toujours vu sous le prisme de la générosité et, bien au contraire, une certaine méfiance se déploie à l'encontre des dons manuels par rapport aux discordes qu'ils peuvent susciter au point de se demander si cette pratique ne serait pas antifamiliale⁶³⁹.

⁶³⁷ Paris, 18 juin 1991 : *JurisData* n° 022421.

⁶³⁸ Civ. 1^{ère}, 20 mai 1981 : *Bull. civ. I*, n° 175 et 176.

⁶³⁹ V. : H. Solus, *op. cit.* n° 135, spéc. p. 202 : L'auteur parle de la libéralité comme d'un « *acte anti-familial* ».

2. Le danger du don manuel pour les familles

258. Annonce du plan. - Malgré le fait que les dons manuels se fassent plus fréquemment et naturellement au sein de la famille, cette pratique reste considérée comme un danger pour elle. Deux abîmes encerclent le don manuel vis-à-vis de la famille. Le premier est un déséquilibre dans le partage entre les héritiers ce qui peut entraîner un sentiment d'injustice et des conflits familiaux (a). Le second est une atteinte aux droits des héritiers par une donation faite à l'extérieur du cercle familial (b).

- a. Méfiance des dons manuels effectués en faveur d'un membre de la famille

259. Le risque de l'inégalité dans le partage successoral. - Selon un ancien adage encore régulièrement cité, « *l'égalité est l'âme du partage* ». L'avantage d'une donation faite au travers d'un acte authentique est, entre autres, la possibilité de poser par écrit sa volonté et d'établir avec l'aide du notaire une stratégie successorale sur le long terme. Le mécanisme du don manuel comporte le risque que le donneur procède de manière insouciante au gré de sa générosité. Il n'est pas rare également que des donataires, découvrent avec effroi au jour de la succession d'un de leur parent que les sommes dont ils avaient bénéficié doivent être rapportées et qu'ayant reçu leur part ils doivent se retirer au profit de leurs frères et sœurs. En effet, le droit des successions est difficile à appréhender pour les non-initiés⁶⁴⁰. Ce qui est en jeu ici c'est bien l'entente entre héritiers. Lorsqu'il s'agit de patrimoine, les soupçons, les ressentiments viennent aisément à la surface. L'égalité est alors là pour limiter les conflits familiaux qui éclatent souvent au moment d'un partage.

260. L'absence d'un formalisme protecteur. - Au-delà de l'égalité, l'écrit permet de clarifier les volontés et le contexte, ce que ne permet pas la simple tradition. Cette clarté permet aussi de pacifier les rapports familiaux. Ce risque peut être amoindri par le recours des pactes adjoints. Cependant, le recours d'une tierce personne, *a priori* animée de neutralité, en l'occurrence le notaire, fera toujours défaut. Ce dernier permet, par son expertise, de vérifier qu'aucun abus n'est caractérisé. L'écrit et la présence d'un professionnel permettent de limiter

⁶⁴⁰ V. sur ce sujet : L. Perfetti, « Don manuel et intérêt de l'enfant », *op. cit.* : « Civillement, si l'on a le souci de la protection de l'enfant gratifié et du maintien d'un certain équilibre entre les frères et sœurs, l'intervention du notaire est à notre avis préférable ».

les contestations ou les accusations, c'est pourquoi le législateur et le juge exigent un formalisme pour certaines libéralités. Ces éléments ne garantissent pas pour autant la suppression des frustrations et jalouses qui peuvent exister au moment d'une succession. Ces considérations sont également valables pour les donations faites aux tiers.

b. Méfiance des dons manuels effectués en faveur d'un tiers extérieur à la famille

261. Le don manuel : un risque de porter atteinte aux droits successoraux des membres de la famille. - Un don manuel peut bien évidemment se faire au profit d'une personne en dehors du cercle familial. Cependant, cela concerne tout autant la famille dont les membres sont les héritiers *ab intestat* du donneur. En effet, ce qui est donné leur échappera au moment de la succession.

Pour que les biens puissent être conservés dans les familles et pour éviter que des enfants puissent être déshérités ou menacés de l'être, le législateur a créé des mécanismes empêchant toute répudiation. C'est ainsi qu'est apparu un système de protection en faveur des héritiers réservataires que sont les enfants et, dans une moindre mesure, l'époux. Provenant du droit coutumier, le Code civil, dès 1804, a maintenu cette institution. L'une des raisons du maintien jusqu'à nos jours de la réserve est justement de protéger la famille contre une tierce personne qui viendrait capter l'héritage⁶⁴¹. Seulement, ce concept, particulier à l'Hexagone⁶⁴², peut paraître bien lourd pour celui qui cherche à gratifier des personnes autres⁶⁴³. Le don manuel pourrait être un moyen d'échapper aux dispositions successoriales de la loi⁶⁴⁴. Certes des dons manuels portant sur des valeurs modiques peuvent passer inaperçus mais, dès que les sommes sont importantes ou que les objets sont de grande valeur, le don ne peut être caché et les héritiers peuvent alors le contester en raison d'une atteinte à la réserve. Ainsi, la loi, notamment par le

⁶⁴¹ V. en ce sens : F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions, les libéralités*, Dalloz, 2013, spéc. n° 705 ; R. Libchaber, « Des successions en quête d'avenir », *RTD civ.* 2016, 729 ; L. Levener, *Leçons de droit civil Henri, Jean, Léon Mazeaud et F. Chabas - Successions, libéralités*, t. 4, éd. LGDJ, 1999, spéc. n° 874 : la réserve est « nécessaire pour défendre les familles contre les faiblesses du *de cujus* et la cupidité d'étrangers sans scrupule ».

⁶⁴² Pour un état des lieux de la réserve héréditaire en France V. : Rapport d'étude sur la réserve héréditaire, ss dir. C. Pérès et Ph. Potentier, éd. par Ministère de la justice, 14 janv. 2020 : <https://www.vie-publique.fr/rapport/272803-rapport-du-groupe-de-travail-la-reserve-hereditaire>.

⁶⁴³ V. en ce sens : audition devant le groupe de travail portant sur la réserve héréditaire dirigé par C. Pérès et Ph. Potentier de D. Borillo, « Réserve héréditaire : une entrave à la liberté, à la solidarité et à l'esprit entrepreneurial » ; B. Morel et S. Sbaihi, « Supprimer la réserve héréditaire. Pour la liberté, le mérite et la philanthropie », *Génération Libre*, mars 2019. Sur cette question, P. Catala disait : « *il n'est pas inconcevable que la réserve héréditaire soit abolie, en tant qu'obstacle à la circulation des richesses et entrave au droit de propriété* », « Prospective et perspectives en droit successoral », *JCP N* 2007, 1206, n° 26.

⁶⁴⁴ V. L. Gaillard, *op. cit.*, spec. p. 13 : « Aussi a-t-on vu se servir du don manuel pour frauder les droits de famille les plus sacrés et pour éluder les plus sages dispositions du Code. C'est bien en vain que la loi a voulu garantir l'égalité des partages et exclure des libéralités certaines personnes, enfants adultérins, médecins de la dernière maladie, etc..., si l'on doit toujours trouver dans le don manuel un moyen facile d'échapper à ses prohibitions ».

mécanisme de la réserve et du rapport, permet de protéger une partie du patrimoine du donateur soit d'un abus de confiance de la part du tiers soit d'une volonté de répudiation successorale.

262. L'exception des présents d'usage. - La reconnaissance juridique du don manuel a permis l'application de normes successorales savamment dosées pour protéger la paix familiale. Seuls les présents d'usage peuvent permettre le contournement de ces règles protectrices⁶⁴⁵, c'est pourquoi ceux-ci ne peuvent excéder une certaine valeur déterminée selon le patrimoine du donateur⁶⁴⁶.

Quoi qu'il en soit, il serait exagéré de prétendre que les dons manuels sont antifamiliaux. Les dons faits de la main à la main font partie de ces attentions familiales auxquelles la personne humaine est particulièrement sensible. Leur reconnaissance juridique permet à cette pratique d'évoluer et de protéger le groupe familial dans son unité et de manière équitable.

§2. Le principe selon lequel les aliments ne s'arréragent pas

263. Définition et histoire de la règle « aliments ne s'arréragent pas ». - Les aliments sont les sommes dues pour assurer la vie quotidienne d'une personne. Arrérager est le fait d'être en retard de paiement. Ainsi, si les aliments ne s'arréragent pas, c'est que lorsqu'une dette d'aliment non payée n'est pas réclamée alors elle n'est plus due. La formule, qui a tout d'un adage de l'ancien droit ou d'une phrase choc d'un autre temps, est pourtant très récente. Une fois n'est pas coutume, ce principe est une norme purement jurisprudentielle en ce sens qu'aucune trace de son existence n'existe avant le XIX^{ème} siècle. Sa première apparition est datée du 13 août 1872 dans un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux⁶⁴⁷. Cette absence d'ancrage historique explique peut-être pourquoi un bon nombre d'auteurs se sont interrogés sur la légitimité de cette règle⁶⁴⁸, d'autant plus qu'un texte de loi avait semble-t-il, déjà réglé la

⁶⁴⁵ Selon un adage de Loysel « *Dépense et don de noces en meuble ne sont sujets à rapport* ». H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, éd. LexisNexis, 1999, spéc. p. 157.

⁶⁴⁶ En ce sens : Civ. 1^{ère}, 6 déc. 1988, n° 87-15083 : *Bull. civ. I*, n° 347, p. 236 : les présents d'usage sont « *les cadeaux faits à l'occasion de certains événements, conformément à un usage, et n'excédant pas une certaine valeur* ».

⁶⁴⁷ Bordeaux, 13 août 1872, *D.*, 1873-II-120.

⁶⁴⁸ Baudry-Lacantinerie et Honeques-Fourcade, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. III, éd. Hachette Bnf, 2023, spéc. p. 2014 ; Aubry et Rau, - *Droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 9, n° 553 ; Planiol et Ripert, *Traité pratique*, t. II, par Rouast, n° 53 ; Ripert et Boulanger, *Traité pratique de droit civil français*, t. 1^{er}, n° 1698 ; F. Chabas, *Leçon de droit civil H.-L. et J. Mazeaud – Introduction à l'étude du droit*, t. 1^{er}, n° 1218 ; Marty et Raynaud, t. 1^{er}, n° 383 ; J. Carbonnier, *Droit civil – Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple, op. cit.*, n° 402, spéc. p. 811 ; R. Savatier, Rép. Civ., v^o aliments, n° 242 et s. ; J. Pélissier, *Les Obligations alimentaires : unité ou diversité*, th. ss. dir. H. Solus, Paris, 1961 ; F. Derrida, *L'Obligation d'entretien, obligation des parents d'élever leurs enfants*, th. Alger, éd. Dalloz, 1952, p. 314 et s. ; J. Chevallier, *Rev. trim. dr. civ.*, 1964, p. 727.

question de la prescription de la dette alimentaire. En effet, l'article 2224 du Code civil⁶⁴⁹ pose une prescription de cinq ans « *pour les actions personnelles ou mobilières (...) à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ». La Cour de cassation a expliqué ce choix jurisprudentiel d'abord en arguant que par cette règle le juge constate l'existence d'une renonciation du créancier⁶⁵⁰. Ce serait alors la première fois qu'en droit une renonciation puisse se présumer. Sans renier cette explication, la Cour de cassation a fait ensuite évoluer le fondement de ce principe. Les aliments ne s'arréagent pas, « *parce que le créancier qui n'a pas réclamé les termes échus peut être considéré comme s'étant trouvé à l'abri du besoin et ayant renoncé à un paiement qui n'était pas indispensable à sa subsistance* »⁶⁵¹. Encore une fois, c'est par une présomption qu'est déduit le bien-fondé de la norme.

264. La reconnaissance du principe « aliments ne s'arréagent pas. - Malgré les oscillations, la Cour de cassation n'a cessé de tenter de préciser le régime de ce principe. Ainsi, bien que cette règle soit régulièrement incomprise et critiquée, le Cour de cassation y semble attachée puisqu'elle visera pour la première fois ce principe le 18 janvier 1989, lui donnant ainsi une légitimité incontestable⁶⁵². Nous remarquons cependant, que la Cour ne mentionne directement le principe selon lequel les aliments ne s'arréagent pas que dans le corps de l'arrêt. Le visa est plus large puisqu'il est dit : « *Vu (...) les principes qui régissent l'obligation alimentaire* ». En l'espèce, le président du conseil départemental des Yvelines a payé les frais de placement dans une maison de retraite d'un homme à partir 8 mars 1981. Celui-ci ne réclamait alors judiciairement le remboursement des aliments versés que le 27 novembre 1984. La Cour d'appel de Versailles fait droit à cette demande. Cependant, la Cour de cassation casse l'arrêt et affirme que, parce que par principe les pensions alimentaires ne s'arréagent pas, les créances d'aliments ne pouvaient être réclamées qu'à partir du 27 novembre 1984 et non du 8 mars 1981.

265. Annonce du plan. - Habituellement, les obligations alimentaires sont l'apanage du devoir et de la solidarité familiales. Un contentieux s'est cependant étendu concernant des tiers qui ont remplacé la famille dans son rôle de secours. C'est pourquoi, après avoir étudié le

⁶⁴⁹ Ancien article 2277 du Code civil avant la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008.

⁶⁵⁰ Req., 23 nov. 1920, *Gaz. Pal.*, 1921-I-48 ; *D.*, 1921-I-79 ; *S.*, 1922-I-83.

⁶⁵¹ Req. 30 janv. 1933 : *DH* 1933, 114 ; *S.* 1933, 1, 103.

⁶⁵² Civ. 1^{ère}, 18 janv. 1989 : *D.* 1989, 383, note J. Massip. Dans le même sens : Civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, *Bull. civ. I*, n° 98, spéc. p. 66.

régime juridique du principe (A), nous verrons les liens étroits entre la règle selon laquelle les aliments ne s'arréagent pas et la famille (B).

A) Le régime juridique du principe selon lequel les aliments ne s'arréagent pas

266. Annonce du plan. - Nous allons dans ce paragraphe premier étudier le fonctionnement du principe afin de mieux en appréhender l'esprit. Deux questions se posent par rapport au régime juridique du principe selon lequel les aliments ne s'arréagent pas, celle de sa nature d'une part (1), et celle de son étendue d'autre part (2).

1. La nature du principe selon lequel les aliments ne s'arréagent pas

267. Une présomption de fait. - Le principe selon lequel les aliments ne s'arréagent pas part du postulat que les besoins qui sont à combler sont immédiats parce que vitaux. Comme le précisait le professeur Carbonnier, « *on ne vit pas rétroactivement* »⁶⁵³. Si la créance n'est pas collectée à temps alors elle est inutile, c'est pourquoi nous supposons qu'en cas de non-paiement, le créancier ne peut se permettre de ne pas la réclamer immédiatement.

Ainsi, de prime abord, il ne semble pas qu'il y ait de doutes quant à la nature du principe qui serait une présomption simple⁶⁵⁴. Le créancier a la possibilité de prouver qu'il n'est pas resté inactif ou qu'il a été impossible pour lui d'agir mais également de prouver qu'il était effectivement dans le besoin. Cependant, peut-être parce que les juges étaient encore bien mal à l'aise à l'idée d'aller à l'encontre des textes, la Cour de cassation va subtilement arranger son propos de sorte que l'abstention sera considérée comme une présomption de fait et non comme une présomption simple. Le juge *constate* l'absence de besoin plus qu'il ne la présume⁶⁵⁵.

268. La remise en cause de la présomption. - Cette différence, particulièrement ténue, ne sera pourtant plus nécessaire par la suite. En effet, si la règle selon laquelle les aliments ne s'arréagent pas repose sur la présomption selon laquelle le créancier n'était pas dans le besoin, alors elle ne devrait pas s'appliquer à ceux qui sont venus au secours du créancier à la place du débiteur. Il arrive, en effet, régulièrement qu'une tierce personne paye à la place du membre de

⁶⁵³ J. Carbonnier, *Droit civil, op. cit.*, n° 401, spéc. p. 810.

⁶⁵⁴ Civ. 1ère, 28 janv. 1963 : *Gaz. Pal.* 1963, I, p. 420 ; Civ. 2^{ème}, 29 oct. 1980 : *JCP G* 1981, II. 19665 ; Civ. 1ère, 5 juill. 1988 : *Bull.* 1988, I, n° 213, p.151 ; *D.* 1989. 51, note J. Massip.

⁶⁵⁵ Civ., 24 oct. 1951 : *Bull. Civ.*, I, p. 213 ; *Gaz. Pal.*, 1952-I-18 ; *S.*, 1952-I-164 ; *D.* 1952. 577, note A. Ponsard ; *JCP*, 1951. II. 6620 : « *Cette règle, en absence de tout texte légal la confirmant, n'a que la valeur d'une présomption de fait* ».

la famille les frais nécessaires à la vie de la personne. Logiquement, ces derniers ont une action directe pour réclamer le remboursement de ces sommes par le débiteur. Par exemple, un service hospitalier ayant payé l'hospitalisation d'une mère pourrait réclamer le remboursement de ses frais directement auprès des enfants. Dans ces cas-là le créancier était effectivement dans le besoin puisqu'une tierce personne est venue l'aider. Ce point de vue semblait être celui adopté par la doctrine au milieu du XX^e siècle⁶⁵⁶.

Un tournant jurisprudentiel a cependant eu lieu puisque la Cour de cassation a opposé à ce type d'action directe le principe selon lequel les aliments ne s'arréragent pas. Cela signifie que l'existence certaine du besoin alimentaire n'est plus suffisante pour écarter le principe. Nous pourrions également penser que la Cour présume non pas l'absence de besoin mais la renonciation du tiers à agir. Cependant, dans de nombreux arrêts, le tiers qui réclame le remboursement des sommes versées apporte la preuve de son action sans que cela modifie la solution jurisprudentielle⁶⁵⁷. Malgré les critiques de la doctrine⁶⁵⁸, cette jurisprudence est depuis constante⁶⁵⁹. De ce fait, il n'est plus possible de parler de présomption simple, la nature même du principe a donc été bouleversée.

Se pose alors la question du caractère irréfragable ou non de ce principe. Il semble, que la question reste ouverte. Soit la présomption est irréfragable mais avec de nombreuses exceptions, soit il s'agit d'une présomption hybride qui recherche sans cesse un équilibre entre les parties. La seconde solution semble la plus à même de mettre en lumière le caractère atypique des dettes d'aliments et du principe qui s'ensuit inévitablement. Il est nécessaire de trouver un juste équilibre entre une dette qui ne ronge pas le capital du créancier et un débiteur qui ne soit pas victime. En effet, le rappel de nombreuses échéances impayées risquerait de déboucher sur une somme astronomique par rapport au besoin réel du créancier et de grever le capital du débiteur. Ce rapport ne peut être que difficilement dosé ailleurs que dans les

⁶⁵⁶ V. en ce sens : J. Ghestin, « La règle « aliments ne s'arréragent pas » », in *Mél. J. Brèthe de la Gressaye*, éd. Bière, 1968, spéc. p. 308 et s : « Ici, la maxime « aliments ne s'arréragent pas » est radicalement inapplicable. En effet, elle ne vise que les actions en réclamation d'aliments exercées par le créancier alimentaire. Elle ne concerne pas les actions en remboursement intentées par un tiers agissant en son nom personnel contre un débiteur alimentaire ». V. également : L. Peyrefitte, « Considérations sur la règle « aliments ne s'arréragent pas » », *RTD civ.* 1968. 286 et s.

⁶⁵⁷ V. en ce sens : Rapport final sur « Le recours des établissements publics de santé contre les débiteurs alimentaires », ss. dir. M. Rebourg, oct. 2003, spéc. p. 90 et s. <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2014/07/01-15-RF>.

⁶⁵⁸ En ce sens : V. Vioujas, « Le recouvrement des produits d'hospitalisation auprès de la famille du patient : de nouvelles possibilités pour les établissements de santé », *LPA* 2015, n° 56, p. 4 ; N. Lion, « Le recouvrement de l'obligation alimentaire par les établissements publics de santé à l'épreuve de la règle « aliments ne s'arréragent pas » », *LPA* 1998, n° 120, p. 120 ; J. Massip, « Les recours formés par les services de l'aide sociale ou les hôpitaux et hospices contre les débiteurs d'aliments : application de la règle aliments ne s'arréragent pas », *D.* 1991. 469 ; F. Guerchoun, « La vocation de l'adage « aliments ne s'arréragent pas » », *JCP G* 2004, n° 12, comm. 10040. Pour un avis contraire : P. Murat, « Recours des établissements de santé contre les débiteurs alimentaires : vers une extension de la maxime « aliments ne s'arréragent pas » », *Dr. fam.* nov. 2003, comm. 130.

⁶⁵⁹ Civ. 1^{ère}, 18 janv. 1989, *op. cit.* ; Civ. 1^{ère}, 3 mars 1987, n° 85-13.986 ; Civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 1987, n° 86-10.744 ; Civ. 1^{ère}, 5 févr. 1991, n° 89-17.840 ; Civ. 1^{ère}, 24 juin 2015, n° 14-15.538 et 14-19.562.

tribunaux. Le recours à la norme de principe est donc parfaitement approprié⁶⁶⁰. D'ailleurs, dans certains cas il est permis que le remboursement puisse être fait en vertu d'un autre fameux principe de droit privé : l'enrichissement sans cause⁶⁶¹. Quoi qu'il en soit, cette évolution jurisprudentielle a permis une palingénésie de la règle, ainsi, « *étranglé par la loi, le principe conserve le souffle nécessaire pour reparaître en toute situation, fût-ce sous les traits d'un avatar de lui-même* »⁶⁶². En effet, ce revirement de nature intervient alors que de nombreuses exceptions aux principes sont posées entraînant alors des doutes sur son effectivité.

2. L'étendue du principe selon lequel les aliments ne s'arréragent pas

269. Le champ d'action restreint du principe « aliments ne s'arréragent pas ». - Le principe selon lequel les aliments ne s'arréragent pas semble être d'une souplesse incroyable et ne s'appliquer quasiment qu'au cas par cas. Par ailleurs, le champ d'application est très restreint puisque cela ne concerne que les dettes d'aliment. En écartant le principe à certains cas, le juge limite d'autant plus l'effectivité de cette norme.

270. Les exceptions posées par la jurisprudence. - La jurisprudence a établi des exceptions spécifiques et celles-ci sont larges comme nous pouvons le constater en établissant la liste :

- Contributions aux charges du mariage⁶⁶³. La Cour de cassation a en effet précisé que cette dette est « *distincte par son but et son fondement de l'obligation alimentaire* ». La contribution aux charges du mariage ne serait pas, en réalité, selon la Cour de cassation, une créance d'aliments ce qui explique aisément l'exception.

- Les pensions alimentaires accordées à un époux divorcé au titre de la contribution de l'autre époux à l'entretien et à l'éducation des enfants mineurs⁶⁶⁴. L'adage « *qui fait l'enfant doit le nourrir* » persiste dans notre droit. D'ailleurs, l'action en recherche de paternité entraîne une dette rétroactive puisque le père déclaré doit à la mère le remboursement de sa contribution à l'éducation et à l'entretien de l'enfant depuis la naissance de ce dernier dans la limite de la

⁶⁶⁰ Malgré le fait qu'il parle de maxime, ce qui est contraire à la normativité réelle de la règle, le professeur Cornu explique parfaitement l'esprit de ce principe : « *La maxime est une barrière qui s'abaisse devant les agneaux et se redresse devant les loups. Souplesse des adages* ». G. Cornu, *Droit civil – La famille*, Montchrestien, Paris, 2006, spéc. p. 260.

⁶⁶¹ Aix-en-Provence, 14 janv. 2003 : RG n° 99/15871, JCP 2003. I. 148, n° 32, obs. Berthet. En l'espèce, le centre communal d'action sociale a demandé le remboursement des frais d'hébergement d'une maison de retraite d'une personne âgée sur le fondement de l'enrichissement sans cause. Dans le même sens : Civ. 1^{ère}, 14 nov. 2007, n° 06-21.697 : JurisData n° 2007-041424. En l'occurrence il s'agissait de la fondation Rothschild qui avait payé les frais d'hébergement de la maison de retraite.

⁶⁶² P. Morvan, *op. cit.*, spéc. p. 739.

⁶⁶³ Civ. 1^{ère}, 9 mai 1967 : Bull. civ. I, n° 160, spéc. p. 117 ; Civ. 1^{ère}, 8 nov. 1989 : Bull. civ. I, n° 341, spec. p. 229.

⁶⁶⁴ Civ. 2^{ème}, 29 oct. 1980 : JCP G 1981, II, 19665, note R. Jambu-Merlin, *Gaz. Pal.* 1981, 1, 125, note J. Viatte ; Civ. 1^{ère}, 8 déc. 1993 : *Petites affiches* 16/3/1994, n° 32, p. 25, note J. Massip.

prescription de droit commun⁶⁶⁵. En revanche, le principe « aliments ne s’arréragent pas » s’applique dans le cadre des subsides⁶⁶⁶, c’est-à-dire les sommes versées par le père supposé dont la filiation n’est pas établie. Cette dichotomie semble injuste pour certains⁶⁶⁷ notamment pour l’enfant incestueux qui ne peut établir sa double filiation et qui, en plus, est soumis au couperet du principe que nous étudions.

- L’obligation alimentaire née d’un contrat de rente⁶⁶⁸. Il arrive en effet, que soit versée une rente à caractère alimentaire. Cette rente, qu’elle soit viagère, donc de nature contractuelle ou imposée par une décision de justice, en réparation d’un accident par exemple, n’est pas soumise au principe. En effet, les rentes, si elles peuvent être vitales pour le créancier, n’ont pas pour seules raisons d’être des besoins alimentaires. Imposer un délai de forclusion immédiat serait donc inapproprié en l’occurrence. Le dernier arrêt rendu en 2001 n’émet d’ailleurs aucunement l’hypothèse d’une possible application de la règle selon laquelle les aliments ne s’arréragent pas. La question qui se posait était alors de savoir si la prescription est celle de droit commun ou celle dictée par l’ancien article 2277 du Code civil, ce à quoi les juges répondent que : « *La poursuite de l’exécution d’un jugement portant condamnation au paiement des arrérages d’une rente était régie par la prescription de droit commun, à la différence de la demande en paiement soumise, elle, à la prescription quinquennale de l’article 2277 du Code civil* ».

- L’obligation alimentaire résultant d’une condamnation judiciaire⁶⁶⁹. En l’espèce, durant une instance en divorce, le juge condamne l’un des époux au versement d’une pension alimentaire à l’autre époux. Ce dernier n’ayant pas réclamé les versements, le débiteur de la créance estime que le remboursement ne peut se faire qu’à partir du moment où le divorce prend force de chose jugée. Le juge de la cour de cassation répond ici de manière très générale : « *la règle « aliments ne s’arréragent pas » (...), est sans application lorsqu’il y a eu condamnation* ».

Ces exceptions ont réduit peu à peu la portée du principe selon lequel les aliments ne s’arréragent pas dont était alors constaté le déclin⁶⁷⁰. C’est donc sur la solidarité étatique ou

⁶⁶⁵ Civ. 1^{ère}, 25 mai 2016, n° 15-17.993 : *JurisData* n° 2016-009857 ; *Dr. fam.* sept. 2016, comm. 177, note A. Molière ; *Procédures*, août 2016, comm. 265, note M. Douchy-Oudot.

⁶⁶⁶ Civ. 1^{ère}, 19 mars 1985 : *Bull. Civ.* 1985, I, n° 100, p. 92 ; *Defrénois*, art. 33581 ; *D.* 1985, jurispr. p. 533, note J. Massip ; *D.* 1986, IR. p. 61, obs. Huet-Weiller ; *JCP* 1986. II. 20665, note crit. A. Joly.

⁶⁶⁷ V. en ce sens, propos rapportés par : G. Raoul-Cormeil, « Les obligations alimentaires », in *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, ss. dir. A. Batteur, LGDJ, 2016, pp. 667-677, spéci. p. 575.

⁶⁶⁸ Civ. 1^{ère}, 8 fév. 1961 : *Bull. civ.* I, n° 90, p. 74 ; Civ. 1^{ère}, 16 juin 1998 : *D.* 1999, jurispr. p. 386, note J. Massip ; *RTD civ.* 1998. 895, obs. J. Hauser ; Civ. 2^{ème}, 27 sept. 2001, n° 00-10.438 : *Bull. 2001 II* n° 147 p. 100 ; *D.* 2002, p. 436, note Y. Dagorne-Labbe ; *Defrénois* 2002, art. 37486, obs. E. Savaux.

⁶⁶⁹ Civ. 1^{ère}, 5 juill. 1988, n° 86-17.031 : *D.* 1989. 51, rapp. J. Massip ; *Defrénois* 1988, art. 34323, p. 1179, rapp. J. Massip. Paris, 14 oct. 1994, *D.* 1995, IR p. 1.

⁶⁷⁰ V. en ce sens : A. Bénabent, *Droit civil de la famille*, op. cit., n° 725, spéci. p. 554-555.

associative que s'est déplacée l'application de ce principe même si les dettes alimentaires sont l'apanage de l'institution familiale comme nous allons le voir dans le second paragraphe.

B) Le lien du principe selon lequel les aliments ne s'arréragent pas avec la famille

271. Annonce du plan. - Les obligations alimentaires sont un devoir familial. Elles existent soit entre ascendants et descendants⁶⁷¹, soit entre époux⁶⁷², soit entre gendre ou belle-fille et beaux-parents⁶⁷³. Celles-ci sont naturellement l'apanage du juge aux affaires familiales selon l'article L. 213-3, 3° du Code de l'organisation judiciaire. L'ensemble des dettes alimentaires est donc dû par des membres de la famille de l'individu qui est dans le besoin. C'est seulement quand les proches sont défaillants que l'État ou des associations prennent le relai. C'est pourquoi, de prime abord, le principe selon lequel les aliments ne s'arréragent pas devrait être utilisé que dans le cadre de conflits familiaux. En effet, ce principe vient contrebalancer l'exigence de la solidarité familiale (1) et nous verrons, qu'à l'inverse, les exceptions au principe préservent son existence (2).

1. Un principe qui atténue la solidarité familiale

272. Une limite du devoir de solidarité. - Lorsqu'un proche est dans le besoin, il revient en premier lieu aux membres de sa famille de lui porter secours. La solidarité familiale est, en effet, un principe fondateur du droit de la famille. Les dettes alimentaires ont donc cette particularité de n'avoir en réalité aucune contrepartie si ce n'est la joie de la générosité. Cet effort financier ne peut être exigé qu'en raison des liens familiaux qu'unissent le créancier et son débiteur. Seulement, cette charité familiale ne doit pas être abusive. Ainsi, une limite à la solidarité est posée par le principe selon lequel les aliments ne s'arréragent pas. Cette solidarité familiale ne saurait être le facteur d'un profit de la part du créancier, ce qui nuirait à la qualité des liens familiaux.

273. Une solidarité familiale qui demeure malgré les apparences. - En cas de défaillance de la famille, c'est à la solidarité nationale de prendre le relai. Ainsi, cette dernière n'a qu'un caractère subsidiaire. Cela ne doit pas inciter les organismes qui ont pris le relai à laisser les

⁶⁷¹ V. art. 203, art. 205 et art. 207 du Code civil.

⁶⁷² V. art. 214 du Code civil.

⁶⁷³ V. art. 206 du Code civil.

versements filer. Il est très probable que la Cour de cassation, en appliquant le principe selon lequel les aliments ne s'arréagent pas aux tiers, a eu pour volonté de ne pas pénaliser le débiteur initial, membre de la famille, qui pourrait se retrouver face à une charge disproportionnée par rapport à ses revenus⁶⁷⁴. Il serait donc faux d'en conclure que la volonté des juges est de remplacer la solidarité familiale par la solidarité nationale. Celles-ci sont d'ailleurs complémentaires et en aucun cas concurrentes. C'est au contraire la recherche d'un équilibre afin que la solidarité familiale soit vertueuse et non accablante. Ainsi, le principe à l'étude vient encadrer la solidarité familiale en interdisant l'accumulation des dettes alimentaires. Le revirement qui a eu lieu à la fin du XX^e siècle à l'égard des tiers n'était pas une volonté de réduire de surcroît le rôle de la solidarité familiale. D'ailleurs, les exceptions posées à ce principe permettent de conserver l'existence d'une véritable solidarité familiale.

2. Des exceptions qui semblent vouloir préserver la solidarité familiale

274. La prise en considération des relations familiales. - L'argent est un sujet omniprésent mais délicat au sein de la famille. La fierté de l'enfant qui s'émancipe de ses parents par une indépendance financière, le beau mariage dont les commères s'empressent de mettre en doute la sincère affection des époux ou encore les successions fratricides⁶⁷⁵ démontrent que les liens qui unissent les membres d'une famille sont tissés d'affections désintéressées et de basses réalités financières. L'argent devient bien souvent l'objet de rancunes et d'honneur.

Ainsi, il peut être très compliqué pour le créancier alimentaire de réclamer au débiteur le respect de ses engagements. En raison des liens d'affections ou à l'inverse des conflits particulièrement douloureux, les dettes intrafamiliales sont parfois plus compliquées à réclamer. Ainsi, le créancier préfèrera, du moins pendant un temps, vivre difficilement plutôt que porter plainte contre un membre de sa famille. Ces considérations expliquent en partie certaines exceptions au principe « aliments ne s'arréagent pas ». Ainsi, il n'est pas rare qu'après un jugement de divorce, l'un des époux, souvent le père, coupe les liens humains mais aussi financiers avec l'époux qui a la garde des enfants. Or, « *même s'il (l'époux délaissé financièrement) dispose des sanctions pénales de l'abandon de famille ; il hésitera souvent, en raison même du caractère infamant des poursuites qui rejoaillit sur la famille tout entière, à*

⁶⁷⁴ V. en ce sens : N. Lion, note ss. Civ. 1^{re}, 21 mai 1997, *Petites affiches* 7 oct. 1998, p. 26 : « *La jurisprudence de la Cour de cassation en incitant les hôpitaux et hospices à agir rapidement donne l'occasion aux débiteurs d'aliments de s'acquitter de leur obligation afin que la solidarité nationale retrouve son caractère subsidiaire* ».

⁶⁷⁵ Comme l'a écrit Plagnol pour le film *La fille du puisatier* (1940) : « *ce sont toujours des histoires d'héritage qui mettent la dispute dans la famille* ».

*exiger ponctuellement le paiement de son dû »*⁶⁷⁶. La volonté est alors d'assumer seul son enfant afin de ne rien devoir à son autre parent et peut-être inconsciemment pouvoir dire plus tard : « je t'ai élevé à la force de mes uniques sacrifices ».

275. Un équilibre délicat entre exceptions et principe. - Les exceptions au principe permettent donc de protéger le créancier qui pourrait être dans une situation vulnérable par rapport au débiteur. Comme nous le voyons, l'application du principe est un véritable jeu d'équilibrisme. A défaut de pouvoir faire du cas par cas, ce qui rendrait les décisions incohérentes et imprévisibles le juge pose des exceptions au principe selon lequel les aliments ne s'arréagent pas, lui-même en porte à faux par rapport au principe de solidarité familiale. Ces exceptions d'exceptions rendent parfois difficile la lisibilité du traitement des dettes alimentaires. Comme dit le professeur Sériaux, « *rigide de par ses principes, le droit de la famille devient légitimement médiocre quand il les applique* »⁶⁷⁷. Malgré tout ce travail normatif mené par la jurisprudence, il reste encore de nombreux impayés en particulier en ce qui concerne les pensions alimentaires ce qui oblige le législateur à mettre en place une généralisation de l'intermédiation financière à compter du 1^{er} mars 2022⁶⁷⁸. Lorsque l'argent, au lieu de l'affection, devient le nerf de la famille, les réponses juridiques doivent être subtiles pour éviter des drames.

276. Conclusion chapitre 2. – Les principes *infans conceptus* et du don manuel ne peuvent exister qu'en raison de l'affection régnant au sein d'une famille : que ce soit à travers l'enfant porté dans le sein de la mère ou le don spontané d'une chose. Les principes de l'indisponibilité de l'état des personnes et des aliments qui ne s'arréagent pas ne peuvent exister qu'en raison notamment du rôle attribué par la famille : le statut de père, d'enfant, d'épouse... et traduit un lien interpersonnel qui, de ce fait, n'appartient pas à un individu mais à la société tout entière. C'est pourquoi ils ont toute leur place au sein des principes de droit de la famille.

⁶⁷⁶ J. Ghestin, *op. cit.*, p. 295.

⁶⁷⁷ A. Sériaux, « Le juriste face au droit de la famille », *op. cit.*.

⁶⁷⁸ Dispositif prévu par : L. n° 2021-1754 du 23 déc. 2021 de financement de la sécurité sociale pour 2022. Sur ce sujet : *Dr. fam.*, mai 2022, alerte 58 ; *AJ fam.* 2022. 37, note A. Daste ; *ibid.* 275, note M.-J. Del Rey ; *ibid.* 108, note V. Avena-Robardet ; *D. actualité* 8 mars 2022, « Pensions alimentaires : généralisation de l'intermédiation financière à compter du 1^{er} mars 2022 ».

Conclusion titre 2

277. Le constat du caractère *sui generis*. – L'apparition du visa de principe au milieu du XX^e siècle⁶⁷⁹ a fait naître une nouvelle norme de droit, bien différente des principes légiférés. Ce qui ressort de ce titre 2 est avant tout le caractère *sui generis* des objets sur lesquels portent les principes visés. Ces principes sont la preuve que l'idéal de la codification ne peut être absolu⁶⁸⁰ ; il existera toujours des éléments qui ne peuvent être codifiés parce que, d'une part, leur description doit se faire au cas par cas, comme ce qui concerne les souvenirs de famille et parce que, d'autre part, le maniement de ces choses est trop subtil pour être cantonner à quelques lignes d'un code.

278. Des principes témoin du renouveau de la famille par le droit. - Les principes visés sont une preuve supplémentaire de la judiciarisation du droit qui n'échappe pas à celui de la famille. Les apports cependant viennent volontiers d'autres branches du droit comme celui des personnes⁶⁸¹. Choisir de les ignorer en raison de ce caractère transversal serait dénaturer le droit de la famille tel qu'il est traité aujourd'hui. C'est pourquoi il était indispensable d'étudier le principe du droit au nom, celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ou *infans conceptus*. L'évidente solidarité et affection familiale empêche de faire l'impasse des principes de souvenirs de famille, du don manuel ou du non arréage des aliments. L'étude de ces principes montre le nouveau visage de la famille à notre époque : l'affaiblissement de l'institution et la mise en avant de l'affection.

⁶⁷⁹ Sur ce sujet, v. : P. Morvan, « Les visas de principes dans la jurisprudence de la Cour de cassation : inventaire d'un droit "hors-la-loi" », *LPA*, 2005, n° 113, p. 5.

⁶⁸⁰ Cet idéal est né avec la philosophie de Jeremy Bentham qui souhaitait sécuriser le droit en imposant l'écrit : J. Bentham, *Oeuvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais*, t. 1, 2 et 3, éd. Louis Hauman, Bruxelles, 1832.

⁶⁸¹ D. Fenouillet, « Le droit civil de la famille hors le Code civil », *LPA* 2005, n° 188, p. 3.

Conclusion partie 1

279. La détermination des principes de droit de la famille. - Quel œuvre délicate que de déterminer des principes qui sont l'objet de grandes divergences de définitions⁶⁸². L'état actuel du droit de la famille a conduit à constater deux grands corps de principes, objet des deux titres précédents.

S'agissant des principes directeurs l'étude s'appuie sur l'esprit du droit de la famille notamment grâce à l'observation des grands textes et de la loi, notamment les réformes qui ont eu lieu dans la seconde moitié du XXe siècle. L'importance accordé à la morale est grande puisque la famille joue un rôle déterminant dans l'intégrité des individus. Sur cet aspect, le droit de la famille ne peut donc être tenu à l'écart. Les principes directeurs guident la marche à suivre par la légalité pour respecter une morale commune. Il revient au droit de sanctionner les comportements minoritaires contraires aux bonnes mœurs⁶⁸³. Ces dernières trouvent une traduction dans les principes énoncé dans le premier titre. Il est en effet possible de s'entendre sur le fait que nos sociétés approuvent les familles avec des liens solidaires ou monogamiques par exemple.

Concernant les principes visés, l'observation des arrêts de la Cour de cassation est évidemment indispensable. Ces derniers permettent de rationaliser une branche du droit⁶⁸⁴ qui souffre d'une croissance normative qui nuit à sa clarté. Le retour des arrêts de règlements, d'abord en catimini puis de manière franche⁶⁸⁵, n'a cependant pas heurté le droit de la famille. Au contraire, en appliquant la norme de principe à des entités *sui generis*, cela a permis de fournir une réponse efficace au justiciable.

Après ces énumérations, il convient désormais de procéder à l'étude normative des principes.

⁶⁸² V. *supra*, n° 6 et s..

⁶⁸³ En effet, les bonnes mœurs peuvent être définies comme : « *un consensus social se cristallisant autour d'interdits communément admis, et ce plus particulièrement dans le domaine des mœurs sexuelles* » B. Lavaud-Legendre, Où sont passées les bonnes mœurs ?, Puf, 2005, spéc. p. 8.

⁶⁸⁴ F. Moderne, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », RFDA 1999, p. 722.

⁶⁸⁵ M. Bandrac, « La jurisprudence ? », in *La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée*, RTD civ. 1992. 340. M. Gobert, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », RTD. civ. 1992. 345.

Partie 2 **L'étude normative des principes de droit de la famille.**

280. L'étude de la normativité des principes. - L'objet de cette seconde partie est de déterminer la normativité et l'effectivité des principes de droit de la famille. Il est intéressant de découvrir le fonctionnement des principes en tant que normes. L'enjeu est de définir leur fondement, leur place au sein du droit et d'essayer de comprendre leur réaction face au bouleversement que connaît aujourd'hui le droit de la famille.

Nous avons vu en première partie les principes qui jouent en droit de la famille. En effet, les principes n'appartiennent pas à une branche du droit spécifique, ils déambulent. Cela est permis par l'autonomie qui les caractérise. De cette autonomie doit découler la définition d'une place particulière des principes au sein de l'ordonnancement des normes. Nous verrons à ce titre que la pyramide mise au point par Kelsen n'apporte pas une réponse satisfaisante puisqu'il est impossible d'y insérer les principes qu'ils soient directeurs ou visés par la Cour de cassation. Les principes doivent être pris en dehors de la hiérarchie des normes. Cette dernière ne peut concerner que les textes ; les règles extratextuelles font alors office de contrepoids à la norme écrite.

281. L'étude de l'effectivité des principes. - Ce contrepoids ne signifie pas que le textuel et l'extratextuel sont en concurrence. Au contraire, nous verrons que l'effectivité des principes est difficile au sein d'un droit de la famille en constante évolution. En effet, le droit écrit de la famille était jusqu'à récemment relativement stable et abouti, de sorte que les arrêts qui se fondaient sur un principe étaient rares et remarqués. Il est à noter que, depuis que le droit de la famille est bouleversé, à l'aube des années 2000, rares sont les principes qui trouvent grâce aux yeux de la jurisprudence. Ainsi, paradoxalement, les principes s'épanouiraient plus dans un droit écrit fort. En revanche, lorsque le législateur est dépassé par les revendications individuelles et la course infinie du progrès, il est délicat de dégager de nouveaux principes. Dans ce recul remarqué des principes ces mots pourraient raisonner dans notre esprit : « ...au lieu de principes solides qui eussent tranquillisé pour toujours la conscience humaine, tu as choisi des notions vagues, étranges, énigmatiques, tout ce qui dépasse la force des hommes... »⁶⁸⁶.

⁶⁸⁶ F. Dostoïevski, *Les frères Karamazov*, Extrait de « La parabole du Grand Inquisiteur », Gallimard, 1998, spéc. p. 35.

282. Annonce du plan. – Dans un premier titre, il sera abordé la normativité des principes de droit de la famille en déterminant leur source et leur force obligatoire (Titre 1). Il sera traité dans un second titre de l'effectivité de ces principes, qui dépend notamment de leur nature directrice ou impérative, et qui ces dernières années à tendance à s'amoindrir (Titre 2).

Titre 1 – La valeur normative des principes de droit de la famille

283. Naissance récente du visa de principe. - Dans ce présent titre sera vu le fonctionnement de la norme « principe » au sein du droit de la famille. En effet, l'objectif de l'étude de la normativité d'une norme est de connaître son fondement et sa place au sein de l'ordonnancement des différentes règles de droit. Par cette étude, nous pourrons conclure à l'existence du principe en tant que norme. Cette démonstration n'a pas toujours été pertinente au sein de la doctrine. En effet, suite à l'écriture du Code civil, l'exercice doctrinal consistait à interpréter la loi, celle-ci étant la souveraine absolue du droit. C'est l'école de l'Exégèse qui permit le rayonnement du Code civil et qui plaça ce dernier au cœur de l'étude du droit. Seulement, la loi n'est pas toute puissante en réalité. Très rapidement la doctrine, notamment relative à la philosophie du droit, s'est de nouveau intéressée à ces courants qui ont une incidence sur le droit : les mœurs, la morale, la justice ... et a admis que le droit pouvait exister sous d'autres formes que la loi⁶⁸⁷. C'est dans ce contexte que naît au milieu du XXe siècle le visa de principe⁶⁸⁸. Les principes de droit sont donc, du moins dans leur forme, un phénomène relativement récent. Bien sûr, le terme de principe existait bien avant, mais les décisions de justice ne se fondant que sur la loi, leur juridicité était contestable.

284. Les postulats autour de la légitimité des principes de droit. - Ces dernières évolutions étant récentes, la question de la légitimité des principes reste encore ouverte pour certains. Aujourd'hui encore, la doctrine se demande si le principe de droit est une norme juridique. Cela peut s'expliquer par la qualification confuse des différentes normes non écrites et générales. Certains auteurs ont même renoncé à différencier les adages des standards, des simples expressions, et bien évidemment des principes⁶⁸⁹. Renoncer à les nommer c'est renoncer à les étudier et se condamner à l'obscurité de leurs applications. Chacune de ces normes a des spécificités notamment quant à ses sources. Il est donc important que les principes « soient nommés et identifiés, sans quoi l'on ne saurait admettre qu'ils puissent être assimilés

⁶⁸⁷ C'est ainsi que Gény revenant vers un certain droit naturel affirmait : « *Il faut donc le reconnaître, il existe des principes de justice, révélés par la raison ou par la conscience morale, auxquels les éléments variés et mouvants de la vie sociale donneront, seuls, leur empreinte positive, mais dont le siège est en dehors du monde des phénomènes ou des contingences* ». Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, op. cit., spéc. p. 106.

⁶⁸⁸ Le premier visa de principe a lieu avec : Com., 20 avr. 1948 : DP 1948. 375, S. 1948. 1. 129, RTD com. 1948. 697, obs. R. Houin. Sur ce sujet, V. : P. Morvan, « Les visa de principes dans la jurisprudence de la Cour de cassation : inventaire d'un droit « hors-la-loi » », op. cit. ; J.-P. Gridel, « Le rôle de la Cour de cassation française dans l'élaboration et la consécration des principes généraux du droit privé », op. cit..

⁶⁸⁹ Voir par ex. : S. Goltzberg, *100 principes juridiques*, puf, 2021, spéc. p. 15.

à une « règle de droit » au sens de l'article 604 du nouveau code de procédure civile »⁶⁹⁰. Ce qui est certain c'est que les juges peuvent aujourd'hui fonder leur décision sur des principes sans que personne ne trouve à en redire. De ce constat, nous pouvons affirmer que les principes sont une source de droit.

285. Annonce du plan. - Lorsque l'on étudie une norme, il est assez naturel de se demander d'où elle provient, de chercher à comprendre ce sur quoi elle se fonde et ce qui la rend légitime. De même, il est important de connaître sa force juridique. Ainsi, nous allons étudier dans un premier chapitre quels sont les fondements des principes de droit de la famille. Nous verrons en effet, que ce fondement diffère selon les branches du droit et que les principes de droit de la famille ont la particularité d'être autonomes par rapport aux autres sources juridiques (Chapitre 1). Nous verrons dans un second chapitre la place des principes dans le paysage normatif. La difficulté tenant aux principes est qu'il est difficile, voire impossible, de trouver dans quelle strate de la pyramide normative ils se situent. C'est pourquoi une autre vision doit être proposée. Il est intéressant de regarder les principes par rapport aux autres normes non plus dans une verticalité, mais comme un contrepoids face à des sources de droit formelles et hiérarchisées (Chapitre 2).

⁶⁹⁰ N. Molfessis, « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *op. cit.*

Chapitre 1. L'autonomie des principes de droit de la famille

286. Une autonomie spécifique au droit de la famille. – Il existe un flou quant aux fondements des principes. L'objet de cette section n'est pas de refaire une démonstration de l'autonomie des principes de droit privé, ce que le Professeur Patrick Morvan a fait de manière brillante⁶⁹¹. L'objectif est cependant de démontrer en quoi cette autonomie est particulière au sein du droit de la famille. Dans ce chapitre, nous allons nous arrêter plus spécifiquement sur les principes de droit visés par la Cour de cassation. Bien que nous mentionnions de temps en temps les principes directeurs du droit de la famille, ce sera ici seulement pour bien marquer leur différence de nature. Les principes directeurs sont, en effet, des règles d'une très grande généralité avec une forte teneur morale. Ils représentent les principes juridiques catégoriques du droit de la famille face à la progression des libertés qui renvoie la morale aux consciences individuelles. Ils sont donc essentiels au maintien d'un certain ordre vertueux. Cela leur confère une adhésion unanime et s'approche de ce fait d'un droit naturel subsistant dans l'esprit de notre droit. En revanche, les principes de droit visés par la Cour de cassation sont des règles pratiques qui recouvrent un régime juridique bien particulier. Ces derniers sont des règles autonomes qui relèvent du droit positif.

Une fois cette démonstration effectuée, nous tenterons de démontrer que les principes, étant autonomes, n'empiètent en aucun cas sur le domaine législatif. S'ils sont *contra legem* ils ne desservent pas la loi. Ces deux normes, indépendantes l'une de l'autre, se répartissent les tâches : la loi donne le cadre général, les principes encadrent certains objets spécifiques afin de leur donner un régime juridique propre. Les principes sont un outil d'intégration. Agissant de concert, ces deux normes cherchent un équilibre d'un droit cohérent, juste et prévisible pour le justiciable.

287. Annonce du plan. - Nous verrons donc, en premier lieu, l'indépendance des principes de droit de la famille face aux autres sources matérielles ou formelles du droit (Section 1). Ainsi, les principes peuvent s'inspirer d'autres sources pour se construire mais aucune d'elles n'en constituent le fondement. Nous verrons, en second lieu, que les principes en droit de la famille aussi bien dans leur mode d'action que dans leur champ d'action sont autonomes

⁶⁹¹ P. Morvan, *Le principe de droit privé*, op. cit..

(Section 2). Mais avant de nous consacrer pleinement aux principes visés par la Cour de cassation, il convient de préciser la source des principes directeurs (Section préliminaire).

Section préliminaire. Le cas particulier des principes directeurs

288. Annonce du plan. - Les principes directeurs, piliers du droit de la famille⁶⁹², sont autonomes. Seul le temps permet leur détermination (§1) et leur fonctionnement est dépendant des normes inférieures (§2).

§1. Une norme autonome

289. Les principes directeurs : normes inscrites dans le temps long. - Les principes directeurs du droit de la famille sont le fruit d'un esprit qui évolue au fil du temps et fondent la construction des normes existantes. Ainsi, il y a une confusion entre les normes formelles et ces principes : d'une part les principes directeurs ont été le socle de la législation familiale et d'autre part, ils ne peuvent continuer à exister qu'à condition que les normes futures en assurent le respect. Les principes directeurs ne sont ni construits par l'Homme puisque c'est le temps et les législations successives qui les ont révélées. Ils ne sont ni naturels puisque ces règles, à l'instar de la monogamie, ne sont pas universelles. En ce sens, ces principes peuvent être rapprochés de l'ordre spontané décrit par Friedrich Hayek⁶⁹³, c'est-à-dire que ces règles font partie d'un ordre conçu par une suite d'essais et d'erreurs. Autrement dit, les principes directeurs sont le fruit d'une tradition. Or, toujours selon Hayek, l'État est légitime s'il respecte certaines règles transcendentales que sont, selon nous, les principes directeurs. Revenir sur ces principes directeurs est possible seulement si cette remise en cause s'opère sur le temps long. Les réformes doivent porter sur des morceaux du droit afin d'éviter de bouleverser l'ordre établi, ce que Karl Popper décrivait comme le « *piecemeal social engineering* »⁶⁹⁴. Dans le cas contraire, le risque est de déboucher sur un droit désordonné ou, autrement dit, sur une anarchie. Le propre de l'homme est d'apprendre de ses erreurs. La remise en cause de certaines normes qui transcendent le droit de la famille depuis des dizaines d'années est la négation des leçons que l'Histoire nous donne. Il ne s'agit pas de rester dans un droit figé mais de prendre le temps

⁶⁹² A propos de la projection architecturale du droit, v. : Y. Ouedraogo, « La représentation architecturale du droit », in Droit et ville, 2013/2, pp. 89 – 106.

⁶⁹³ F. Hayek, *Droit, législation et liberté*, PUF, 2^e éd., 2013, pp. 960.

⁶⁹⁴ Popper, afin de s'opposer à l'historicisme qui tend à déterminer l'avenir en fonction des faits passés, propose d'avancer sans faire table rase de l'histoire mais en avançant par des suites d'essais et d'erreurs, par des petits pas. V. : K. Popper, *La société ouverte et ses ennemis*, Seuil, 1979, t. 1 et 2. Autrement dit : « Déclarer le droit commun, c'est formuler les principes auxquels correspondent les comportements habituellement reconnus comme préférable après des siècles d'expériences, après une multitude d'essais et d'erreurs rectifiées ». C. Atias, *Le droit civil*, op. cit., spéc. p. 9.

afin de considérer, grâce à la pratique, si les réformes menées ne menacent pas en réalité l'ordre établi. Ce constat permet de faire dire à Hayek que le droit positif joue en quelque sorte le rôle de droit naturel aujourd'hui.

290. Les principes directeurs en opposition avec la précipitation des réformes. - La célérité avec laquelle les réformes se succèdent aujourd'hui pose la question de l'application réelle de cette sage philosophie en droit de la famille. Il arrive régulièrement ces dernières années que des principes directeurs soient partiellement remis en cause, voire totalement comme ce fut le cas pour l'hétérosexualité du mariage⁶⁹⁵. En son temps, Hayek dénonçait le risque de la « *colonisation de l'ordre spontané* »⁶⁹⁶. Il est nécessaire de mener une réflexion sur les raisons profondes qui ont conduit aux fondements que sont les principes directeurs de notre droit de la famille afin que leur remise en cause soit un progrès et non un effondrement du paradigme familial. Malheureusement seul le temps nous donnera les résultats de ces réformes successives qui ont bouleversé notre paysage normatif familial. Au fur et à mesure, des litiges seront portés à la connaissance des tribunaux et ces derniers nous montreront peut-être des hordes de problématiques nouvelles qui feront dire aux nostalgiques : « Comme c'était mieux avant... »

Les principes qui prennent naissance au sein des arrêts de la Cour de cassation ne sont pas le fruit d'une construction historique mais d'une construction jurisprudentielle plus prosaïque.

§2. Une norme d'application indirecte.

291. Les principes directeurs : des impératifs d'influence. - Les principes directeurs ne sont que très rarement invoqués par les parties, préférant des textes de lois ou des principes préalablement invoqués par la jurisprudence. Le principe de dignité est certes régulièrement invoqué du fait de sa reconnaissance constitutionnelle, tout comme le principe d'égalité. Ce dernier est d'ailleurs souvent précisé par un ajout tel que le principe d'égalité des sexes ou le principe d'égalité des partages. Se pose donc la question de l'effectivité. La sanction ne peut être qu'indirecte à travers une norme qui s'inspire du principe directeur. Ainsi, si aucun texte ne commande l'application de ce principe dans un cas et dans un sens donné, le non-respect du principe directeur ne sera pas sanctionné. Par exemple, l'inceste est interdit dans le cadre du

⁶⁹⁵ V. *supra*, n° 104, 369 et 472.

⁶⁹⁶ F. Hayek, *op. cit.*

mariage et avec la famille d'un degré proche⁶⁹⁷, en dehors de ce cadre et entre adulte consentant, l'inceste ne sera pas condamné⁶⁹⁸.

Pourtant les principes restent des impératifs d'influence, le crédit pouvant être donné au législateur de les appliquer au mieux. De deux choses l'une : soit les principes directeurs relèvent de la stricte morale, ce qui les place *de facto* en dehors du droit ; soit les principes directeurs ne peuvent être classés comme n'importe quelle norme écrite dans un système pyramidal. La seconde raison semble primer tant il est impossible d'admettre par exemple que la monogamie est purement morale en France. Ces principes structures profondément la cellule familiale et le droit, dans son ensemble, en fait l'application autant que possible. La famille devenue un « *réseau évolutif* »⁶⁹⁹, a un système normatif qui ne peut être viable qu'à travers l'existence de principes directeurs forts. L'effectivité d'une norme ne doit pas être abordée sous le seul regard de la sanction mais également selon son rayonnement dans les normes établies. Ainsi, s'il n'existe aucune sanction directe concernant les principes directeurs, leur influence doit être pleinement prise en considération.

L'interrogation autour de la pertinence de la théorie d'Hans Kelsen, en tous cas en ce qui concerne les principes, sera de nouveau abordée à propos des principes visés⁷⁰⁰. En effet,

⁶⁹⁷ V. *supra*., n° 118.

⁶⁹⁸ Il peut même être admis dans de rare situation : v. *supra*., n° 120 et s..

⁶⁹⁹ Ph. Malaunie et H. Fulchiron, *op. cit.*, n° 104, spéc. p. 75.

⁷⁰⁰ V. *infra*. n° 372.

Section 1. L'indépendance des principes du droit de la famille face aux sources du droit

292. Définition de la notion de source du droit. - Les sources sont aux prémisses de notre droit. Ce terme peut signifier le support de la norme à savoir un texte ou un adage mais aussi l'inspiration de la norme comme la morale ou la religion⁷⁰¹. D'un point de vue figuratif, une source est ce qui est à « l'origine de quelque chose ». La question de cette section est de savoir si les principes s'identifient à une source matérielle ou formelle de notre droit existante ou s'ils sont une nouvelle source du droit autonome. Afin de démontrer l'autonomie des principes, il est important de décrire ce qu'ils ne sont pas. Cette démonstration aura ceci d'intéressant que la confusion avec d'autres sortes de préceptes est relativement courante. Les principes peuvent, en premier lieu, être compris comme une source matérielle ou idéologique du droit à l'instar de la morale, de l'équité ou encore des adages. Les sources matérielles sont en amont du droit positif, elles sont à l'origine des normes qui seront appliquées de manière contraignante par nos institutions. Les principes peuvent également être confondus avec une autre source formelle ou pragmatique du droit comme la loi ou la coutume⁷⁰². Cela voudrait dire que, de cette source formelle initiale naîtra, soit par déduction, soit par analogie, un principe.

293. Annonce du plan. - Malgré le fait que le professeur Patrick Morvan ait déjà démontré l'indépendance des principes de droit privé en tant que norme, il semble nécessaire de clarifier la place des principes de droit de la famille par rapport aux autres sources de droit. En effet, le terme principe peut revêtir plusieurs sens selon les circonstances. Au sein même du droit, les principes peuvent revêtir des réalités différentes selon la branche du droit concernée (§1). En droit de la famille, les principes ne sont soumis à aucune autre source de droit, aussi bien matérielle (§2) que formelle (§3).

⁷⁰¹ Il y a en effet un caractère polysémique du terme de source en droit, sur ce sujet v. : N. Bobbio, « Kelsen et les sources du droit », *Archives de philosophie du droit*, t. 27, 1982, spéc. p. 135.

⁷⁰² Cette dichotomie entre sources formelles et matérielles est régulièrement utilisée en doctrine pour étudier les différentes sources du droit. Cela peut se résumer ainsi : *les sources dites 'matérielles' ont [...] beau être largement indéterminables, et pour tout dire sans fin, elles doivent être incluses dans la problématique générale des sources du droit ne serait-ce que comme garde-fou* ». P. Deumier et Th. Revet, « Sources du droit », in *Dictionnaire de culture juridique*, ss. dir. S. Rials, Paris, PUF, 2003, spéc. p. 1431.

§1 Une normativité différente selon les branches de droit

294. Annonce de plan. - Une difficulté supplémentaire se pose du fait que plusieurs sources des principes ont été reconnues mais diffèrent selon les domaines de droit. En effet, le principe général du droit est une « *formule polysémique, dont le sens varie selon les disciplines et les auteurs* »⁷⁰³. Un principe n'a pas la même acceptation partout ce qui influe sur son application. Durant de nombreuses années, les principes semblaient être uniquement l'apanage du droit public. Si la norme de principe s'est étendue au droit civil, celle-ci a su s'adapter aux spécificités de chaque discipline. Parce que les différentes branches du droit n'ont pas le même fonctionnement, les mêmes bases juridiques, la même histoire, la même philosophie juridique, le principe peut avoir des sources qui diffèrent. La migration des principes a entraîné des variations propices à son intégration dans toutes les parties du droit. Deux exemples peuvent être cités démontrant la variabilité des principes selon les ordres juridiques concernés : le droit international public d'une part (A) et le droit pénal d'autre part (B).

A) Les principes au sein du droit international privé

295. Le principe de droit international comme norme coutumière et abstraite. - Il est souvent affirmé que les principes du droit international privé proviennent de la coutume internationale⁷⁰⁴. Les principes de droit international sont souvent des règles très générales qui sont issues de la pratique et ce afin de permettre une acceptation de l'ensemble des États⁷⁰⁵. Il est vrai que le caractère international de ce droit rend difficile l'autonomie des principes qui doivent nécessairement prendre leur source au mieux dans des accords officiels, sinon dans des accords tacites. De ce constat, nous pouvons conclure que « *l'usage (des principes) qui en est fait n'aboutit donc pas à l'apparition d'une catégorie juridique nouvelle* »⁷⁰⁶.

Par ailleurs, les principes de droit international sont souvent très abstraits, ce qui ne leur permet pas d'avoir une applicabilité directe. Nous pouvons citer par exemple le principe

⁷⁰³ J.-P. Gridel, « Le rôle de la Cour de cassation française dans l'élaboration et la consécration des principes généraux du droit privé », *op. cit.*, spéc. p. 136.

⁷⁰⁴ V. en ce sens : G. Scelle, *Manuel de droit international public*, Domat-Montchrétien, Paris, 1948, spéc. p. 400.

⁷⁰⁵ « *On peut dire, sans crainte de se tromper, que la très grande majorité des principes du droit international ne se sont révélés et n'ont été affirmés que par leur mise en pratique, constante chez les peuples civilisés. C'est par la coutume que s'est affirmé le droit actuel de la guerre presque tout entier, le droit que se reconnaissent les États de s'accréderiter réciproquement des représentants diplomatiques, la faculté pour chacun d'eux d'user librement de la haute mer, et même, moyennant l'observation des lois de police locale, de la mer littorale des autres, etc, etc.* ». A. Chrétien, *Principes de droit international public*, Chevalier-Marescq et Cie, Paris, 1893, spéc. p. 10.

⁷⁰⁶ M. Virally, « Le rôle des « principes » dans le développement du droit international », in *Le droit international en devenir : Essais écrits au fil des ans*, Graduate Institute Publications, 1990, spéc. p. 197.

d'égalité des États, le principe de la souveraineté des États... Ces principes doivent donc être accompagnés de règles concrètes afin d'avoir une véritable effectivité. Dans ce sens, les principes de droit international se rapprochent de la philosophie qui caractérise nos principes constitutionnels. Il y a dans ces principes une confusion voulue avec les valeurs que les États souhaitent défendre.

296. Le principe dépendant du caractère international du droit. - Les principes de droit international ont donc une normativité différente des principes de droit privé. Le droit international n'a pas le même fonctionnement que le droit interne parce que tout d'abord, il n'y a pas une autorité juridique indépendante. C'est une coordination des systèmes de droit qui permet d'harmoniser les solutions aux problèmes se posant entre deux États souverains. Le droit international se construit par un dialogue continu entre des États qui peuvent à tout moment refuser de se soumettre. Les principes jouent donc le rôle d'un point de départ à la construction d'une relation diplomatique. Les États se mettent d'accord sur les principes autour desquels se construira un régime juridique. A l'inverse, les principes de droit privé ne naissent pas suite à des concessions ou à des tractations comme c'est le cas pour les normes internationales. En droit privé cependant, il existe des divergences d'interprétation des principes en fonction des spécificités de chaque branche du droit. Le droit pénal a, par exemple, une singularité liée à son caractère répressif qui accentue l'importance de la législation.

B) Les principes au sein du droit pénal

297. L'attachement particulier du droit pénal à la loi. - Le droit pénal a un attachement particulier à la loi et ce depuis la fin du XVIII^e siècle à partir duquel la protection des droits individuels a pris son essor⁷⁰⁷. Le droit pénal est la traduction de la capacité répressive de l'État et permet de réparer les dommages causés par un individu à la société toute entière. C'est pourquoi, seul le législateur peut créer et interpréter les normes de droit pénal. C'est une question de légitimité : « *les lois seules peuvent fixer les peines de chaque délit, et que le droit de faire des lois pénales ne peut résider que dans la personne du législateur, qui représente toute la société unie par un contrat social* »⁷⁰⁸. Cette pensée politique a donné naissance au principe « *nullum crimen nulla poena sine lege* » plus connue sous le nom de « la légalité des

⁷⁰⁷ C'est à cette époque que Cesare Beccaria fit paraître anonymement son ouvrage intitulé *Des délits et des peines* (1764) qui appelle à remplacer l'arbitraire des condamnations pénales par la légalité. Cet ouvrage a inspiré de nombreuses évolutions des systèmes juridiques de nombreux États.

⁷⁰⁸ C. Beccaria, *Des délits et des peines*, préf. R. Badinter, trad. M. Chevallier, Flammarion, Paris, 1979, spé. p. 51

délits et des peines »⁷⁰⁹ dont l'application a évincé *de facto* les principes extratextuels. Cette règle va de paire avec l'article 111-4 du Code pénal qui dispose que « *La loi pénale est d'interprétation stricte* ». En droit pénal donc, l'interdiction faite au juge par l'article 5 du Code civil de disposer de manière générale et réglementaire semble renforcée. Le juge pénal veille plus scrupuleusement qu'ailleurs au respect des lois et à l'interdiction de sortir des sentiers tracés par le pouvoir législatif.

298. L'absence d'autonomie des principes en droit pénal. - De ce fait, une décision *contra legem* serait une atteinte au principe de la légalité des délits et des peines et donc une atteinte aux libertés individuelles. Ainsi, le juge de la Chambre criminelle de la Cour de cassation ne permet pas – encore ? – une application autonome des principes juridiques ce qui rend leur existence fragile. Nous ne pouvons alors constater que les principes sur lesquels les juridictions et la doctrine pénales s'appuient sont en réalité inspirés des règles désormais écrites. Nous pouvons citer le principe de confusion des délits et des peines qui relève en réalité de l'article 132-2 du Code pénal, ou bien le principe *non bis in idem*⁷¹⁰ qui est inscrit à l'article 368 du Code de procédure pénale⁷¹¹. Cela ne supprime pas pour autant l'intérêt de la notion de principe au sein de cette branche du droit mais la question de leur autonomie est clairement remise en cause⁷¹². Il semblerait donc qu'en droit pénal, les principes ne soient pas une source du droit formelle.

299. Conclusion. - Ainsi, chaque matière a des spécificités qui entraînent une acceptation différente des principes. Il revient alors de déterminer, selon les traits de caractère du droit de la famille, si les principes sont autonomes ou soumis à une autre source de droit. Si les principes de droit de la famille n'existent qu'à travers d'autres sources matérielles du droit, alors ils ne sauraient être des normes de droit. S'ils découlent d'autres sources formelles du droit, alors ils ne sont que des succédanés normatifs. Enfin, une troisième voie existe puisque, sans confusion avec une autre source particulière, il faudra alors reconnaître l'autonomie des principes du droit de la famille et étudier la réalité de leur force normative.

⁷⁰⁹ L'origine de ce principe remonte à l'article 5 de la DDHC : « *La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.* »

⁷¹⁰ Principe visé par : Crim., 6 janv. 1999, n° 98-80.730, *Bull. crim.*, n° 6.

⁷¹¹ V. notamment la liste établie par J. Daniel, « Les principes généraux du droit en droit pénal », in *Les principes en droit*, ss. dir. S. Caudal, Economica, coll. études juridiques, Paris, 2008, spéc. p. 360 et 361.

⁷¹² V. sur ce sujet : J. Daniel, *Les principes généraux du droit en droit pénal interne et international*, th. ss. dir. A. Varinard, Lyon, 2006.

§2 La confusion des principes de droit de la famille avec d'autres sources matérielles du droit

300. Annonce du plan. - La norme ne saurait exister sans sources matérielles⁷¹³ qui sont « à l'arrière-plan des normes juridiques »⁷¹⁴. Pour autant, la norme est indépendante de ces dernières puisque le processus de formalisation de la norme permet son individualisation. La norme s'inspire mais ne se soumet pas aux sources matérielles du droit. Les principes de droit de la famille ont des conséquences directes puisque des décisions sont rendues sur ce fondement. Seulement notre système juridique repose sur le postulat que le juge applique des normes dont il n'est pas l'auteur. Pour respecter cela, la doctrine cherche à attacher les principes à une source matérielle du droit afin d'éclipser le rôle du juge dans l'élaboration des principes. Pourtant, aucune de ces sources matérielles, que ce soit la morale (A), l'équité (B) ou les adages (C), ne peut être confondue avec les principes comme nous allons le voir.

A) La morale comme source des principes ?

301. Les rapports ténus entre le principe et la morale. - La morale est ce qui définit les comportements sociaux acceptables. Il est certain que la morale et le droit coexistent et s'influencent l'un l'autre. La morale est un élément plus ou moins conscient dans la construction du droit⁷¹⁵, les frontières étant troubles entre ces deux entités. Pour autant, la morale n'est pas le droit et les règles juridiques ne peuvent s'apparenter aux préceptes moraux. Les principes seraient-ils alors le parfait exemple de cette dilution entre moral et droit ? Une sorte d'insertion de la morale dans le jugement. Les principes seraient alors le fruit d'une morale acceptée par l'ensemble des membres de la société, ce qui permettrait de leur donner une légitimité. La force de la morale sociale tient dans son acceptation générale. Il n'y aurait donc plus aucune raison de questionner les principes puisque ces derniers mettent la très grande majorité des personnes d'accord.

En effet, les principes sont perçus la plupart du temps comme justes. Cependant, cette approche instinctive ne fonctionne que par l'étude des grands principes que nous avons vus au

⁷¹³ A ce sujet, le professeur Paul Roubier affirmait : « *Le travail des pouvoirs publics, législateurs ou magistrats lorsqu'ils établissent les règles formelles (législation ou jurisprudence), consiste simplement à rechercher dans les sources non formelles, c'est-à-dire celles qui sont tirées de l'expérience ou de la raison, celles qui leur paraissent mériter de recevoir la sanction de la contrainte publique* ». « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », *op. cit.*, spéc. p. 11.

⁷¹⁴ B. Barraud, « Les nouveaux défis de la recherche sur les sources du droit », *Revue de la Recherche Juridique – Droit Prospectif*, 2016-4, n° 164.

⁷¹⁵ A ce sujet, le professeur Philippe Jestaz affirmait : « *Ainsi tout pouvoir juridique paraît bien exercer, même à son insu et par la force des choses, un certain magistère moral* ». « Pouvoir juridique et pouvoir moral », *RTD civ.*, 1990. 625

début de ce travail de recherche⁷¹⁶ et qui « sont par nature connotés de manière positive ; ils sont au sommet de notre ordonnancement juridique parce qu'ils représentent les valeurs essentielles de notre société »⁷¹⁷. Ainsi, plus le degré de généralité et d'abstraction du principe est important, plus la confusion du principe avec la morale est aisée. C'est ce qui explique notamment qu'en droit constitutionnel, par exemple, où les principes sont dotés d'une grande généralité, les juges appellent l'ensemble des principes des droits de l'homme la morale républicaine.

En ce qui concerne les principes de droit privé, il peut être intéressant de se demander si la morale n'est pas ce qui pousse le juge à reconnaître l'impérativité d'un principe. Il peut arriver que l'application de la loi soit injuste pour des faits d'espèce particuliers et que les principes soient alors un outil normatif pour y remédier. Il y a eu à ce propos une thèse autour de la nature morale des principes qui faisait notamment le parallèle entre l'essor des principes et la prise en compte grandissante des droits individuels⁷¹⁸. Les principes seraient dans ce cas l'exemple parfait de l'humanité de la justice et ainsi une porte d'entrée de la morale au sein du droit.

302. Les rapports tenus entre la famille et la morale. - L'idée d'une confusion entre principe et morale est particulièrement séduisante en droit de la famille. En effet, cette branche du droit fait partie des « secteurs juridiques à forte teneur morale »⁷¹⁹. La morale défendue au sein de la famille, souvent inculquée dès le plus jeune âge, semble d'ailleurs avoir une force contraignante égale à la perception que l'individu se fait des lois qui le gouvernent. La pression de la morale familiale est donc très forte.

L'histoire du droit de la famille démontre cette omniprésence de la morale. À l'origine entre les mains des religions, la morale chrétienne constituait la frontière entre ce qui était permis et défendu. Or, il semble qu'autour de l'unité familiale se construit une morale commune qu'elle soit issue d'une religion ou d'un autre dogme⁷²⁰. La loi, quant à elle, permet de contrebalancer ce pouvoir moral qui existe au sein des familles et d'unifier ce que la société peut admettre ou non⁷²¹.

⁷¹⁶ V. *supra*, n° 43 et s.

⁷¹⁷ A. Gouëzel, « Réflexions sur la « liberté de mettre fin aux liens du mariage » », *Dr. fam.* nov. 2017, spéc. p. 10.

⁷¹⁸ V. sur ce sujet : B. Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, préf. J. Rivero, Sirey, 1954.

⁷¹⁹ Ph. Jestaz, *op. cit.*

⁷²⁰ A ce sujet, C. Atias disait : « détacher le régime juridique de la famille de la tradition catholique, c'est à peu près inévitablement le soumettre à une autre religion, serait-ce au dogme marxiste ou au volontarisme individualiste ». *Le droit civil*, *op. cit.*, spéc. p. 36.

⁷²¹ De ce fait le recul de la loi face aux volontés individuelles peut être un danger pour l'unité de la société : « Tout ce qui est permis n'est pas convenable. En libérant certains comportements de la sanction juridique, le législateur a entendu les renvoyer à d'autres systèmes normatifs, mœurs, morale, religion. Plaçant ainsi chacun sous sa propre responsabilité, il a ouvert entre toutes les familles une sorte de libre concurrence, l'arrière-pensée étant que l'emporteront à la longue sur les autres en réussite

303. L'application concrète des principes qui excluent la confusion avec la morale. –

Ainsi, entre la nature des principes et le droit de la famille, la morale s'impose sous de nombreux aspects. Elle y est présente sans nul doute. Nous pouvons prendre l'exemple du principe *infans conceptus* qui corrige une injustice certaine grâce à une fiction juridique. Cependant, si les juges ne sont plus des « *machines physiques au moyen desquelles les lois sont exécutées comme l'heure est marquée par l'aiguille d'une montre* »⁷²², ils ne sont pas pour autant les gardiens de la morale. Quand le juge applique ou vise un principe, il est dans le concret d'une solution juridique à donner. La confusion des principes avec la morale conduirait à conclure que les juges cherchent à imposer des valeurs alors qu'ils devraient chercher une solution juste, efficace et cohérente. La notion de morale ne renferme pas des règles préétablies et claires. Les principes en revanche, grâce aux visas des arrêts, peuvent être clairement établis ce qui permet à la justice d'en imposer légitimement le respect par les justiciables. En résumé, les principes dictent ce qui *est* permis ou interdit, la morale est ce qui est subjectivement considéré comme *devant être* permis ou interdit.

304. La morale liée aux principes à l'instar de toute norme de droit. -

En réalité, la morale guide l'action alors que les principes ont une action concrète. Prenons les principes régissant le nom de famille, aucune moralité n'est sous-entendue. Il n'y a aucune idée de valeur ou de recherche d'un quelconque bien personnel. C'est un principe purement organisationnel si ce n'est politique puisqu'il relève de la nécessité d'individualisation des personnes au sein de la société. La morale insuffle une volonté créatrice de certains principes à n'en point douter ; mais elle n'en est pas l'unique source comme c'est le cas pour toute source formelle de droit. En effet, la morale est nécessaire au droit⁷²³. En effet, « *dans quelle mesure le monde juridique peut-il s'organiser hors de toute préoccupation morale sur le donné pratique et rationnel ?* »⁷²⁴. Le principe a donc un rapport à la morale similaire à n'importe quelle norme de droit. La dichotomie entre droit et morale est cependant plus ténue en ce qui concerne le droit et l'équité. L'amalgame entre cette dernière et les principes n'est d'ailleurs pas si rare.

sociale, celles qui se seront évertuées à être, sinon les plus vertueuses, du moins les plus sobres, les plus dures envers elles-mêmes. » J. Carbonnier, *Droit civil, t. II, La famille*, PUF, 2002., spéc. p. 24.

⁷²² Extrait du discours prononcé par Napoléon I^r devant le Conseil d'Etat lors de la séance du 7 mai 1806 alors qu'il s'opposait à l'expulsion des juifs qui ne justifiaient pas du titre de citoyen français. Propos rapportés par M. Liber, « *Napoléon et les juifs – La question juive devant le Conseil d'Etat en 1806* », in *Revue des études juives*, t. 72, n° 143, 1921, spéc. p. 22.

⁷²³ C'est peut-être le Professeur Jestaz qui en parle le mieux en comparant la nécessité politique et la nécessité morale qui, ensemble, forment le droit à l'hydrogène et l'oxygène qui forment l'eau sans se mélanger. Ainsi, « *nous savons que l'eau se compose d'hydrogène et d'oxygène, mais qu'elle ne les mélange pas à proprement parler. Elle les combine pour former un corps complètement différent, aux propriétés distinctes, et dans lequel aucun des deux composants ne se retrouve en nature.* » Ph. Jestaz, *op. cit.*

⁷²⁴ G. Ripert, *op. cit.*, n°2, p. 5.

B) L'équité comme source des principes ?

305. L'équité n'est pas une source formelle du droit. - Selon la Chambre sociale de la Cour de cassation, l'équité n'est pas une source de droit⁷²⁵. L'équité est « *une qualité consistant à attribuer à chacun ce qui lui est dû par référence aux principes de la justice naturelle* »⁷²⁶. Elle vient du latin *aequitas* qui signifie égal. L'équité est un sentiment de justice et dépasse donc le cadre normatif. Elle appartient en revanche aux source matérielle du droit. L'équité se veut être l'ombre d'un système juridique, discrète mais toujours présente car « *tout l'art de l'équité est en effet de n'apparaître toujours que sous les habits d'une autre qu'elle - loi, coutume, principes généraux du droit...* »⁷²⁷. L'équité ne peut être une source formelle car elle est fluctuante. En effet, la rigidité d'une norme entraîne automatiquement un risque d'iniquité lorsqu'elle est appliquée. Les principes ont toujours un régime contraignant qui leur est attaché, étant une norme qui par nature impose une conduite obligatoire. En somme, les principes disposent d'une plus grande rigidité que l'équité⁷²⁸. Ainsi, Les principes ne peuvent être confondus avec cette dernière.

306. Les rapports ténus entre l'équité et les principes. - Pourtant, l'équité et les principes ont des rapports très étroits. D'une part, nous pouvons effectivement constater que chacun des systèmes de droit qui prône le recours à l'équité laisse une place importante à la reconnaissance des principes. Ainsi, le droit administratif met en avant la notion d'équité, or, il est depuis longtemps admis une place importante aux principes juridiques. Nous pouvons également regarder d'autres systèmes de droit comme la *common law* qui dès le 15^{ème} siècle invoque l'*equity*. Or, la norme de principe au sein de ce système juridique est depuis longtemps usitée et étudiée. D'autre part, nous pouvons remarquer que l'un des premiers principes évoqués par la Cour de cassation était celui « *de in rem verso* », lui-même défini comme dérivant du « *principe d'équité* »⁷²⁹. De ce constat la question des principes comme norme dérivée de l'équité peut se poser.

⁷²⁵ Soc., 4 décembre 1996 : *Bull. civ.*, n°421 ; *JCP* 1997. I. 4064 ; Soc. 21 fév. 1980 : *Bull. civ.* 1981, n° 170, p. 128.

⁷²⁶ Définition Larousse. <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/équité/30712>. Sur ce sujet : Ch. Perelman, *Éthique et droit*, éd. de l'Université de Bruxelles, 1990, pp. 824.

⁷²⁷ N. Molfessis, « L'équité n'est pas une source de droit », *RTD civ.* 1998. 221. C'est en ce sens que le professeur J. Greisch disait que « *le principe des principes de l'herméneutique : l'équité* ». *Le cogito herméneutique. L'herméneutique philosophique et l'héritage cartésien*, éd. Vrin, 2000, spéc. p. 92.

⁷²⁸ Sur le rapport entre l'équité et la norme, v. : B. Mazabraud, « Dernières nouvelles de l'équité », *Cah. Just.* 2022/1, pp. 33-44.

⁷²⁹ Req. 15 juin 1892, *Boudier contre Patureau* : *D.* 1892.596 ; *DP* 92. 1. 596, *S.* 93. 1. 281, note Labbé.

En outre, la confusion peut provenir du fait que l'équité est le fondement des solutions lorsque la loi elle-même se considère inapte à définir de solution⁷³⁰. Il est vrai que seule la loi peut donner le pouvoir au juge de juger en équité autrement dit *ex aequo et bono*. Ainsi, l'équité a depuis longtemps était perçue comme un correctif de notre droit lorsque ce dernier se révélait imparfait dans la casuistique⁷³¹.

307. La différence de rôles entre l'équité et les principes. – Cependant, si l'équité remplace la loi dans ses manquements, les principes n'ont pas pour objet de pallier les lacunes de la loi⁷³². Les principes n'ont en aucun cas pour rôle de corriger la loi. Les principes permettent la construction d'un régime juridique différent de celui qu'impose le pouvoir législatif, ils sont profondément *contra legem* : ce n'est pas un ajustement de la norme textuelle. Il est difficile, par exemple, de parler d'équité lorsque l'on mentionne l'interdit de l'inceste et ses conséquences qui peuvent être lourdes pour l'enfant victime d'inceste. Si cette rigidité est nécessaire et a un but légitime, son équité est moins évidente. Il se trouve même que certains principes ont été écartés du fait même de l'équité. Ainsi, de nombreuses exceptions ont été posées au principe « aliments ne s'arréragent pas » du fait de l'équité⁷³³. Dans ces cas, le juge a trouvé inéquitable de priver le créancier de pensions, il n'y a alors pas eu d'application du principe. L'application d'un principe ne signifie donc pas que le jugement soit équitable et vice versa. De la même façon que pour la morale, l'équité joue sur les principes avec la même force que pour n'importe quelle norme et de ce fait ne peut être considérée que comme un guide dans l'élaboration des principes.

C) Les adages comme source des principes ?

308. Définition des adages. - Le professeur Cornu définissait les adages comme « *des vérités premières, dégagées à partir d'anciennes règles particulières. Souvent expression du*

⁷³⁰ A ce propos, les professeurs Marty et Raynaud disaient : « Ces appels limités à l'équité en font plutôt un complément ou un correctif modérant ce que l'application stricte des règles de droit aurait d'insuffisant ou de trop dur. L'équité se manifeste essentiellement dans l'application concrète du droit qui sont ainsi humanisé par l'intervention d'un pouvoir donné au juge et à caractère discrétionnaire ». *Droit civil – Tome I : Introduction générale à l'étude du droit*, op. cit., spéc. p. 235.

⁷³¹ L'équité est considérée comme cela dès l'antiquité au travers la philosophie d'Aristote : « Et voici la nature de ce qui est équitable, une correction du droit, lorsque celui-ci est imparfait à cause de son universalité » *Éthiques à Nicomaque*, Livre 3, chap. 10. Cette vision a été reprise par les rédacteurs du Code civil puisque Portalis disait que l'équité est : « le retour de la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives ». P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Titre préliminaire, De la publication, des effets et de l'application des lois en général*, présentation au Corps législatif, exposé des motifs par le conseiller d'État Portalis, 4 ventôse an XI, t. VI, éd. Videcoq, spéc. p. 359.

⁷³² V. *infra*, n° 313.

⁷³³ V. *supra*., n° 270.

*bon sens, on dit d'eux que, pleins de sagesse, ils humanisent le droit »*⁷³⁴. Il n'est plus à démontrer à quel point notre droit s'inspire du droit romain et de ses adages, nos formules latines tant appréciées le prouvent. Il y a d'ailleurs des principes de droit de la famille qui reprennent la formule latine tel que *infans conceptus*. De là à les confondre il n'y a qu'un pas que certains franchissent aisément : selon Condillac, les termes « *principe et maxime sont deux mots synonymes : ils signifient tous deux une vérité qui est le précis de plusieurs autres ; mais celui-là s'applique plus particulièrement aux connaissances théoriques, et celui-ci aux connaissances pratiques* »⁷³⁵. Pourtant, l'étude de ces notions ne peut que conduire à admettre que ces deux notions sont dissemblables.

309. Différence de caractère entre les adages et les principes de droit. - Les adages ont trois caractères bien précis que sont la richesse de leurs formules⁷³⁶, « *vestige de la poésie du droit* »⁷³⁷, le fait qu'ils n'appartiennent à aucun texte et, enfin, leur ancrage dans notre histoire du droit. Les deux premiers caractères sont communs avec les principes juridiques. En effet, la formulation des principes se fait par des tournures percutantes et faciles à retenir. De même que les adages, les principes ne sont pas solennisés par un écrit.

En revanche, les principes ne tirent pas leur légitimité au sein de l'histoire. Bien au contraire, les principes s'inspirent bien souvent de normes tout à fait actuelles⁷³⁸. Les principes, comme nous le verrons⁷³⁹, s'insèrent dans une législation et évoluent avec elles. Nous pouvons remarquer que, d'ailleurs, en droit de la famille, la plupart des adages sont inapplicables aujourd'hui. Nous pouvons citer de manière non exhaustive par exemple l'adage « *Bâtards ne*

⁷³⁴ G. Cornu, « Adages et brocards », *Dictionnaire de culture juridique*, PUF, 2003, 4e éd., 1999.

⁷³⁵ Condillac, *L'art d'écrire – Cours d'études pour l'instruction du Prince de Parme*, t. II, éd. de l'Imprimerie de Ch. Houel, La confusion est encore entretenu aujourd'hui, V. par exemple : J.-L. Sourioux, *Introduction au droit*, PUF, 1990 (2e éd.), spéc. p.46 : « *constitue une maxime juridique tout principe qui est condensé en une formule lapidaire* ». De même, le professeur Ph. Jestaz tant à considérer similaire les adages et les principes du fait de leurs caractères dans « *Principes généraux, adages et sources du droit en droit français* », *op. cit.*, spéc. p. 170.

⁷³⁶ V. en ce sens : « *Ces vieilles règles, qui ont une saveur d'ancienneté, et parfois une formulation mystérieuse, existent. On les cite à l'École et au Palais. Les juristes les connaissent si bien que souvent les premiers mots de la phrase suffisent. Qu'un juriste murmure : Pater is est..., il donne en trois mots une grande règle de la filiation légitime et tous les autres l'entendent. La brièveté de la formule, la netteté impérative de l'expression témoigne la souveraineté de la règle, et si elle est souveraine, c'est donc qu'elle peut empêcher l'élaboration d'un droit positif qui lui serait contraire* ». G. Ripert, *Les forces créatrices de droit*, *op. cit.*, spéc. p. 328. Sur ce sujet, v. : A. Laingui, « *L'adage, vestige de la poésie du droit* », in *Mél. Imbert*, PUF, 1989, p. 345 et s..

⁷³⁷ J.-R. Binet, « *Exceptio est strictissime interpretationis : L'enfant conçu au péril de la biomédecine* », in *Liber droit*, mél. en l'honneur de Philippe Le Tourneau, Dalloz, 2008, spéc. p. 87.

⁷³⁸ C'est ce qui avait été fait remarquer par le professeur Philippe Blanc : « *À l'inverse, les principes sur lesquels se fonde le juge administratif, en particulier les principes généraux du droit, s'inspirent avant tout des idées libérales issues de la Révolution de 1789, ou alors reflètent « l'esprit général » de la législation actuellement en vigueur* », « *Les adages et la jurisprudence* », *op. cit.*, spéc. p. 14.

⁷³⁹ V. *infra.*, n° 336.

succèdent point »⁷⁴⁰, « *Les mariages se font au ciel et se consomment en la terre* »⁷⁴¹ ou encore « *le tablier de la femme oblige le mari* »⁷⁴². La famille a subi une révolution que nul autre domaine du droit n'a connue. L'unification de notre droit civil sous l'égide du Code civil par la loi du 30 ventôse an XII, puis les grandes réformes conduites par Jean Carbonnier ont remis de nombreux adages dans le rang de l'histoire du droit. Les fondements historiques s'accordent mal avec l'émancipation de la femme, les nouveaux modèles de couple, une filiation détachée des liens matrimoniaux... Les principes sont quant à eux bien présents du fait de l'attache qu'ils ont avec une chose particulière : le nom, le souvenir de famille... C'est le régime juridique attaché au principe qui évolue mais tant que cette chose *sui generis* existera, le principe continuera à lui être appliqué.

310. Les adages dépendant d'une source formelle de droit. - En droit de la famille, deux adages continuent à perdurer et être effectifs. D'une part, celui de « *mater semper certa est* » qui signifie que la mère est toujours certaine et qui est désormais illustré par l'article 311-25 du Code civil. D'autre part, celui de « *pater is est quem nuptiae demonstrant* » : Le mariage fait présumer le père. Ce dernier adage est repris dans le Code civil à l'article 312. Cependant, leur formulation reste connue et utilisée, il s'agit des rares adages sur lesquels la loi n'a pas recouvert d'un simple chiffre la formulation latine.

Ainsi, un adage ne saurait exister par lui-même, seul il est hors du droit. Lorsqu'un adage est utilisé, il l'est toujours à travers « *l'application de la règle qui le reprend. L'adage acquiert alors la même valeur juridique que la norme qui le contient et cette valeur peut, du coup, être très variable selon les cas*

⁷⁴³ ». Pour qu'un adage puisse perdurer il faut qu'il prenne la forme d'une norme actuelle : soit un texte soit un principe. Nous pouvons en conclure que l'ancienneté d'une maxime n'est pas un obstacle à la création d'un principe mais n'en fait pas pour autant une condition.

En effet, pour qu'un adage devienne principe il faut qu'il ait une véritable normativité. C'est ce qui différencie profondément ces deux notions : l'un est au sein du droit et l'autre est hors du droit. Comme le disait le doyen Boulanger, « *une proposition générale n'a la valeur et le caractère d'un principe que lorsque sa mise en œuvre aboutit, ou peut aboutir, à une solution*

⁷⁴⁰ Les enfants nés hors mariage ne succèdent pas en ancien droit. Même si cet adage a souffert de nombreuses exceptions (Nul bâtard de par sa mère dans le Dauphiné par exemple) c'est Cambacérès qui, le 4 juin 1793, consacre pour la première fois le principe de successibilité mais sans qu'il y ait une égalité avec les enfants légitimes.

⁷⁴¹ Cet adage porte sur le mariage canonique qui demandait à être consommé afin qu'il soit rendu indissoluble.

⁷⁴² Dans l'ancien droit, la femme n'avait aucun pouvoir sur la communauté ni sur les propres de son mari ni sur ses biens propres. En revanche pour les fournitures nécessaires au ménage et aux dépenses courantes il y avait un mandat tacite général accordée à l'épouse.

⁷⁴³ Ph. Blanc, *op. cit.*, spéc. p. 14.

de droit positif »⁷⁴⁴. Ainsi, à l'inverse d'un principe, on ne saurait reprocher la non application d'un adage.

§3 La confusion des principes de droit de la famille avec d'autres sources formelles du droit

311. Annonce du plan. - Afin de légitimer les principes, l'autre solution est de les soumettre à une autre source formelle qui lui serait supérieure. C'est notamment le raisonnement des auteurs sensibles au courant positiviste et qui prônent une interprétation institutionnalisée du droit. De ce point de vue, les principes seraient donc d'un côté soit une extrapolation de la loi (A) soit une survivance de la coutume (B). Pourtant, si nous nous penchons sur les principes qui ont été employés en droit de la famille, cette soumission n'est pas réelle.

A) La loi comme source des principes de droit de la famille

312. La loi considérée comme unique source du droit. - La loi est une « *règle générale, c'est à dire une prescription qui ne vise ni un cas particulier et actuel, ni telles personnes déterminées, mais qui est édictée d'avance pour s'appliquer à tous les cas et à toutes les personnes rentrant dans les prévisions abstraites du texte régulateur* »⁷⁴⁵. L'écriture du Code civil a donné naissance à un mouvement doctrinal appelé école de l'exégèse⁷⁴⁶ qui place la loi au centre du système normatif⁷⁴⁷. Les principes, parce qu'ils sont de nature extratextuelle, ont du mal à être reconnus dans ce contexte. Il était alors considéré que les juges se muaien dans l'esprit du législateur en devinant dans quel contexte la loi devait être appliquée⁷⁴⁸. Si le cas d'espèce sortait de ce cadre le juge était contraint d'asseoir sa décision sur un principe non pour aller contre la loi mais au contraire pour en respecter son esprit. Ainsi, pendant longtemps, les principes ont été ignorés au sein de notre droit privé puisque seuls les textes écrits, et

⁷⁴⁴ J. Boulanger, « Principes généraux du droit et droit positif », *op. cit.*, spéc. p. 62.

⁷⁴⁵ R. Carré de Malberg, *La Loi, expression de la volonté générale*, *op. cit.*, spéc. p. 4.

⁷⁴⁶ V. en ce sens : Ch. Demolombe, *Cour de Code Napoléon*, Durand & Pedone & Hachette, 31 vol., Paris, 1860.

⁷⁴⁷ En France, il existe une véritable passion pour la loi comme le démontre l'ouvrage de R. Denoix de Saint Marc, *Histoire de la loi*, préf. D. Kessler, Privat, 2008 et spéc. p. 175 : « *La loi est une passion chez nos concitoyens. Nous adorons la loi ; nous la réverrons ; nous la réclamons comme un remède souverain à nos maux* ».

⁷⁴⁸ C'est une méthode d'interprétation qui peut être qualifiée de psychologique et historique. Sur ce sujet, v. : M. Samson et C. Bélanger, « La méthode historique ou psychologique ; L'originalisme, les arguments historiques », *Chaire de rédaction juridique Louis-Philippe-Pigeon*, 2016.

<https://www.redactionjuridique.chaire.ulaval.ca/sites/redactionjuridique.chaire.ulaval.ca/files/capsule-methode-historique-vf.pdf>.

particulièrement la loi, étaient considérés comme la source de notre droit. Le XXe siècle a démontré l'insuffisance de la loi et les principes ont malgré tout pris leur essor avec l'apparition du visa de principe. Il a donc fallu qu'ils trouvent leur place dans le système normatif notamment par rapport à la loi. Une partie de la doctrine a cherché à affirmer que les principes dépendaient de la loi ce qui empêcherait alors toute autonomie des principes de droit.

313. Les principes ne sont pas une abstraction de la loi. - Les principes seraient-ils une abstraction de la loi ou un condensé de textes de la loi ? La dépendance à cette dernière a pu être défendue notamment en raison de l'usage que le Code civil a fait de la notion de « principe ». En effet, l'expression « principes généraux » se retrouve dans certains textes. C'est le cas par exemple de l'article 1584 du Code civil. Après qu'il ait, dans ses deux premiers alinéas, formulé des précisions particulières sur certaines modalités possibles du contrat de vente est ajouté à propos de ce dernier : « *dans tous ces cas son effet est réglé par les principes généraux des conventions* ». Dans ce type de formulation, la référence aux principes généraux n'a d'autre portée que de renvoyer à certains groupes de règles établies par ailleurs dans la loi. Ce constat a pu faire comprendre que les principes sont déterminés par les textes législatifs. Il s'agit simplement « *d'un procédé de référence qui n'ajoute rien aux sources du droit* »⁷⁴⁹. Les principes que la loi mentionne ne sont pas les principes de droit que nous étudions et qui, eux, proviennent de la jurisprudence. Il n'existe donc pas de dépendance des principes par rapport à la loi ce qui permet d'annihiler toute confusion.

314. Les principes ne sont pas une déduction ou une analogie de la loi. - De même, de nombreux auteurs ont choisi de définir les principes par rapport à l'interprétation de la loi c'est-à-dire que les principes se créent par déduction ou par analogie par rapport aux textes législatifs⁷⁵⁰. Si nous prenons l'exemple du principe *infans conceptus*, il est vrai que ce dernier a été repris au sein du Code civil aux articles 725 et 906 du Code civil. Nous pouvons faire deux remarques cependant sur ce sujet : d'une part, la règle *infans conceptus* existait bien avant que le Code civil ne l'inscrive dans ses textes. D'autre part, en droit, la personnalité juridique commence avec la naissance d'un individu vivant et viable. Les articles précités devraient donc être d'interprétation stricte. Cela n'a pourtant pas empêché les juges de la Cour de cassation de reprendre ce principe au sein de sa jurisprudence indépendamment de la loi et de l'étendre à

⁷⁴⁹ Marty et Raynaud, *Droit civil - Introduction générale à l'étude du droit*, op. cit., spéc. p. 232.

⁷⁵⁰ Cette pensée peut être résumée par la célèbre formule de Jean Carbonnier qui dit à propos des principes que « *la doctrine et la jurisprudence les ont trouvés en suspension dans l'esprit de notre droit, tel que semblaient le leur révéler certains textes fragmentaires* », *Droit civil. Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, op. cit., n° 137, spéc. p. 252.

d'autres situations juridiques. Nous pensons donc au contraire que ce n'est pas les textes qui inspirent les principes. La loi ne saurait être confondue avec le principe de droit, ne serait-ce que parce que ces derniers sont parfois *contra legem*. L'analogie ou la déduction ne caractérisent pas le mode de création des principes.

Ainsi, loi et principe, s'ils s'entremêlent, ne se définissent pas l'un par rapport à l'autre. Il s'agit de deux pouvoirs normatifs qui s'équilibrent l'un l'autre.

B) La coutume comme source des principes de droit de la famille ?

315. Définition et évolution de la coutume jusqu'à aujourd'hui. - Jusqu'à la révolution, le Nord de la France était régi par un droit coutumier. Le désir d'unifier le droit sur l'ensemble du territoire français a conduit à l'assèchement de la coutume comme source du droit français. En effet, avec le succès que connut le Code napoléon, la coutume a été niée pendant tout le XIXème siècle⁷⁵¹. Seul le droit écrit pouvait faire partie du droit, les règles coutumières ne pouvaient être qu'une tradition dépendante du bon vouloir des textes ou de la jurisprudence⁷⁵² pour les faire vivre juridiquement. Les coutumes peuvent donc continuer à s'appliquer à condition qu'elles soient *secundum legem* et non *contra legem*. Nous soulevons là un point essentiel qui différencie les principes, bien souvent *contra legem*, de la coutume.

316. La confusion des principes avec la coutume. - Pourtant, certains auteurs ont vu dans les principes une forme de continuité de la coutume. C'est la vision qu'avait le doyen Carbonnier qui distinguait la coutume populaire et la coutume savante. La première renvoyait à la coutume telle que nous la définissons au sein de nos amphithéâtres c'est à dire comme une « *pratique, usage, habitude qui, avec le temps, et grâce au consentement et à l'adhésion populaire, devient une règle de droit (...)* »⁷⁵³. La seconde catégorie de coutume regrouperait les principes généraux du droit et les maximes juridiques⁷⁵⁴. Cette conception permet de justifier

⁷⁵¹ Selon le magistrat Gabriel Tardé, la coutume est entrée dans le « *vieux vestiaire juridique de la France* », *Les transformations du droit – Étude sociologique*, éd. Ancienne librairie Germer Baillière, Paris, 1894, spéc. p. 201.

⁷⁵² V. en ce sens : M. Planiol, refondu et complété par G. Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil – Tome I Principes généraux, Personnes et Biens.*, op. cit..

⁷⁵³ *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2023 - 2024, spéc. p. 319.

⁷⁵⁴ Le professeur Jean Carbonnier dit à propos de la coutume savante : « *Elle se différencie de la coutume au sens ordinaire, coutume populaire, en ce qu'elle ne suppose pas une pratique des gens d'en bas. Elle est faite d'opinions, et d'opinions de juristes. Elle est le produit d'une élaboration intellectuelle qui, sans doute, doit être en accord avec la sensibilité juridique de la masse, mais ce n'est pas de la masse qu'elle vient* », *Droit civil – Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, op. cit., n° 138, spéc. p. 254.

ce pouvoir prétorien de création. Les principes ne jaillissent pas de l'esprit du juge mais sont la représentation de la coutume⁷⁵⁵.

317. La confusion erronée entre les principes et la coutume. - Cette vision, condamnée par une partie de la doctrine⁷⁵⁶, ne correspond pas à la réalité des principes. En effet, s'il est incontestable que certains principes s'appuient sur la coutume, comme celui relatif au don manuel par exemple, nous ne saurions les qualifier de coutumes savantes. De fait, les deux éléments qui caractérisent la coutume à savoir le *repetitio*⁷⁵⁷ et l'*opinio necessitatis*⁷⁵⁸, ne sauraient caractériser les principes.

D'une part, si nous prenons par exemple le principe selon lequel les aliments ne s'arréagent pas non seulement il ne peut être défini l'existence d'une quelconque répétition dans nos rapports familiaux tant cette règle est méconnue par les non-initiés. L'inertie de certains créanciers démontre leur ignorance par rapport au risque de ne jamais pouvoir recouvrir leur créance. De plus, la jurisprudence y a posé de telles exceptions qu'il est plus sage de parler d'exception plutôt que de répétitions.

D'autre part, il est difficile d'affirmer l'existence d'un *opinio necessitatis*. L'impérativité des principes ne vient pas de la soumission volontaire mais de l'application de ceux-ci par le juge. Lorsque nous étudions le principe portant sur le nom de famille, nous ne pouvons que constater que la construction du régime qui lui est attaché dépend des décisions prises par le juge. Ce régime est d'ailleurs perçu par certains comme injuste ce qui explique ses récentes évolutions⁷⁵⁹.

Ainsi, les principes, s'ils s'inspirent parfois de la coutume, ne prennent pas leur source en son sein. Si les traditions juridiques peuvent inspirer un principe, ce dernier n'en est pas dépendant⁷⁶⁰. Les principes relèvent de la jurisprudence et non de la coutume. En effet, le juge vient parfaire le principe, lorsque ce dernier provient des profondeurs des temps. Il se peut qu'aucune tradition ne l'inspire et dans ce cas aucune comparaison avec la coutume ne peut être faite.

⁷⁵⁵ « A travers la consécration de principes généraux du droit, la jurisprudence se réfère souvent à des règles coutumières, qui vont ainsi devenir des règles jurisprudentielles », M. Parquet, *Droit des personnes*, éd. Bréal, 2010, spéc. p. 15

⁷⁵⁶ V. en ce sens : Ph. Jestaz, « Principes généraux, adages et sources du droit en droit français », *op. cit.*, spéc. p. 178 : « Mais je n'en crois rien, car M. Carbonnier reconnaît lui-même que cette prétendue coutume « ne suppose pas une pratique de la masse », ce qui condamne la thèse ».

⁷⁵⁷ C'est-à-dire le fait qu'un comportement se répète.

⁷⁵⁸ C'est-à-dire le fait qu'un comportement soit considéré comme obligatoire.

⁷⁵⁹ V. *supra.*, n° 442.

⁷⁶⁰ V. en ce sens : B. Frydman, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, *op. cit.*, : « Ils (les principes) trouvent dans la raison un point d'appui extérieur à la tradition, depuis lequel cette tradition peut être évaluée et le cas échéant complétée, invalidée ou encore redressée. (...) Cette analyse confère un statut épistémologique aux principes généraux du droit, dont l'importance dans la pratique juridictionnelle contemporaine n'est plus à établir ».

318. Conclusion. – Les principes ne sauraient se confondre avec une autre source du droit. Comme nous l'avons vu, une partie de la doctrine tente de faire d'eux une représentation de sources matérielles au sein de notre droit. Leur existence est alors expliquée par leur attaché tantôt à l'histoire du droit⁷⁶¹, tantôt à une morale universelle ou encore à un idéal de justice. Une autre partie de la doctrine a ambitionné de les assouvir à certaines sources formelles. Pourtant, comme souvent, la réalité est beaucoup plus simple : les principes de droit sont autonomes et sont le fruit d'une construction progressive par la jurisprudence. C'est ce que nous allons voir dans la seconde section.

⁷⁶¹ C'est ce que semble affirmer Frédéric Zenati-Castaing : « *En ce qu'ils (les principes) sont la norme abstraite par excellence, ils constituent la base du droit privé ; mieux, leur avénement coïncide avec la naissance du droit romano-germanique et du droit français qui en est une des principales composantes* ». « Les principes généraux en droit privé », *op. cit.*, spéc. p. 258.

Section 2. Les principes comme source autonome du droit de la famille

319. La recherche de la validité du principe. - Comme nous l'avons vu dans la section précédente, le principe de droit de la famille n'est dépendant d'aucune source du droit, qu'elle soit matérielle ou formelle. A ce titre nous pouvons en déduire qu'il a une existence propre : *Le terme de principes, sous cet aspect, désigne avant tout une source réelle qui, consacrée en droit positif, en devient source formelle. Ce que l'on appelle principe doit être l'expression positive d'une source réelle*⁷⁶². L'objet de cette section est donc de démontrer comment fonctionnent les principes afin de comprendre cette indépendance normative. Une fois cette autonomie posée il faut se poser la question de la légalité et de la légitimité des principes du droit de la famille visés par la Cour de cassation. Les principes étant bien souvent *contra legem*, il est curieux de parler de légalité les concernant. Pourtant, comme nous allons le voir il n'y a pas d'anomalie à affirmer la légalité des principes puisque l'origine de la légalité n'est pas uniquement la loi mais le pouvoir étatique⁷⁶³. En ce sens, si nous considérons que la jurisprudence est un élément du pouvoir alors les principes visés ont une légalité admise. Accepter l'autonomie des principes c'est accepter le pouvoir normatif du juge. En effet, c'est le juge qui par son application va rendre effectif un principe et ce dernier ne va en réalité se fonder sur aucune autre source du droit. Par ailleurs, les principes étant considérés comme une norme légale, leur légitimité peut être questionnée. Celle-ci est réaffirmée au fur et à mesure des jurisprudences successives. La validité des principes fait donc de ces derniers une norme autonome.

320. Annonce du plan. - Deux idées traduisent cette autonomie. Dès sa création, le principe a un mode d'action autonome grâce à la jurisprudence (§1). Les décisions successives qui font jurisprudence ne produisent pas seulement des interprétations législatives mais produisent une norme, celle des principes. Pour autant, le principe n'entre pas en concurrence avec les normes textuelles puisqu'il va s'attacher à une entité bien précise et qui n'entre pas dans le cadre général

⁷⁶² N. Molfessis, « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *op. cit.*. Certains doutent cependant encore aujourd'hui du caractère formel des principes comme source de droit à l'instar de M. de Béchillon pour qui les principes ne peuvent être une « *espèce particulière de source formelle du droit* ». *La notion de principe général en droit privé*, *op. cit.*, spéc. p. 41-82. Certains auteurs en revanche ont encore des difficultés à reconnaître cette autonomie : Le professeur Gridel dans sa définition du principe cherche à établir leur genèse ce qui éclipe l'affirmation d'une véritable autonomie : Les principes selon lui, « *sont des axiomes de prétention normative assis sur des sources matérielles du droit que sont tantôt la tradition d'ordre social, tantôt la raison ou l'équité sans lien nécessaire avec un texte précis, et fertile en virtualité d'applications* », J.-P. Gridel, « Le rôle de la Cour de cassation française dans l'élaboration de la consécration des principes généraux du droit », *op. cit.*, spéc. p. 138.

⁷⁶³ Sur ce sujet, v. : M.-A. Frison-Roche et H. Haenel, *Le juge et le politique, les nouvelles règles du jeu*, puf, Paris, 1998, pp. 294.

des textes. La crainte d'un pouvoir judiciaire omnipotent ne s'est pas réalisée alors que le phénomène des visas de principe n'est plus nouveau. Il y a une tension osmotique entre la loi et la jurisprudence qui forme un ensemble normatif efficace et cohérent (§2).

§1. Un mode d'action autonome au travers de la jurisprudence : la validité des principes visés par la Cour de cassation

321. Annonce du plan. - Les principes prennent naissance au sein de la jurisprudence, ils se construisent au fil des décisions. Longtemps la doctrine a reconnu un certain pouvoir législatif juge mais plutôt à travers des choix d'interprétation que par la création formelle de normes⁷⁶⁴. Pourtant, il est certain que les principes deviennent une source formelle du droit indépendante, grâce au visa de principe. C'est parce que les principes naissent au sein de la jurisprudence qu'ils ont une véritable légalité (A). La jurisprudence est une rivière abreuvée de l'ensemble des décisions⁷⁶⁵. Ainsi, les principes se nourrissent des différents arrêts qui en font l'application ce qui permet d'en faire une norme légitime (B).

A) Le visa de principe en droit de la famille : une légitimité institutionnelle

322. Le visa de principe comme pouvoir normatif du juge. - Le visa dans un arrêt détermine le fondement juridique sur lequel le juge s'appuie afin de rendre sa décision⁷⁶⁶. Dans la plupart des cas, ce sont des articles de lois qui sont visés. Il arrive cependant que ce soit un principe qui soit mentionné. En effet, « *parfois, la Cour de cassation émet une proposition normative en tous points semblable, par son contenu, à celle qu'on pourrait trouver dans une loi : c'est le grand arrêt de principe* »⁷⁶⁷. Dans ce cas, le juge rend la justice sur le fondement d'une norme dont il est lui-même l'instigateur.

En visant un principe, le juge fait entrer celui-ci dans le giron des normes qui doivent être appliquées pour les décisions à venir. C'est une création immédiate, le juge crée une norme qui

⁷⁶⁴ V. en ce sens : P. Lescot, « Les tribunaux en face de la carence du législateur », *JCP*, 1966, I, 2007 : le juge parvient à « *se substituer en quelque sorte au législateur, tantôt par une interprétation hardie des textes en vigueur, tantôt même en faisant abstraction des textes* ».

⁷⁶⁵ C'est la fameux « roman à la chaîne » du philosophe Ronald Dworkin : Chaque juge écrit un chapitre de ce qui deviendra le roman du droit. R. Dworkin, *L'empire du droit*, trad. Française par É. Soubrenie, éd. PUF, Paris, 1994, spéc. p. 251-252.

⁷⁶⁶ V. sur ce sujet : A. Perdriau, « Visas, « chapeaux » et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *JCP*, 1986, I, 3257.

⁷⁶⁷ Ph. Jestaz, « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *op. cit.*.. V. également : M. Gobert, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *op. cit.*..

s'appliquera dans les décisions à venir⁷⁶⁸. Cette technique, née au milieu du XXème siècle, conduit à ce que les principes ne soient plus étudiés comme des préceptes moraux ou des valeurs constitutionnelles. L'étude de l'article 1020 du Nouveau Code de procédure civile démontre la prise en compte par le législateur lui-même des principes. En effet, originellement il disposait que « L'arrêt vise *le texte de loi* sur lequel la cassation est fondée ». En 2008⁷⁶⁹, ce même article évolue et affirme que « l'arrêt vise la *règle de droit* sur laquelle la cassation est fondée ». Nous pouvons en déduire que le législateur reconnaît par ce changement de texte la légalité des principes. C'est un accord donné sur le fait que le juge puisse proclamer de lui-même des principes nécessaires à la proclamation du droit et à la résolution des conflits.

Les principes visés par la Cour de cassation sont désormais regardés comme des normes à part entière, et leurs études se font plus scientifiques. La loi n'est plus le seul paradigme sur lequel se fonde le paysage normatif. Le principe rivalise avec la loi au service du droit⁷⁷⁰. Il ne faudrait pas cependant opposer ces deux sources juridiques puisqu'en réalité aucune des deux ne désavoue l'autre. Si nous étudions les principes qui jouent en droit de la famille, nous remarquons qu'ils ne s'appliquent que dans des domaines bien précis que la loi n'est pas capable de régir. Les objets si particuliers des principes ont besoin d'une souplesse que la loi ne sait leur offrir. Certains auteurs, notamment étrangers se sont inquiétés de ce semblant pouvoir législatif octroyé aux juges⁷⁷¹. Cette crainte n'est cependant pas justifiée car les principes de droit ont un champ d'action particulier comme nous le verrons⁷⁷². Ce pouvoir est donc très limité.

⁷⁶⁸ V. en ce sens : C. Atias, « L'ambiguïté des arrêts de principe en droit privé », *op. cit.*. Selon cet auteur, « *le pouvoir des juges ne s'épuise pas dans l'espèce ; la jurisprudence s'y montre créatrice de règles comme la loi elle-même* ». De même : En parlant des visas de principe : « *La jurisprudence devient clairement une source autonome ; elle « fait » elle-même la régie qu'elle applique : elle est devenue créatrice de droit* » : Ph. Malaurie, « Les précédents et le droit », in *Philippe Malaurie – Écrits d'une vie*, LGDJ, 2021, spéc. p. 95.

⁷⁶⁹ Décret n° 2008-484 du 22 mai 2008 relatif à la procédure devant la Cour de cassation : *JORF* n° 0120 du 24 mai 2008.

⁷⁷⁰ C'est ce qu'explique en substance le professeur A. Calleja : « *Le visa de principe témoigne de l'évolution qui a pu avoir lieu dans notre conception du droit et de la fonction de la Cour de cassation. Sa fonction n'est plus de protéger la loi, mais de protéger le droit. On peut voir dans cette modification un bouleversement des sources du droit. En effet, la loi n'est plus la seule source officielle de droit. Si on considère que le type de texte visé est un indice des sources du droit, alors l'émergence du visa de principe est le signe d'un changement de ces sources. Cette modification révèle que notre système juridique n'est plus un système légaliste, que les textes de loi ne sont pas les seules sources du droit. Il s'agit d'un aveu d'incomplétude de la loi et du pouvoir créateur de la jurisprudence. Le visa de règles et de principes semble donc révéler la qualité de source du droit attaché à la jurisprudence.* » « *Les sources du droit à travers le prisme du visa dans les arrêts de la Cour de cassation* », in *Les sources du droit dans les pays européens et francophones, Troisième journées juridiques franco-polonaise*, ss. dir. J. Leroy, D. Piatek et P. Szwedo, mare&martin, 2016, spéc. p. 400.

⁷⁷¹ V. en ce sens : E. Roberto Grau, « Les principes », in *Pourquoi j'ai peur des juges*, éd. Kimé, 2014, spéc. p. 89-90, traduisant Clemente de Diego : « *Penser à d'autres principes que ceux qui sont incorporés dans la législation et de droit d'un peuple pour composer et gouverner et compléter l'édifice d'un droit positif revient à ouvrir la porte à l'introduction de règles exotiques qui détruisaient les lignes de celui-ci et à introduire la confusion et le désordre et l'arbitraire là où on doit régner la clarté, l'harmonie et la précision et sécurité.* »

⁷⁷² V. *infra.*, n° 333.

323. Le visa de principe en droit de la famille. - Le droit de la famille est un droit particulier en raison de son interaction spécifique avec la pratique. Durant des siècles, la famille a fonctionné sous un modèle unique qu'est celui du mariage entre un homme et une femme duquel naîtront des enfants légitimes. A partir de ce modèle il était alors relativement aisé d'établir des règles égalitaires pour l'ensemble des justiciables. Ce modèle est aujourd'hui remis en cause. De ce fait, les conflits deviennent de plus en plus complexes à prévoir, la loi ayant pour rôle d'établir les règles d'un jeu dont les contours se sont multipliés. De plus en plus, le juge doit trancher à partir de textes établis sur la base d'une famille que nous pourrions qualifier de traditionnelle. Ainsi, la jurisprudence confrontée à la réalité s'adapte beaucoup plus rapidement que les lois aux évolutions concernant la famille. De ce fait, selon le professeur Batteur, « *plus personne ne doute aujourd'hui que la jurisprudence soit devenue une source du droit, tout spécialement dans un domaine tel que celui des personnes et de la famille, qui ne peut être enfermé dans des préceptes législatifs trop rigides* »⁷⁷³. Le rôle de la jurisprudence est donc d'adapter les lois aux cas qui lui sont confiés.

Comme nous allons le voir désormais, face à cette maîtrise des principes que le juge détient, la jurisprudence avance toujours avec parcimonie que ce soit en amont du visa de principe ou en aval.

B) La jurisprudence comme vecteur de la norme de principe : une légitimité fonctionnelle

324. Annonce du plan. - La jurisprudence est une source mouvante du droit auquel les principes appartiennent⁷⁷⁴. Nous l'avons vu, le visa de principe marque un tournant primordial où un principe devient incontestable. Avant cela, la règle, bien que n'ayant pas reçu l'adoubement du visa peut commencer à être façonnée au fur et à mesure des décisions (1). Une fois qu'un principe fonde un arrêt de la Cour de cassation, celui-ci peut continuer à évoluer au fil des décisions qui se succèdent (2).

⁷⁷³ A. Batteur, *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, LGDJ, 2016, spéc. p. 8.

⁷⁷⁴ V. en sens : G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil : Introduction générale à l'étude du droit*, op. cit., spéc. p. 231 : les auteurs affirment que trois sources du des principes sont possible : une consécration implicite du législateur, une construction jurisprudentielle ou un fondement métajuridique, sociologique ou plutôt transpositif. Ils retiennent pour leur part la seconde solution.

1. Un cheminement progressif pour la création des principes

325. La méthode des petits pas. - Contrairement à ce qu'a affirmé Jean Boulanger, la jurisprudence ne se limite pas à déclarer un principe⁷⁷⁵. Le visa de principe fonde une nouvelle norme dont l'avènement est le fruit d'une construction nourrie de l'esprit législatif et de la pratique. Il serait faux de croire que les principes s'imposent à la jurisprudence. Le juge va s'apercevoir que certains objets ont un régime juridique propre construit au fur et à mesure des différentes décisions. Le visa de principe ne fera alors que consacrer un principe dont les contours ont déjà été définis en amont. C'est bien la jurisprudence seule qui élabore le régime juridique d'un principe petit à petit et fait le choix de le consacrer. L'existence est donc le fruit d'un cheminement dont l'issu n'est jamais certaine tant que le visa n'a pas été établi.

326. L'exemple du principe de l'indisponibilité du corps humain. - Le principe de droit peut exister au sein de la jurisprudence sans jamais avoir été visé au travers d'un attendu le mentionnant. C'est le cas par exemple du principe de l'indisponibilité du corps humain. Comme nous allons le voir, celui-ci n'a jamais été visé mais a été mentionné par la Cour de cassation. Le traitement juridique du corps humain a pendant longtemps consisté à le placer en dehors du commerce, c'était la non patrimonialité évoquée dans l'ancien article 1128 du Code civil qui servait alors de base légale aux décisions : « *il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions* »⁷⁷⁶. L'évolution de la médecine et de la recherche a fait évoluer notre rapport au corps et avec elle a bousculé le traitement juridique du corps humain⁷⁷⁷.

Avant tout, le corps peut se définir comme l'enveloppe tangible de la personne. Cela n'est cependant pas suffisant pour le caractériser. De par sa dimension symbolique et par sa consubstantialité à l'esprit humain, le corps a un caractère hautement respectable. Le corps est une unité dont les éléments ont une importance qui varie selon la fonction vitale qu'ils revêtent : un cheveu n'est pas aussi important que le cœur. Cependant, la vie qui anime le corps n'est pas la seule raison de son traitement différencié. Le corps est nécessaire au mouvement de l'être

⁷⁷⁵ J. Boulanger, *op. cit.*, spéci. p. 67 : « *Il importe toutefois d'éviter une méprise : à strictement parler, la jurisprudence n'a pas, en notre matière, de pouvoir créateur. Les principes existent, alors même qu'ils ne s'expriment pas ou se reflètent pas dans des textes de loi. Mais la jurisprudence se borne à les déclarer ; elle ne les crée pas.*

⁷⁷⁶ V. en ce sens : Pour interdire le prélèvement d'un tatouage sur une personne sur le fondement de l'ancien article 1128 du Code civil : TGI Paris, 3 juin 1969 : *D.* 1970, p. 136, note J. P. ; *Gaz. Pal.* 1969, 2, p. 57, note A. T., *RTD civ.* 1970. 347, obs. Loussouarn. *Idem*, pour s'opposer à la gestation pour autrui : TA Strasbourg, 17 juin 1986, Association Les Cigognes : *JCP G* 1987, II, 20719.

⁷⁷⁷ Sur ce sujet, v. : C. Kuhn et C. Pomart (ss. dir.), *Corps humain, technologie et Droit, Institut francophone pour la justice et la démocratie*, coll. Colloques & essais, 2022.

mais lorsque l'être n'est plus, le corps dont les mouvements ont cessé, reste une représentation de la personne. De ce fait le corps ne doit pas se réduire à la personne qui l'habite et doit indépendamment de la personne avoir un traitement juridique protecteur.

Ainsi, peut-être pour faire face aux nouvelles pratiques qui émergèrent durant la seconde moitié du XXème Siècle, la Cour de cassation a fait évoluer sa jurisprudence et ne s'est plus seulement appuyée sur l'article 1128 du Code civil. En effet, dans l'arrêt du 31 mai 1991, la Cour de cassation mentionne dans un attendu le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain⁷⁷⁸. Cela concerne directement le droit de la famille car c'est par ce biais que la pratique de la gestation pour autrui est condamnée.

327. Un principe non visé à l'existence discutable. - Cependant, et contrairement au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, celui de l'indisponibilité du corps humain n'a jamais été visé. C'est un principe discuté⁷⁷⁹ aujourd'hui encore⁷⁸⁰. Il semble pourtant que laisser au seul domaine de la loi la limitation de la libre disposition du corps humain soit dangereux⁷⁸¹. Les dispositions législatives sont souvent en retard face aux progrès notamment scientifiques. De même, la loi ne peut tout prévoir⁷⁸². Par ailleurs, partir du principe que la personne est libre de disposer de son propre corps, c'est risquer d'échouer dans le devoir de protection de l'individu contre lui-même.

Nous le voyons, bien que le principe ait été mentionné par la Cour de cassation, les questions autour de sa pertinence expliquent certainement que celui-ci n'ait jamais été visé. Selon certains membres de la doctrine cela ne signifie pas que ce principe est dénué de toute force normative⁷⁸³. Le visa n'est qu'une étape dans l'évolution d'un principe. En effet, la Cour de

⁷⁷⁸ AP, 31 mai 1991, *op. cit.* : « *Attendu que, la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes* ».

⁷⁷⁹ Dès 1932, le Professeur Josserand écrivait : « *la personne humaine se commercialise, elle se patrimonialise ; nous serions tentés de dire qu'elle s'américanise* », « La personne humaine dans le commerce juridique », DH 1932, chr. 1.

⁷⁸⁰ Sur la libre disposition du corps humain, v. : S. Hennette-Vauchez, *Disposez de soi ? – Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, préf. E. Picard, l'Harmattan, 2004, pp. 448 ; S. Prieur, *La disposition par l'individu de son corps*, th. Dijon, 1988, éd. Les études hospitalières, 1999, préf. E. Loquin ; A. Quesne, *Le contrat portant sur le corps humain*, th. Caen, 2018, Mare & Martin, 2021, préf. J.-R. Binet et G. Raoul-Cormeil ; M. Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, à propos de la maternité de substitution », *RTD civ.* 1992, 489 ; M.-A. Hermite, « Le corps, hors du commerce, hors du marché », *Arch. Philo dr.*, 1998, p. 38 ; C. Labrusse-Riou, « Le corps à l'épreuve des biotechnologies. Perspectives juridiques », *in le corps : sujet ou objet ?*, Cahiers de l'école des sciences philosophiques et religieuses, Facultés universitaires Saint-Louis, 18-1995, p. 178.

⁷⁸¹ En effet, la loi consacre indirectement ce principe. Sur ce sujet, v. : J.-R. Binet, *Droit de la bioéthique*, LGDJ, 2023, spéc. p. 155.

⁷⁸² V. en ce sens : M.-X. Catto, « Le principe d'indisponibilité du corps humain – Limite de l'usage économique du corps », *Dr. fam.*, juin 2018, 12 ; M.-A. Hermite, « Le corps humain hors du commerce, hors du marché, *in Archives de philosophie du droit*, t. 33, éd. Sirey, 1988, p. 323.

⁷⁸³ A propos du principe d'indisponibilité du corps humain : « *Mais, comme il en va des principes généraux du droit, l'absence de formulation d'un principe n'est en rien un signe de fragilité ou d'ambiguïté : au contraire, cela signifie qu'il était à ce point acquis sans l'intention du législateur que ce dernier n'a pas jugé utile de l'exprimer pour l'appliquer* ». A. Mirkovic, « La protection de la personne en son corps en droit civil, *Dr. fam.*, juin 2018, spéc. p. 10.

cassation avance à petits pas sans savoir si le principe obtiendra un jour une consécration par sa présence au sein d'un visa. De ce fait, il serait exagéré de craindre le pouvoir que le juge détient à travers la manipulation des principes. L'apparition d'un principe est progressive⁷⁸⁴ grâce au dialogue entretenu entre les différentes décisions judiciaires et la doctrine.

Enfin, une fois le principe visé, celui-ci a une application qui ne fonctionne pas de la même manière qu'un texte normatif. La force de cette norme est sa capacité à s'adapter.

2. Une adaptation continue des principes

328. La nature modulable des principes. - Une fois le principe visé, celui-ci ne sera pas figé dans son application. Le visa n'est finalement qu'une étape dans l'élaboration éternelle d'un principe de droit. Le principe de droit n'a pas la même rigidité qu'un texte législatif. Ainsi, le principe a un régime juridique qui s'adapte continuellement à la pratique ; c'est un outil malléable qui permet sur certains sujets de rendre justice plus facilement que la loi. En l'occurrence, l'objectif de cette norme n'est pas seulement de dire ce qui est permis et ce qui est interdit mais également de s'adapter afin de rendre une décision équitable. Un principe s'adapte mieux pour deux raisons. D'une part, le juge étant l'instigateur de la norme, il est plus libre de l'interpréter. D'autre part, le principe a un caractère général ce qui laisse une plus grande liberté d'interprétation. C'est ce que décrit très bien le professeur Boulanger : « *Une règle juridique est générale en ce qu'elle est établie pour un nombre indéterminé d'actes ou de faits. Mais, sous un certain rapport, elle est spéciale en ce qu'elle ne régit que tels actes ou faits ; elle est édictée en vue d'une situation juridique déterminée. Un principe, au contraire, est général en ce qu'il compte une série indéfinie d'applications* »⁷⁸⁵. Ainsi, si toutes les normes sont amenées à évoluer, les principes, par leur attache jurisprudentielle, ont une adaptation beaucoup plus réactive et efficace face aux faits. Cette réactivité peut être d'une grande utilité dans le cadre des conflits familiaux.

329. Une adaptation des principes de droit de la famille. - Comme nous avons pu le voir dans la première partie de cette thèse, les principes de droit qui ont été visés voient le régime juridique qui leur est attaché évoluer régulièrement au fil des décisions. La particularité des

⁷⁸⁴ G. Marty et P. Raynaud, dans leur ouvrage *op. cit.*, spéc p. 87, expliquent cette maturation du principe au travers la doctrine de Savigny : « *Savigny faisait une distinction entre le fonds (travail obscur de la conscience populaire) et la forme (mise en place de cette conscience) de la règle de droit. Pour les principes c'est la même chose : il existe une conscience en amont de leur proclamation. Cependant cette particularité semble selon la doctrine ne pas appartenir strictement aux principes mais à l'ensemble des règles juridiques. Cependant, cet aspect apparaît de manière plus évidente quant aux principes.* »

⁷⁸⁵ J. Boulanger, « Les principes généraux du droit et droit positif », *op. cit.*, spéc. p. 56.

principes est leur grande proximité avec la pratique. Le principe du don manuel par exemple, n'a pas attendu qu'une législation soit établie autour de la monnaie scripturale pour la prendre en compte. La plupart du temps, le régime juridique va s'étendre, comme ce fut le cas pour le principe *infans conceptus* vis-à-vis du préjudice d'affection⁷⁸⁶ ou l'application aux tiers payant du principe selon lequel les aliments ne s'arréagent pas⁷⁸⁷. Le juge est alors maître des limites données aux principes : la généralité des formules désignant les principes permet une grande interprétation du régime juridique et il ne dépend pas de l'interprétation législative. Pour conserver cette grande liberté le juge doit considérer les principes de droit de la famille comme un bien précieux dont tout abus pourrait conduire le législateur à poser de nouvelles limites. Ce serait dommageable car la grande volatilité des principes est très efficace dans une résolution juste des conflits et ils sont l'unique norme pouvant déambuler entre les différentes branches du droit.

330. Une adaptation vis-à-vis du droit de la famille par des applications ponctuelles d'un principe. – En effet, d'autre fois ce sont des principes qui n'ont pas de lien direct avec le droit de la famille mais qui, par extension, viennent apporter des solutions au règlement des conflits familiaux. C'est le cas, par exemple, du principe bien connu de l'enrichissement sans cause. Ce principe, mentionné dès 1892 dans les arrêts de la Cour de cassation⁷⁸⁸, a été visé pour la première fois le 19 janvier 1953⁷⁸⁹. Depuis lors, il ne cesse d'être employé dans différentes situations et notamment donc en droit de la famille. Si son emploi semble strictement financier, il peut être d'un grand secours dans le cadre privé et familial. Il vient par exemple pallier l'absence d'organisation patrimoniale au sein du concubinage, exonérer un enfant dont l'aide excède la piété filiale ou encore, concurrencer l'application du principe selon lequel les aliments ne s'arréagent pas⁷⁹⁰. Ainsi donc, le principe de *in rem verso* est l'exemple d'un principe qui s'insère dans de nombreuses branches du droit et qui s'adapte afin de donner des solutions juridiques nouvelles.

331. Une adaptation qui trouve ses limites en droit de la famille. - Pourtant, cette adaptation semble avoir trouvé ses limites dans un droit de la famille qui laisse une place de plus en plus conséquente aux libertés individuelles. Un principe de droit, bien qu'il soit d'une

⁷⁸⁶ V. *supra*, n° 206.

⁷⁸⁷ V. *supra*, n° 268.

⁷⁸⁸ Req., 15 juin 1892, *J. Patureau c/ Boudier* : D. 1892.1.596.

⁷⁸⁹ Civ. 1^{ère}, 19 janv. 1953 : D. 1953. 234.

⁷⁹⁰ V. *supra*, n° 268.

grande adaptabilité, reste une norme contraignante avec laquelle le juge reste très précautionneux. Comme l'indique parfaitement l'avocat général à la Cour de cassation, Jean-François Weber, « *La rigidité d'un arrêt de principe et l'ampleur, difficile à cerner, de ses conséquences ont, de tout temps, incité la Cour de cassation à la prudence : la sécurité juridique, qui est la première mission de la Cour, conduit à privilégier des évolutions « à petits pas », plutôt que des revirements spectaculaires* »⁷⁹¹. Il semble que face à l'incertitude qui existe quant à la direction du droit de la famille, les évolutions de la plupart des principes qui sont attachés à cette branche sont immobilisées. Dans ces conditions il est compréhensible qu'il soit difficile que de nouveaux principes soient visés⁷⁹². Le juge craint certainement d'outrepasser ses pouvoirs en instaurant des principes nouveaux au sein d'un droit fragilisé. De même, avec autant d'incertitudes, il est difficile de poser des normes qui devront être appliquées à l'avenir.

Seuls les principes directeurs de droit de la famille continuent à s'adapter malgré les révolutions que nous connaissons ces dernières décennies. La dignité et l'égalité, bien que ce soit de manière imparfaite, sont souvent mentionnées, la solidarité familiale est un levier de plus en plus réutilisé et la monogamie et l'exogamie sont aujourd'hui toujours interrogables. Ces principes directeurs, qui ressemblent plus à des valeurs qu'à des normes impératives, restent les murs porteurs qui maintiennent l'existence de la famille qui est une cellule qui, malgré la montée de l'individualisme, reste essentielle pour la société.

Ainsi, la jurisprudence est un prisme au travers duquel transite l'ensemble des normes qui doivent s'appliquer au cas d'espèce. Il faut donc lui laisser cette liberté créatrice pour qu'elle puisse rectifier la lumière de la justice.

§2. Le champ d'action autonome des principes de droit de la famille

332. Annonce du plan. - A travers l'étude des principes qui jouent de manière significative au sein du droit de la famille, il est à noter que ces derniers portent sur des éléments *sui generis* du droit : les souvenirs de famille, le nom de famille, l'enfant non encore né, les dettes

⁷⁹¹ J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *Bull. d'information de la Cour de cassation*, 2009, p. 6. Dans le même sens V. : R. Lindon, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP* 1975. I. 2681 : « *Lorsque la Cour est appelée à poser un principe nouveau, celui-ci n'est généralement pas énoncé du premier coup dans sa forme définitive, à la façon dont Minerve est sortie tout armée du cerveau de Jupiter* ».

⁷⁹² V. *infra.*, n° 408.

alimentaires... Cette vision particulière du champ d'action des principes de droit de la famille permet d'affirmer deux idées. La première c'est que le caractère *sui generis* est un facteur déterminant dans l'élaboration du principe (A). La seconde est que ce caractère permet de trouver une harmonie entre les différentes sources du droit notamment la loi (B).

A) Le caractère *sui generis* des principes de droit de la famille

333. Les principes portant sur des concepts *sui generis*. - Nous avons mentionné six principes visés par la Cour de cassation dans la première partie qui jouent un rôle prépondérant en droit de la famille. Ceux-ci portent en effet sur : les souvenirs de famille, le nom de famille, l'enfant à naître, l'état des personnes, le don manuel et les dettes alimentaires. En mentionnant ces concepts, nous pouvons nous apercevoir que les principes portent en eux des solutions juridiques pour des cas spécifiques. Ces concepts sont pour la plupart inqualifiables par la loi et donc singuliers. Par exemple, la reconnaissance des souvenirs de famille conduirait le législateur à affecter un objet à une entité que le Code civil ne reconnaît pas lui-même. En effet, il n'existe aucune définition de la famille et cela pour de bonnes raisons puisque donner une qualification juridique de la famille serait un piège pour le législateur qui se trouverait alors dans l'obligation de délimiter ce qui constitue un groupe familial alors que ce dernier varie selon les situations. C'est pourquoi le Code de 1804 s'est borné à définir les règles relatives au mariage et à la filiation. Il est donc préférable que les souvenirs de famille soient laissés à la discrétion du juge qui n'est pas dans l'obligation de prédéterminer ce qu'il entend par famille ou du moins à la définir selon les cas d'espèce.

Les principes permettent ainsi au juge de rendre une décision en respectant les subtilités de ces entités. Le juge parle parfois d'ailleurs de principes au pluriel ce qui démontre la pluralité des règles à l'intérieur même de ce concept normatif. En effet, il est difficile de régir ces éléments par écrit tant ils sont subjectifs et dépendants du cas d'espèce. C'est par l'exigence de la pratique que naît un principe de droit. Jean Boulanger le percevait déjà très bien dans son article relatif aux principes généraux du droit, « *les principes sont un indispensable élément de fécondation de l'ordre juridique positif. Ils contiennent, à l'état de virtualité, un grand nombre de solutions qu'exige la pratique* »⁷⁹³. Au fil des décisions se construisent donc de véritables régimes juridiques autour d'un concept que la loi ne pourrait évoquer de manière exhaustive au sein de ses textes. En visant les principes mentionnés ci-dessus, le juge a mis fin à la toute-

⁷⁹³ J. Boulanger, *op. cit.*, spéci. p. 63.

puissance de la loi. S'il était évident que la loi ne peut tout prévoir, les positivistes pensaient que son interprétation suffirait pour rendre justice. Il est désormais avéré que la loi ne peut être l'unique source du droit. Les principes sont donc indispensables notamment en droit de la famille⁷⁹⁴.

334. Les principes permettant la prise en compte des singularités liées à la famille. - La famille elle-même est un concept qui n'est pas défini dans les textes et qui est protéiforme. Sa conception est dépendante de la culture, de l'histoire et, nous pouvons le dire, est personnelle à chacun. Ainsi, la famille en soi est un groupe singulier de personnes, ni institutionnalisé, ni contractuel. Au sein de ce groupe, se jouent des relations interpersonnelles que le droit ne peut ignorer. La particularité de la famille explique que certaines choses qui lui sont attachées soient difficilement régulables par la loi. Les principes viennent donc y jouer un rôle particulier. Certaines notions, comme les souvenirs de famille, le nom patronymique, le don manuel... sont des choses ou des pratiques qui dépendent fortement de la situation pratique. C'est pourquoi, il serait délicat d'établir des normes écrites. Un principe, de par son évolution continue, est plus malléable. Dans le cadre d'un texte écrit, l'interprétation de ce texte ne suffit pas pour appréhender des entités *sui generis* issues de la famille.

335. Un caractère du principe de droit spécifique au droit de la famille. - Les principes du droit de la famille sont de véritables règles impératives portant sur des particularités familiales. Cette remarque est très spécifique au droit de la famille et ne peut être étendue au droit privé en général. En effet, si nous reprenons le principe de l'enrichissement sans cause devenu, l'enrichissement injustifié au sein du Code civil, il n'y a pas d'objet singulier qui lui est soumis. En réalité, ce dernier traduit une valeur impérative plus qu'un régime juridique spécifique. Ce principe pourrait être qualifié de précepte, il n'y a aucune discussion autour de la légitimité de cette règle. Cette notion de valeur caractérise également les grands principes de droit de la famille que nous avons étudiés dans le premier titre de cette thèse. Les principes de droit sur lesquels nous nous attardons ne sont pas des impératifs juridiques. Ces derniers sont des règles de droit remplies de nuances et qui se discutent. Le concept d'indisponibilité par exemple qui concerne le nom, l'état des personnes ou les souvenirs de famille n'est pas appliqué à toutes les situations d'espèce. Les principes qui ne sont pas des impératifs juridiques ou des préceptes sont des normes dont l'application est dépendante des faits. C'est pourquoi nous

⁷⁹⁴ V. notamment, J. Boulanger, *ibid*, spé. p. 72 : « L'élimination ou la modification d'un principe risque de causer un trouble profond dans l'ordonnancement juridique, parce que le sort de nombreuses règles juridiques est en jeu ».

pouvons dire qu'ils sont limités à des domaines très singuliers de la famille : le champ d'application des principes de droit concerne des sujets qui ont besoin d'être nuancés. Le fait que les principes de droit soient la plupart du temps *contra legem* ne signifie pas qu'ils sont une exception à la loi, il y a une véritable construction particulière attachée à une entité *sui generis*.

B) La symbiose entre le principe de droit et la loi

336. L'absence de contradiction entre les principes et la loi. - La loi et les principes sont deux sources du droit qui se complètent. Parce qu'ils ne respectent pas toujours les textes de la loi, les principes sont parfois qualifiés de *contra legem*. Seulement, comme nous venons de le voir, l'objet sur lequel ils portent ne trouve aucune qualification juridique préexistante dans notre droit écrit de sorte qu'il se trouve naturellement en dehors de la loi. Ce constat atténue la « *nature belliqueuse et subversive à l'encontre du droit positif* »⁷⁹⁵ que le Professeur Morvan trouve aux principes. Le juge de la Cour de cassation ne défie nullement la loi en visant un principe, ni ne s'éloigne de sa mission consistant à appliquer le droit. Certaines choses sont *sui generis* et nécessitent une application nuancée ce que le droit écrit ne permet pas. Les lois « *tendent à se fixer dans les formules rigides, aptes à représenter schématiquement ou médiatement la réalité alors que les principes regardent directement à la réalité elle-même et expriment les exigences actuelles qui jaillissent de la nature intime de tout rapport* »⁷⁹⁶. Cette description définit parfaitement les deux approches juridiques de la loi et des principes. Ces deux sources du droit se complètent et sont toutes deux nécessaires : le droit ne peut être construit sur l'unique existence de lois ou de principes.

337. Les principes ne combinent pas les lacunes de la loi. - De même, le principe ne comble pas une lacune de la loi comme cela a été défendu par le professeur Del Vecchio⁷⁹⁷. Parler de lacune insinuerait que la loi a failli⁷⁹⁸. Or, dans le paysage normatif, la loi et les principes ont

⁷⁹⁵ P. Morvan, « Les visas de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation inventaire d'un droit « hors-la-loi », *op. cit.*

⁷⁹⁶ G. Del Vecchio, *Les principes généraux du droit*, préf. R. Demogue, LGDJ, 1925, spé. p. 55.

⁷⁹⁷ *Ibid*, spé. p. 71 : « *Au surplus, l'expérience juridique elle-même, notamment la pratique judiciaire, montre que l'on ne peut pas toujours retirer des règles particulières formulées par le législateur, quelque ingéniosité que l'on mette à les combiner et à leur donner une signification beaucoup plus large que leur sens littéral, un principe général capable de résoudre les cas nouveaux que la vie présente dans son perpétuel écoulement. Si la fonction du juge est, malgré cela, toujours possible sur la base même de la loi, cela provient de ce que la loi elle-même a fait une place, à côté de l'interprétation par analogie, au principes généraux du droit en donnant à ceux-ci, par cette formule si largement compréhensive, une identité nettement séparée et une véritable sanction d'ordre positif* ». Le point de départ de l'auteur est l'article 3 du Code civil qui précise qu'en cas de silence de la loi, il faut s'appuyer sur les principes généraux du droit. Ce n'est pas le sens des principes qui sont visés par la Cour de cassation dans le cadre du droit de la famille.

⁷⁹⁸ Les principes ne sont pas un des « mécanisme correcteur d'origine prétorienne ». V. à ce sujet : C. Bouix, *Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne*, th. ss. dir. P. Deumier, Lyon, 2012.

chacun leur propre rôle. Les principes ne comblient pas les lacunes de la loi, les principes ont une place, en tous cas en droit de la famille, que la loi ne pourrait remplacer. Les principes de droit permettent l'application de règles qui ont besoin d'être nuancées selon les faits. Or, le droit écrit a pour fonction de développer un régime juridique applicable le plus largement possible aux choses. Vouloir que toute chose puisse entrer dans le cadre de la loi, c'est risquer une inflation législative déjà à l'œuvre, qui, finalement, serait contreproductive puisque le juge dans son interprétation devra prendre des libertés par rapport au droit écrit : « *Ces libertés par rapport à la loi, ce n'est pas le juge qui les a prises, mais le législateur qui les lui a offertes par la phénoménale augmentation du volume des textes de loi : trop de lois ont tué la Loi* »⁷⁹⁹. Le recours au principe permet de faire entrer les choses dont la qualification est *sui generis*, sans que le législateur n'ait à se perdre dans des détails particuliers.

338. La symbiose entre la loi et les principes de droit de la famille. - Ainsi, quand naît un principe *contra legem* ce dernier ne traduit pas une rébellion de la justice face au législatif. Il ne fait que sortir un élément *sui generis* du cadre de la loi. Le juge ne cherche pas à désavouer la loi. Bien au contraire lorsqu'il fait appel à un principe il le fait dans une certaine loyauté c'est à dire que ce principe s'insère parfaitement dans un esprit législatif donné. D'où le terme choisi de symbiose. Une maxime ancienne mais toujours d'actualité indique « *qu'une fois que cesse la raison de la loi, cette dernière cesse également de s'appliquer* »⁸⁰⁰. Les principes s'appliquent alors que la loi n'a plus de raison de s'appliquer. Le juge est le chef d'orchestre de la norme. Le législateur est le compositeur de la musique dont les lois seraient les notes. Le juge en nuance le rythme à travers les principes qui sont la mesure décidée par le chef d'orchestre. L'œuvre musicale sera belle si l'ensemble s'accorde.

339. Conclusion chapitre 1. – Les principes sont souvent définis comme la traduction d'autres sources du droit, qu'elles soient formelles ou matérielles. Cela est vrai dans d'autres branches du droit, mais en ce qui concerne la famille, les principes sont autonomes. Avec les principes, l'autorité du juge a été remplacée par le pouvoir prétorien qui aujourd'hui ne fait plus de doute⁸⁰¹. La « *prévalence de la délibération législative sur l'appréciation judiciaire* »⁸⁰² est

⁷⁹⁹ P. Girard, « L'évolution du rôle des juges », in *Les Cahiers du droit*, 42 (3), spéc. p. 368.

⁸⁰⁰ « *Cessante ratione cessa ipsa lex* ».

⁸⁰¹ Sur ce sujet, v. : J. Arlettaz, J. Bonnet, P.-Y. Gahdoun et S. Mouton (ss. dir.), *Le juge judiciaire et la séparation des pouvoirs*, éd. Fondation Varenne, coll. Colloques et Essais, 2020. De même : G. Grandjean, *Pouvoir politique et audace des juges – Approche européenne comparée*, éd. Larcier, coll. Idées d'Europe, Bruxelles, 2018.

⁸⁰² F. Chénédé, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016. 796.

de moins en moins vraie. Ainsi, la soumission du juge aux pouvoirs exécutifs et législatifs disparaît. Il y a un véritable équilibre des pouvoirs comme le montre la coexistence de la loi et des principes. L’agencement des institutions est pensé pour que cet équilibre soit stable et la volonté d’un individu ne peut remettre cela en cause. Seule la mobilisation d’une institution tout entière mettrait en danger la stabilité du système démocratique. Les pays de la *common law* démontrent d’ailleurs bien que cet équilibre est possible. La doctrine commence d’ailleurs de plus en plus à parler de la règle du précédent en France⁸⁰³.

Ainsi, bien que peu nombreux, les principes, parce qu’ils sont autonomes, donnent un aspect tout autre au système judiciaire. Il convient alors de déterminer quelle est la force obligatoire des principes de droit de la famille.

⁸⁰³ F. Tap, *Recherche sur le précédent juridictionnel en France*, éd. mare & martin, 2021 ; P.-M. Murgue-Varoquier, *Le précédent en droit français*, th. ss. dir. S. Caudal, Lyon, 2018.

Chapitre 2. La force obligatoire des principes de droit de la famille

340. Raisonnement autour de la théorie pure du droit. - Dans ce chapitre, nous allons étudier quelle est la force contraignante des principes de droit de la famille. Aujourd’hui, la plupart des juristes raisonnent autour de la théorie pure du droit⁸⁰⁴. Cette pensée découle de la volonté de Kelsen d’ériger le droit en science afin qu’il ne soit pas au service du pouvoir. A rebours du droit naturel, cette recherche scientifique a permis de dégager un raisonnement objectif autour des normes qui sont ordonnées sous forme pyramidale. Deux systèmes ont été dégagés dans la théorie de Hans Kelsen. Le premier est qualifié de dynamique et consiste en ce que ce soit la norme supérieure qui règle la création de la norme inférieure. L’objet de notre étude n’est pas concerné par ce système puisque, à aucun moment, la Constitution ou la loi ne donne pouvoir au juge de créer une norme. Le second système est qualifié de statique et s’attache au fond de la norme, c'est-à-dire que le contenu de la norme inférieur ne peut contredire ce que commande la norme supérieure. Au sein de ce chapitre sera démontré que les principes, directeurs ou visés par la Cour de cassation, ne trouvent aucune place satisfaisante à l’intérieur de la pyramide des normes. Il faut donc les placer à l’extérieur et définir un nouvel espace normatif.

341. Annonce du plan. - Nous nous appuierons donc sur le type statique de la hiérarchie en nous demandant si le contenu des principes est supérieur ou subordonné aux autres sources formelles du droit. Cette recherche fera l’objet d’une première section. L’objet sera alors de démontrer que les principes ne sauraient trouver leur place au sein de la hiérarchie des normes par le biais de la théorie du positivisme juridique élaboré par Hans Kelsen (Section 1). Il semble, en effet, impossible d’appliquer la logique du texte juridique aux normes extratextuelles. Nous tacherons donc dans une seconde section d’ouvrir une nouvelle voie afin de définir la véritable force obligatoire des principes (section 2). Au regard du dynamisme dans lequel nous sommes et où, de plus en plus, le fait supplante le droit, ces derniers, forment un contrepoids aux normes écrites permettant au juge de rendre des décisions justes.

⁸⁰⁴ V. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Bruylant-LGDJ, 1999, pp. 376.

Section 1. La recherche de la place des principes au sein de la pyramide des normes

342. La question de la verticalité des normes. - Depuis la conceptualisation de la pyramide des normes de Kelsen⁸⁰⁵, il semble que le raisonnement autour de la hiérarchie des normes soit indissociable de cette image géométrique. Le triangle permet de donner une image verticale du droit où chaque norme tire sa légitimité de la norme supérieure. La jurisprudence étant pendant longtemps considéré comme une source secondaire, sa place était naturellement au pied de la pyramide⁸⁰⁶. Cependant, la consécration des principes comme source autonome du droit ne rend cette position pas aussi évidente. Le juge, d'interprète, devient initiateur de la norme et cette norme, venant concurrencer la loi, ne peut être mise à l'assise de la pyramide. Ainsi, la vision verticale du paysage normatif, dont fait partie les principes, est de plus en plus contestée. La pyramide vacille dans la modernité⁸⁰⁷. En effet, l'étude de la place des principes démontre que cette dernière n'est plus capable d'accueillir l'ensemble de la palette normative. S'ouvre par ailleurs la question de la légitimité du juge qui n'a pas l'onction du peuple et fait, de tout temps, craindre le gouvernement des juges⁸⁰⁸. Les frontières qui permettent la répartition des pouvoirs deviennent plus flous tout en garantissant toujours plus l'indépendance de chacun des organes qui les détiennent⁸⁰⁹.

343. Annonce du plan. - Les principes étant une source formelle du droit, il faut avant toute conclusion se demander quelle est la place de ces derniers dans l'ordonnancement juridique des normes. Là encore, il existe une différence entre les principes directeurs de droit de la famille et les principes de droit visés par la Cour de cassation. Les questions pouvant se poser sont d'une part, de par leur généralité, le caractère supra législatif des principes directeurs (§1) d'autre part, le rapport entre les principes visés par la cour de cassation et la loi (§2).

⁸⁰⁵ V. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., spéci. p. 224 : « L'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques ».

⁸⁰⁶ V. sur ce sujet : A. Viala, « L'interprétation du juge dans la hiérarchie des normes et des organes », *Cahiers du Conseil Constitutionnel* n° 6, janv. 1999. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/l-interpretation-du-juge-dans-la-hierarchie-des-normes-et-des-organes>.

⁸⁰⁷ M. Fabre-Magnan donne notamment les cinq transformations qui questionnent la perspicacité de la hiérarchie des normes : l'internationalisation du droit, la « fondamentalisation » du droit, la contractualisation du droit, la procéduralisation du droit et l'introduction du principe de proportionnalité. *Introduction au droit*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2021, pp. 64-73.

⁸⁰⁸ Beaucoup se souviennent de la déclaration de F. Mitterrand lors d'un conseil des ministres : « Méfiez-vous des juges, ils ont tué la monarchie. Ils tueront la République ».

⁸⁰⁹ V. sur ce sujet : C. Bureau, *Réflexions sur la légitimité de la magistrature ordinaire depuis la Révolution française*, th. ss. dir. de D. Thomas et P. Vielfaure, Montpellier, 4 déc. 2020.

§1. Le degré d'application des principes directeurs du droit de la famille

344. Annonce du plan. - Les principes directeurs du droit de la famille traduisent l'esprit de notre législation familiale. Ils sont donc nécessaires à la cohérence de notre droit. Nous pourrions en déduire que les principes directeurs sont placés au-dessus de la loi dans la hiérarchie des normes. Nous verrons cependant, qu'ils n'ont en aucun cas une reconnaissance automatique ni par le Conseil constitutionnel (A) ni au sein du droit international (B). Ainsi, les principes directeurs ne sont pas en théorie au-dessus de la loi, inspirés de cette dernière, ils en dépendent puisqu'ils n'ont pas été reconnus par une institution supérieure.

A) Les principes directeurs du droit de la famille et la Constitution

345. Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. - Les principes directeurs sont les piliers de la demeure législative du droit de la famille. Sans ces derniers l'univers juridique de la cellule familiale s'effondre. A partir de cette affirmation, nous devrions estimer que ces principes doivent impérativement être au sommet de la hiérarchie des normes puisqu'ils sont essentiels à la cohérence des lois. Il est donc intéressant de se demander s'ils doivent rester entre les mains du législateur ou être élevées au rang des normes constitutionnelles.

Lors de sa grande décision de 1971⁸¹⁰, le Conseil constitutionnel a repris le concept inscrit dans le préambule de la constitution de 1946 de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Ces principes doivent avoir au moins trois caractéristiques : premièrement, ils doivent avoir un niveau de généralité important. Deuxièmement, ils doivent servir de base à plusieurs textes législatifs existant avant la Constitution de 1946. Troisièmement, l'application de ces principes doit être continue. Or, ces derniers peuvent-ils être apparentés aux principes directeurs ?

346. L'exemple du débat autour de l'hétérosexualité du mariage. - Un exemple nous a été offert par le débat doctrinal qui a eu cours à propos du caractère « fondamental » ou non du lien homme-femme dans une relation matrimoniale. L'hétérosexualité du mariage pouvait en

⁸¹⁰ Cons. const. 16 juill. 1971, n° 71-44 DC relative à la L. complétant les dispositions des art. 5 et 7 de la L. du 1^{er} juill. 1901 relative au contrat d'association : Rec. Cons. const., p. 29, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 14^e éd., 2007, Dalloz, p. 235.

effet être considéré comme un principe directeur du droit de la famille jusqu'à la loi de 2013⁸¹¹. Ainsi, l'hétérosexualité du couple marié pouvait-elle être considérée comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République ? Il était certain que, durant des siècles et de manière continue, le mariage n'était autorisé par le législateur qu'entre un homme et une femme. Deux visions se sont donc opposées autour du caractère de ce principe qui dirigeait jusque-là cette branche du droit. La première considérait qu'il ne saurait y avoir un principe fondamental reconnu par les lois de la République lorsque celui-ci ne bénéficie pas d'un consensus évident au sein de la société⁸¹². La crainte était alors que ces principes deviennent une entrave aux évolutions sociales auxquelles un certain nombre d'individus aspirent. La seconde vision s'attachait principalement à l'exégèse des textes et constatait que cette hétérosexualité participait à la cohérence d'un droit de la famille construit durant plusieurs décennies⁸¹³. En effet, un principe fondamental est étymologiquement caractérisé par sa capacité à fonder un corps normatif. Il était alors évident que le mariage était compris comme un lien unissant un homme et une femme. De cette évidence étaient nées de nombreuses règles telles que la présomption de paternité ou l'attribution du nom de famille ; la rédaction de certains articles du Code civil sous-entendant l'existence nécessaire d'un homme et d'une femme pour contracter mariage⁸¹⁴ et d'ailleurs de nombreux doctrinaires définissaient le mariage à travers l'existence d'une altérité sexuelle⁸¹⁵... Ainsi, les trois critères définissant un principe

⁸¹¹ L. n° 2013-404, 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Cette altérité a été notamment reconnue par la Cour d'appel de Versailles qui admet que « le fait d'être né dans une famille monoparentale est de nature à le (l'enfant) priver de ses repères paternels ». CA. Versailles, ch. 1, sect. 1, 25 avr. 2013, n° 12/03357.

⁸¹² Sur ce sujet, v. : L. Sponchiodo, « De l'usage des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dans le débat sur le mariage des personnes de même sexe », *Revue française de droit constitutionnel*, 2013, 96, pp.951-974 ; A. Viala, « La consécration du droit naturel moderne dans la décision du Conseil constitutionnel relative au mariage gay », *in Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2015, pp. 77 – 85. Sur ce sujet également : B. Mathieu, « Les « questions de société » échappent au contrôle de constitutionnalité », *JCP G* 2013, n° 22, act. 588.

⁸¹³ V. en ce sens : L. Sertor, « Non, ils ne le peuvent pas ! », *D.* 2012. 1321 ; L. Candide, « Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français », *Gaz. Pal.*, 4 oct. 2012, n° 278, p. 7 ; F.-X. Bréchot, « La constitutionnalité du mariage pour tous en question », *JCP G.* 2012. 1388. De manière plus large, la Cour de cassation a plus tard reconnu elle-même que la dualité des sexes est « nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur » : Civ. 1^{re}, 4 mai 2017, n° 16-17.189 : *Dr. fam.*, 2017, n° 7-8, note J.-R. Binet ; *AJ fam.* 2017. 354, obs. J. Houssier ; *ibid.* 329, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *D.* 2017. 1399, note J.-P. Vauthier et F. Vialla ; *ibid.* 1404, note B. Moron-Puech ; *RTD civ.* 2017. 607, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2017. 696, note Ph. Ingall-Montagnier.

⁸¹⁴ Nous pensons par exemple à l'ancienne version de l'article 75 du Code civil dont le dernier alinéa mentionnait que : « Il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme : il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ ». De même, l'article 144 du Code civil en vigueur entre 2006 et 2013 : « *L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus* ». Le législateur en 2013 a souhaité enlever toute référence à une identité sexuelle. C'est pourquoi, ce même article dispose aujourd'hui : « *Le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus* ».

⁸¹⁵ V. par exemple : « *Société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée* », Portalis, « Exposé des motifs du projet de loi sur le mariage », *in Écrits et discours juridiques et politiques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Publications du Centre de philosophie du droit », 1988, spéc. p. 80. De même : « *Acte par lequel un homme et une femme qui se sont mutuellement choisis s'engagent à vivre ensemble jusqu'à la mort* », Carbonnier, *Droit civil – Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple, op. cit.*, n° 522, spéc. p. 1140. Ou encore : « *Liaison de deux personnes de sexe différent en vue de la possession réciproque, à vie, de leurs propriétés sexuelles* », Kant, définition rapportée par S. Goyard-Fabre, « Les figures du droit privé », *in La philosophie du droit de Kant*, Vrin, 1996, spéc. p. 136.

fondamental reconnu par les lois de la République semblaient être remplis. Le Conseil constitutionnel a pourtant fait le choix de ne pas lui donner cette qualification⁸¹⁶ en laissant cette possible évolution du mariage à la discrétion du législateur. D'ailleurs, trois nouvelles conditions ont été énoncées au moment de l'étude de la loi dite du « mariage pour tous » afin que puisse être reconnu un principe fondamental reconnu par les lois de la République⁸¹⁷ : il doit désormais concerner l'organisation des pouvoirs publics, la souveraineté nationale ou les droits et libertés fondamentaux. L'hétérosexualité qui était fondamentale pour le mariage bien avant la Constitution de 1946 ne concerne manifestement pas les droits et libertés fondamentaux.

347. L'absence de lien entre les PFRLR et les principes directeurs. - Ce choix effectué par le Conseil constitutionnel fragilise *de facto* les principes directeurs du droit de la famille puisque le caractère fondamental d'un principe reconnu par les lois de la République dépend du consensus existant au sein de la société. Le concept de droit de mener une vie familiale normale nous démontre régulièrement les nouvelles aspirations venant de certains individus. De ce constat, nous pouvons nous interroger sur le danger possible de laisser les principes directeurs de la famille dépendant d'une vision sociale souvent biaisée par des minorités agissantes. Le risque est de voir se diluer la notion de famille dans des conceptions multiples dépendantes du pouvoir législatif. La famille est un organe qui structure notre société et il serait opportun que le Conseil constitutionnel reconnaît les principes directeurs afin de leur donner une hiérarchie constitutionnelle et ainsi de les soustraire de la volonté du législateur. Ainsi, malgré l'existence de points communs évidents entre les principes fondamentaux reconnus par les lois de la république et les principes directeurs, il est impossible de prévoir en amont les positions du Conseil constitutionnel⁸¹⁸.

348. Une reconnaissance partielle des principes directeurs par le Conseil constitutionnel. - Il est à noter que la branche du droit privé relative à la famille n'est que très peu appréhendée par le juge constitutionnel de sorte qu'elle semble être l'apanage du seul

⁸¹⁶ Cons. Const., déc. n° 2010-92, QPC du 28 janv. 2011, cons. 7 et 9 : « *Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation* ».

⁸¹⁷ La crainte de voir émerger un « gouvernement des juges » à travers l'utilisation de cette notion explique certainement la volonté d'encadrer encore plus strictement cette notion.

⁸¹⁸ V. L. Sponchiado, « De l'usage des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dans le débat sur le mariage des personnes de même sexe », *RFDC* 2013/4 (n°96), pp. 951-974, spéc. p. 953 : « *En effet, en examinant les discussions doctrinales, les décisions fournis par l'institution elle-même, il apparaît que rien ne permet jamais de prédire que le Conseil reconnaîtra un PFRLR supposé. Au regard d'éventuels « critères » de reconnaissance, aucune prédiction certaine n'est permise* ».

législateur⁸¹⁹. Comme l'expliquait déjà le professeur Boulouis, « *de toutes les institutions qui constituent la structure de la société, la famille est ainsi la moins reconnue, la moins représentée, la moins protégée à ce niveau supérieur de l'ordre juridique où se détermine l'aménagement du pouvoir, se définissent les droits fondamentaux et s'organise leur garantie* »⁸²⁰. Pour autant, parmi les principes directeurs du droit de la famille, certains ont été mentionnés par le Conseil constitutionnel les mettant ainsi au sommet de notre ordonnancement juridique. La force de ces principes ne devrait donc souffrir d'aucunes discussions. Ainsi, depuis le 18 novembre 1982, le principe de dignité de la personne humaine a été mentionné deux cent dix-neuf fois dans les décisions du Conseil constitutionnel dans des sujets très divers. Le principe d'égalité bénéficie d'une évocation tout aussi pléthorique. Il n'en reste pas moins que l'absence de reconnaissance par le Conseil constitutionnel des principes directeurs que nous avons dégagés empêche de créer une vision unifiée de la famille au plus haut sommet de la hiérarchie des normes. Cela aurait pourtant permis de limiter le risque qu'elle puisse devenir un « *lieu banalisé d'hédonisme personnel* »⁸²¹ et de sécuriser les fondements de notre législation familiale.

B) Les principes directeurs du droit de la famille et le droit international

349. Annonce du plan. - Il existe deux manières pour qu'un principe soit considéré comme ayant une hiérarchie au rang des normes internationales : soit le principe a été repris par une convention internationale (1), soit nos juridictions ont donné une qualification particulière à ce principe lui permettant de revendiquer une force normative de rang supra nationale (2). Il faut donc regarder la reconnaissance des principes directeurs du droit de la famille en droit international au cas par cas (3).

1. L'inexistence de protection textuelle internationale de l'ensemble des principes directeurs.

350. Des textes internationaux relatifs au droit patrimonial de la famille. – Comme vu lors de l'introduction⁸²², la famille peut être définie de multiples façons et chaque société a sa

⁸¹⁹ « La Constitution ne porte guère attention à la famille, dont le mariage est l'« acte fondateur ». N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, préf. M. Gobert, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 287, 1997, n° 169.

⁸²⁰ J. Boulouis, « Famille et droit constitutionnel », in *Études offertes à P. Kaiser*, t. 1, PUAM, 1979, spéc. p. 153.

⁸²¹ J. Hauser, « La famille, le temps et la durée », in *Annales de droit de Louvain*, vol. 59, Bruylants, 1999, n° 1-2, spéc. p 191.

⁸²² V. *supra*, n° 1 et s..

propre vision de l'institution familiale⁸²³. Il existe différentes conventions internationales qui concernent la famille mais dont l'objet est bien souvent processuel ou patrimonial⁸²⁴. En effet, des solutions de droit devaient être trouvées dans le cas de couples mixtes par exemple ou d'un patrimoine qui s'étend entre plusieurs États. L'internationalisation des modèles familiaux ont poussé les États à s'entendre dans le règlement des conflits sans pour autant poser de principes communs dans le domaine du droit extrapatrimonial de la famille. Seule la Convention internationale des droits de l'enfant revêt des principes plus vertueux qu'organisationnels et concerne un sujet extrapatrimonial. Dans cette dernière ne figurent pas cependant les principes directeurs que nous avons soulevés.

351. Des principes reconnus mais non spécifiquement dirigés sur la famille. - Il est à noter que, par ailleurs, le principe de dignité, le principe d'égalité et le principe de solidarité apparaissent dans certains textes supranationaux qui ne concernent pas directement la famille. Ils sont d'ailleurs repris plus ou moins tous les trois dans le premier article de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « *Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité* ». De même, il y a, parmi les différents chapitres de la Chartre des droits fondamentaux de l'Union européenne, un sur la dignité, un sur l'égalité et un sur la solidarité⁸²⁵. Ce n'est pas le cas des principes de monogamie et d'exogamie ce qui démontre que nos principes directeurs ne sont pas universels. De ce fait, ils ne bénéficient donc d'aucune protection permise par des textes internationaux contraignants.

2. L'inexistence de protection jurisprudentielle de l'ensemble des principes directeurs.

352. Les principes de justice universelle considérés comme doués de valeur internationale absolue. - Les principes directeurs n'ont pas pour vocation d'être des valeurs universelles. Des lois ou des décisions contraires à ces principes peuvent-elles avoir des effets

⁸²³ Souvenons-nous de cette célèbre citation de Chateaubriand : « *Frères d'une grande famille, les enfants ne perdent leurs traits de ressemblance qu'en perdant l'innocence, la même partout. Alors les passions modifiées par les climats, les gouvernements et les mœurs font les nations diverses ; le genre humain cesse de s'entendre et de parler le même langage* ». F.-R. de Chateaubriand, *Mémoires d'Outre-Tombe*, Flammarion, 1997, spéc. p. 116.

⁸²⁴ Au sein de l'Union européenne reconnaît que pour une question de subsidiarité elle n'a une compétence que très restreinte en ce qui concerne le droit de la famille. La Convention européenne permet malgré tout à la Cour européenne des droits de l'homme d'agir indirectement.

⁸²⁵ Cette charte était lors de sa création un « *instrument non juridiquement obligatoire* ». E. Bribosia et O. de Schutter, « La Chartre des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Journal des tribunaux*, n° 6005, 2001, pp. 281-297, spéc. p. 282. Elle a été mentionnée par la suite à l'article 6 du Traité Unique Européen venant renforcer ses effets sur le plan juridique.

juridiques en France ? La réponse est oui puisque les principes directeurs ne font pas partie de l'ordre public international⁸²⁶ ou des principes essentiels qui sont protégés face à des éléments d'extranéité irrespectueux. Lorsque le concept de principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue est né⁸²⁷, la question de l'appartenance des principes directeurs à ces derniers pouvait se poser. En effet, l'adhésion de l'opinion aux principes directeurs que nous avons dégagés est certaine aujourd'hui, en l'état actuel de notre société. Ces principes qui s'apparentent à des valeurs auraient donc pu recevoir cette protection. Cependant, ce terme, n'est plus utilisé en raison d'une volonté de ne plus se baser sur l'opinion française, cette dernière ne pouvant représenter selon, la Cour de cassation, une valeur internationale.

353. Les principes essentiels du droit français. - Le juge fera donc mention désormais de « principe essentiel du droit français »⁸²⁸. Ces derniers peuvent être définis comme « des valeurs même non fondamentales qui façonnent l'ordre juridique français »⁸²⁹. Ces principes portent plus particulièrement sur le droit des personnes et de la famille. À la vue de la définition, les principes essentiels pourraient reprendre les principes directeurs qui ont façonnés notre législation familiale car l'objectif du juge de la Cour de cassation est de protéger la loi qui pourrait être gravement désavouée en acceptant certaines pratiques⁸³⁰. Pourtant, les principes essentiels, sont très restreints et concernent exclusivement aujourd'hui le principe d'égalité des parents. Les autres ayant été désavoué soit par le législateur soit par des jurisprudences ultérieures.

Il y n'existe donc aucune protection juridique supra législative automatique des principes directeurs qui pourtant sont indispensables à la cohérence d'une branche du droit. Le respect des législations étrangères conduit à ne pas imposer nos principes directeurs.

⁸²⁶ L'ordre public international est défini par la jurisprudence comme ce qui correspond aux « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeurs internationale absolue » : Civ. 25 mai 1948, *Lautour* : *D.* 1948. 357, note Lerebours-Pigeonnière ; *Rev. crit. DIP* 1949. 89, note Batiffol ; *LDI* 1949. 38 ; *S.* 1949. 1. 21, note Niboyet ; *JCP* 1948. II. 4542, note Vasseur ; *GA*, n° 19.

⁸²⁷ Ce terme a été employé pour la première fois par : Civ. 25 mai 1948, *Lautour*, *op. cit.*.

⁸²⁸ La Cour de cassation emploie pour la première fois la notion de principe essentiel in : Civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, n° 08-21.740 : *D.* 2010. 1787, obs. I. Gallmeister ; *AJ fam.* 2010. 387, obs. A. Mirkovic, obs. B. Haftel, interview C. Mécary ; *RDSS* 2010. 1128, note C. Neirinck ; *Rev. crit. DIP* 2010. 747, note P. Hammje ; *RTD civ.* 2010. 547, obs. J. Hauser.

⁸²⁹ P. Hammje, *op. cit.*

⁸³⁰ V. en ce sens : A. Dionisi-Peyrusse, « La reconnaissance en France des situations familiales créées à l'étranger », *AJ fam.* 2011. 250 : « *Il n'est pas exclu que le changement de formule indique une volonté de recentrer la question sur les principes du droit français et de réaffirmer l'autorité de certaines règles édictées par le législateur français* ».

3. La place des différents principes directeurs dans le paysage du droit international

354. Le principe de dignité et le principe d'égalité. - Pour autant, deux des cinq principes directeurs ont une valeur juridique supérieure aux normes internationales. Le principe de dignité, pour commencer, est un axiome de notre droit. Ce principe est premier face à toutes autres sources normatives. Le principe d'égalité a reçu quant à lui la qualification de principe essentiel en ce qui concerne la coparentalité, de même le principe d'égalité est régulièrement invoqué dans les conventions européennes⁸³¹ ce qui lui permet d'être protégé. C'est également un principe constitutionnel, ce qui le place *de facto* au sommet de notre ordonnancement juridique.

355. Les principes d'exogamie, de monogamie et de solidarité. - Par l'effet de l'ordre public atténué, les principes d'exogamie, de monogamie et de solidarité ne sont donc pas protégés face à l'internationalisation du droit de la famille. En ce qui concerne le principe de monogamie, cela a été vu au sein de la première partie, son application dépend du lien qu'entretiennent les individus avec le for⁸³².

De même, le principe d'exogamie est naturellement appliqué dans l'ensemble des sociétés. Cependant, bien que, l'interdit de l'inceste soit considéré comme universel, celui-ci varie selon les interprétations. En effet, « *l'accord sur les lieux communs, comme l'accord sur les faits et les valeurs, ne garantit nullement l'accord sur leur mise en œuvre, et donc sur les conclusions auxquelles on aboutira* »⁸³³. Or, la mise en œuvre de ce principe varie selon les États comme a pu nous démontrer la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur ce sujet⁸³⁴.

Enfin, le traitement juridique de la réserve héréditaire nous démontre que notre vision de la solidarité familiale ne peut s'exporter à l'étranger. C'est ainsi qu'un arrêt du 27 septembre 2017 a précisé clairement « *qu'une loi étrangère qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français* »⁸³⁵. Certains auteurs y voient un

⁸³¹ V. par exemple : art. 5 du protocole du 22 nov. 1984, n°7, additionnel à la convention européenne des droits de l'homme.

⁸³² V. *supra*, n° 108.

⁸³³ Ch. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, op. cit., n° 58.

⁸³⁴ V. *supra*, n° 122.

⁸³⁵ Civ. 1^{ère}, 27 sept. 2017, n° 16-13.151 : *JurisData* n° 2017-018698 et Civ. 1^{ère}, 27 sept. 2017, n° 16-17.198 : *JurisData* n° 2017-018703 ; *Dr. fam.* 2017, comm. 230, M. Nicod ; *JCP G* 2017, 1230, C. Nourissat et M. Revillard ; *JCP N* 2017, n° 45, 1305, E. Fongaro ; *D.* 2017, p. 2185, J. Guillaumé ; *AJ fam.* 2017, p. 510, A. Boiché ; *AJ fam.* 2017, p. 598, P. Lagarde, A. Meier-Bourdeau, B. Savouré, G. Kessler ; *Defrénois* 2017, n° 22, p. 1, note M. Grimaldi ; *Defrénois* 2017, n° 22, p. 26, M. Goré ; *RJPF* déc. 2017, p. 44, S. Godechot-Patris et S. Potentier ; *RTD civ.* 2017, p. 833, L. Usunier, *RTD civ.* 2018, 189, M. Grimaldi ; *RCDIP* 2018, p. 87, B. Ancel ; *JCP G* 2018, 123, R. Le Guidec.

« démantèlement de la réserve héréditaire »⁸³⁶ pourtant symbole de la solidarité familiale à la française.

356. Conclusion. - Selon le professeur Beignier, « *le droit ne doit pas être un catalogue de « valeurs » d'une civilisation, sinon il est inapplicable ; en revanche, le droit est la mise en action de valeurs qui en sont la nappe phréatique, sinon il n'a ni esprit, ni âme* »⁸³⁷. Les principes directeurs qui représentent en quelque sorte les valeurs du droit de la famille ne reçoivent donc aucune protection face à l'internationalisation croissante de cette branche du droit. En toute logique, leur généralité leur confère une valeur supra législative mais leur place au sein de la pyramide de normes reste néanmoins mystérieuse. Voyons à présent ce qu'il en est pour les principes visés par la Cour de cassation.

§2 Le degré d'application des principes visés par la Cour de cassation

357. Annonce du plan. - Le débat de la place des principes visés par la Cour de cassation au sein de la hiérarchie des normes est encore vif aujourd'hui. Créé par le juge, ces principes n'en restent pas moins dans certains cas *contra legem* ce qui laisse les juristes dans l'expectative. La jurisprudence, lorsque son caractère normatif est reconnu, est naturellement subordonnée à la loi (A). Pourtant, leur nature particulière empêche de les considérer comme ayant une hiérarchie infra législative de telle sorte qu'il est possible de se demander s'ils ne seraient donc pas au-dessus de la loi (B).

A) Des principes qui ne peuvent avoir une valeur infra législative

358. La possibilité pour les principes visés par la Cour de cassation d'être *contra legem*.

- Traditionnellement, la jurisprudence n'est pas considérée comme une source normative en droit civil, l'office du juge ne consistant pas à créer la norme. Ce dernier a en effet seulement reçu le pouvoir d'interpréter la loi afin de veiller à sa bonne application. La technique du visa

⁸³⁶ V. en ce sens : M. Grimaldi, « La réserve ne relève pas de l'ordre public international », *RTD civ.* 2018. 189 : selon l'auteur la Cour de cassation « œuvre au démantèlement de la réserve héréditaire et ruine ainsi un équilibre des valeurs, ancien certes, mais toujours essentiel à la sauvegarde d'un ordre civil qui ne soit subverti ni par l'impérialisme des libertés marchandes ni par l'exacerbation des droits individuels ».

⁸³⁷ B. Beignier, « Les trente ans de la Convention internationale des droits de l'enfant », *Dr. fam.*, nov. 2019, repère 10.

de principe a pourtant démontré que la jurisprudence était devenue au fil des années une véritable source du droit⁸³⁸. Certains auteurs ont donc intégré cette source au sein de la hiérarchie des normes à un degré inférieur à la loi⁸³⁹, estimant qu'une norme ne peut avoir un degré normatif différent du degré organique de son auteur, en l'occurrence le juge. Il se trouve pourtant que la Cour de cassation vise des principes de droit qui sont parfois *contra legem*. Que ce soit le principe des souvenirs de famille, le principe selon lequel les aliments ne s'arréagent pas ou celui de l'*infans conceptus*...le juge a systématiquement pris la liberté de poser une norme contraire au régime général prévu par la loi, ou étendu une exception, prévue certes par les textes, mais qui aurait dû être d'interprétation stricte. Un principe non écrit énoncé par la jurisprudence n'est pas seulement comme le disait Boulanger, « *la manifestation de « l'esprit » d'une législation* »⁸⁴⁰. Or, si le principe visé peut ne pas respecter la loi alors il ne saurait avoir une valeur infra législative. Le juge, en quelque sorte, bouscule le législateur, « *tantôt par une interprétation hardie des textes en vigueur, tantôt même en faisant abstraction des textes* »⁸⁴¹. A l'inverse des principes directeurs, les principes visés ne sont pas inspirés de la loi. Bien au contraire, ils la contournent et permettent de rendre des décisions autres que ce qui a été prévu par les textes.

359. Une différence entre la loi et les principes rendant la hiérarchisation délicate. –

Au-delà de la nature parfois *contra legem* des principes, il est difficile de considérer les principes comme soumis à la loi tant leur élaboration semble opposée. Quand la loi est créée pour essayer de régler les conflits en amont, un principe naît de la pratique. La casuistique guide le juge dans l'édification des principes. Saint Thomas d'Aquin affirmait que la promulgation était l'essence de la loi⁸⁴². C'est à dire que le critère déterminant d'une loi est que celle-ci soit portée à la connaissance des Hommes avant même qu'elle ne s'applique. Ce critère est indispensable pour deux choses. D'une part du fait de la sécurité juridique, la promulgation officialise la norme et induit son respect dans les temps à suivre. D'autre part, cela autorise la sanction en cas de non-respect de la norme car dans ces conditions, « nul n'est censé ignorer la loi ». Les principes, en revanche, sont appliqués avant même leur promulgation puisque étant

⁸³⁸ V. en ce sens : P. Morvan, « En droit, la jurisprudence est source du droit », *op. cit.*, spéc. p. 86 : « *Que la Cour suprême vise des principes extra legem indique déjà qu'elle s'arroge la faculté de créer du droit. Qu'elle vise des principes contra legem, qui combattent la loi, achève de convaincre de sa puissance créatrice* ».

⁸³⁹ V. en ce sens : R. Chapus, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.*, 1966, chr. 99.

⁸⁴⁰ J. Boulanger, *op. cit.*, spéc. 67.

⁸⁴¹ P. Lescot, « Les tribunaux en face de la carence du législateur », *JCP G.* 1966, I, 2007.

⁸⁴² Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, éd. Cerf, 2021, q. 90, a. 4, c : *Unde ad hoc quod lex virtutem obligandi obtineat, quod est proprium legis, oportet quod applicetur hominibus qui secundum eam regulari debent. Talis autem applicatio fit per hoc quod in notitiam eorum deducitur ex ipsa promulgatione.*

une norme prétorienne, le jour où ils sont révélés, leur non application est déjà sanctionnée. Il faut certainement que des normes apparaissent par l'intermédiaire du juge afin que la justice qui transcende les esprits humains, puisse être rendue. Si la loi induit une hétéronomie de l'individu, les principes lui prêtent une véritable autonomie. Si la loi ne surpassé pas les principes visés par la Cour de cassation, est-il possible de considérer que c'est l'inverse qui se produit ?

B) Des principes qui ne peuvent avoir une valeur supra législative

360. Détermination de la place du juge. – Dans une vision stricte de séparations des pouvoirs, il ne peut y avoir de place pour la jurisprudence dans la hiérarchie des normes. La fonction du juge n'étant pas de créer la norme, il n'y a pas de raison de traiter les décisions émanant des tribunaux comme une source fonctionnelle du droit. La justice est alors réduite à une fonction d'exécution voire un prolongement de l'exécutif⁸⁴³. Il est vrai que les juges sont toujours nommés par le politique. Pourtant, cette vision, depuis la doctrine du professeur Carré de Malberg, n'est plus majoritaire en France. En effet, le juge selon lui n'est pas qu'un simple exécutant et détient un réel pouvoir du fait de sa capacité à interpréter la loi⁸⁴⁴. Bien évidemment la séparation des pouvoirs, si elle permet de reconnaître une capacité à interpréter voire un pouvoir modérateur⁸⁴⁵ n'a jamais conduit à concéder au juge la possibilité de créer la norme. C'est l'évolution lente et sinuose de la jurisprudence, un débordement discret et enrobé de respect feint qui a permis l'avènement des visas de principes. Nous revenons aux origines antiques du droit lorsque la déesse de la justice, « *Dikē, c'est la sentence, qui « dit » et « crée » le droit* »⁸⁴⁶. Le juge pourtant extérieur à la politique a érigé des normes qui sont en concurrence avec la loi, peut-être même supérieur à la valeur législative.

361. Un champ d'application distinct rendant stérile l'existence d'un lien de subordination. – Même s'il serait faux de considérer les principes visés par la Cour de cassation aient une valeur infra législative, il est impossible d'affirmer que les principes surpassent la loi. Comme l'explique Philippe Jestaz dans son ouvrage relatif aux sources du

⁸⁴³ V. en ce sens : A. Saint-Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, L. Larose, 1881, pp. 584, spéc. p. 441 et s.. De même : L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, T. I et II, Paris, 1921.

⁸⁴⁴ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, T. 1, Sirey, Paris, 1920, pp. 880.

⁸⁴⁵ « *Pouvoir exorbitant conféré au juge par la loi, dans des cas spécifiés, de déroger à l'application normale de la règle de droit, lorsque celle-ci entraînerait des conséquences d'une rigueur manifestement excessive* ». G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., spéc. p. 668.

⁸⁴⁶ J. Gaudemet, *Les naissances du droit*, Montchrestien, 1997, spéc. p. 14.

droit, « *la jurisprudence française, (...) est assez proche de la loi sans en avoir le statut officiel ni le champ réel de compétence* »⁸⁴⁷. Ainsi, la consécration d'un principe par la jurisprudence concerne un domaine particulier et, dans le cadre du droit de la famille, *sui generis*. Le principe portera sur un objet et son énoncé contient en son sein l'ensemble des règles d'applications élaborées au fil des jurisprudences successives⁸⁴⁸. La jurisprudence à travers le principe est toute puissante dans un domaine précis et n'empiète pas sur le domaine général de la loi. En réalité, la capacité normative du juge n'a pas un champ de compétence aussi large que celui du législateur. C'est pourquoi, « *opposer la jurisprudence et la loi devient dans ces conditions absurdes. Elles se complètent à un niveau de positivité quasi équivalent et sans même se quereller* »⁸⁴⁹. Encore une fois, la loi et les principes consacrés par la Cour de cassation ne sont pas dans une opposition franche mais plutôt dans une recherche de vérité par un ajustement permis à l'occasion de la confrontation entre la loi et les faits.

362. Conclusion section 1. - Le juge n'a plus depuis le milieu du XXe siècle un rôle de protecteur de la loi mais de protecteur du droit comme l'a souligné Maître Callejas⁸⁵⁰. En effet, la loi a perdu de sa superbe notamment à cause du phénomène de « *dilution de la souveraineté* »⁸⁵¹ du législateur. En effet, la loi est de moins en moins perçue comme le fruit de l'expression générale, ce qui lui permettait jusqu'alors d'être haut placée dans la pyramide des normes. La montée en puissance des acteurs privés, la multiplication des organes internationaux, la baisse de confiance des individus en la capacité de l'État à agir, tout cela dénoue le lien entre représentant et représentée. Là encore, les déductions théoriques modifient la réalité juridique. Au sein d'un raisonnement basé sur la hiérarchie des normes, il est donc très difficile de placer la jurisprudence et notamment les arrêts de principes par rapport à la loi. Il suffit de se tourner vers la doctrine pour constater que le débat autour de la hiérarchie des

⁸⁴⁷ Ph. Jestaz, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2^e éd., spéci. p. 68. Enfin : P.-P.-N, Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, T. Barrois père, 1818, pp. 587.

⁸⁴⁸ Comme le décrit Monsieur le Juge Pierre Sargas : « *En droit privé, un principe général est une notion première qui commande un ensemble de règles particulières qui viennent se ranger sous son application* ». « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation – Les garde-fous de l'excès du droit », JCP 2001, éd. GI. 306.

⁸⁴⁹ Ph. Jestaz, *op. cit.*

⁸⁵⁰ A. Callejas, « Les sources du droit à travers le prisme du visa dans les arrêts de la Cour de cassation », in *Les sources du droit dans les pays européens et francophones*, 3^{ème} journée juridique franco-polonaise, ss. dir. J. Leroy, D. Piatek et P. Szwebo, mare&martin, 2016, spéci. p. 400 : « *Le visa de principe témoigne de l'évolution qui a pu avoir lieu dans notre conception du droit et de la fonction de la Cour de cassation. Sa fonction n'est plus de protéger la loi, mais de protéger le droit. On peut voir dans cette modification un bouleversement des sources du droit. En effet, la loi n'est plus la seule source officielle de droit. Si on considère que le type de texte visé est un indice des sources du droit, alors l'émergence du visa de principe est le signe d'un changement de ces sources. Cette modification révèle que notre système juridique n'est plus un système légaliste, que les textes de loi ne sont pas les seules sources de droit. Il s'agit d'un aveu d'incomplétude de la loi et du pouvoir créateur de la jurisprudence. Le visa de règles et de principes semble donc révéler la qualité de source du droit attaché à la jurisprudence* ».

⁸⁵¹ F. Rigaux, *La loi des juges*, éd. O. Jacob, 1997, spéci. p. 32.

normes est loin d'être tranché⁸⁵². Cette désaffection par une partie de la doctrine pour la théorie kelsénienne laisse libre court à une recherche plus fructueuse sur la place des principes dans le paysage normatif.

⁸⁵² Certains auteurs ont montré que la hiérarchie des normes n'est pas si évidente en pratique : A. Decocq, « Le désordre juridique français », in *Jean Foyer, auteur et législateur : Écrits en hommage à J. Foyer*, PUF, p. 147 et s. ; M. Van de Kerchove et F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, coll. Les voies du droit, 1988.

Section 2. Une nouvelle vision de la hiérarchie des principes de droit de la famille

363. Le caractère insuffisant de la pyramide des noms. - Hans Kelsen réfutait la notion de « sources du droit » qui manquait selon lui de certitude⁸⁵³. Il semble surtout que ce concept permet de discuter des frontières du droit et de les ouvrir. Cependant, malgré le manque de certitude que la notion de source peut induire, elle reste pertinente et indispensable dans une matière vivante tel que le droit. Nous avons vu en effet dans la section précédente que les principes sont une source du droit autonome et extra textuelle. Or, dans cette section, nous allons voir que la pyramide est aujourd’hui une symbolique inefficace pour traduire la force obligatoire des principes. Le professeur Pascal Puig résume très bien cette situation : « *L’écrit a cessé d’apparaître comme une condition essentielle de la normativité sans que, pour autant, soit clairement définie la place des sources non écrites de droit. Le rang auquel s’insèrent la coutume, les principes généraux du droit et la jurisprudence dans l’échelle des normes ne cesse d’interroger, attestant au minimum du caractère inachevé de la pyramide* »⁸⁵⁴. En effet, les principes, étant une source formelle du droit de la famille, devraient avoir naturellement une place au sein de la pyramide des normes. Ce n’est cependant pas le cas.

364. Annonce du plan. - Ainsi, ce mode de raisonnement pyramidale est inapplicable aux principes lorsque l’on regarde leur fonctionnement (§1). Il faut donc se demander si une autre voie ne serait-elle pas plus pertinente pour définir la hiérarchie des principes. C’est ce que nous allons essayer de forger au sein d’un second paragraphe. En effet, les principes semblent agir tel un contrepoids face aux normes édictées par des organes législatifs (§2).

§1. L’inapplicabilité de la théorie pure du droit

365. Annonce du plan. - Nous l’avons vu dans la première section, la place des principes dans la hiérarchie des normes est difficile si ce n’est impossible à déterminer. Au-delà de la place des principes au sein de la pyramide des normes, nous allons dans ce paragraphe expliquer

⁸⁵³ V. : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., spéc. p. 314. V. à sa suite : N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, trad. C. Agostini, M. Guéret, LGDJ-Bruylant, coll. La pensée juridique, 1998, spéc. 229 : « « sources du droit » est une expression métaphorique qui doit être éliminée d’un discours rigoureux comme celui d’une théorie du droit qui prétend être scientifique ».

⁸⁵⁴ P. Puig, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD Civ.* 2001. 749.

les problèmes que pose la hiérarchie des normes. Nous avons relevé deux séries de conséquences dans l'inclusion des principes au sein de cette hiérarchie : l'une sur le traitement institutionnel par la théorie de Kelsen lorsque sont introduits les principes (A). L'autre sur les risques concrets que pourrait induire l'application d'une telle théorie aux principes (B). Cette étape nous permettra de réfléchir à la force normative des principes dans un plan plus horizontal.

A) Le problème institutionnel que pose la hiérarchie des normes

366. Annonce du plan. - En droit, les différentes normes formelles sont attachées à une institution donnée : la Loi au Parlement, les décrets aux gouvernements, les principes constitutionnels au Conseil constitutionnel, *etc...* La hiérarchie des normes induit donc automatiquement une hiérarchie institutionnelle. Le respect de cette organisation normative et institutionnelle n'est permis que s'il est accompagné d'un mécanisme de contrôle. Cela fait malheureusement défaut en ce qui concerne les principes directeurs (1). De même, le juge étant à l'origine des principes, le raisonnement autour de la verticalité des normes pose la question de l'indépendance des institutions (2).

1. L'absence de contrôle dans l'application des principes directeurs

367. L'absence de contrôle privant les principes directeurs d'une place supra législative. - Il se trouve que, comme nous l'avons vu dans la précédente section, les juridictions supérieures que sont la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel ont refusé de consacrer les principes directeurs et donc de protéger ces derniers face aux éventuelles évolutions législatives. Diriger cette branche du droit sans moyens d'autorité est vain. Si la loi peut déroger aux principes directeurs alors la logique qui a commandé la supériorité de ces derniers, tombe en désuétude.

En théorie, les principes directeurs fondent la matière et inspirent les lois. Ils sont de ce fait l'incarnation des grandes lignes d'une législation. Il y a donc en l'occurrence une correspondance entre les principes directeurs et la loi. Théoriquement, les principes directeurs étant le fondement des textes de loi ils sont sensés être au-dessus dans la hiérarchie des normes. En effet, dans la logique kelsénienne, la norme va du général au particulier. Le non-respect par une loi nouvelle d'un principe directeur fait vaciller toute la structure du droit de la famille. Pour autant, pour que cette supériorité soit effective il faudrait que les principes directeurs

soient protégés face au pouvoir législatif. Nous le savons, l'avènement de la logique kelsenienne dans notre système juridique s'est corrélé avec la création de nouvelles institutions judiciaires comme le Conseil constitutionnel veillant au respect de l'ordonnancement des normes. Ainsi, sans contrôle, la hiérarchie n'est qu'une coquille vide.

368. Le danger de considérer les principes directeurs comme étant infra législatif. - Cette liberté dont dispose la loi face aux principes directeurs pourrait nous permettre de déduire que ces derniers ont une force infra législative. Cependant, ces principes restent la traduction de valeurs inhérentes au droit de la famille. Leur conférer une valeur subsidiaire est nier le rôle apodictique de ces normes. Ces principes étant le fondement de ce que doit être la famille aux yeux de la société, leur remise en cause conduirait à un changement anthropologique. Le danger étant que « *dominant toutes les sources juridiques, vont apparaître un certain nombre de principes généraux qui ont pour but d'exprimer le contenu de la justice ; et le souverain fera bien lui-même de s'y conformer en édictant ses lois, car celles-ci ne s'imposeraient plus, au cas contraire aux particuliers. Le réalisme fait place à l'idéalisme juridique : il ne s'agit plus seulement de reconnaître un équilibre spontané des forces en présence ; il s'agit d'établir une hiérarchie des intérêts et de faire respecter ceux qui sont les plus respectables* »⁸⁵⁵. La procédure des lois ordinaires semble donc insuffisante pour procéder à de telles évolutions. Si la famille relève de l'intime, le législateur doit veiller à la cohérence des normes familiales afin qu'il y ait une vision unifiée de cette cellule fondamentale de la société.

369. L'exemple de la suppression du caractère hétérosexuel du mariage. - En effet, la suppression d'un principe directeur bouleverse non seulement le socle commun législatif mais aussi la cohérence de nos valeurs. Un exemple nous a été donné avec la remise en cause de l'altérité sexuelle au sein du mariage. Cette « réforme de civilisation » a modifié quelques articles du Code civil mais n'a pas fini de bouleverser la législation familiale. Le législateur de 2013 a démontré la difficulté de revenir sur un principe directeur puisque celui-ci a préféré créer un nouvel article au sein du Code civil afin de préciser ce qui s'applique et ce qui ne s'applique pas aux couples mariés de même sexe⁸⁵⁶. En effet, il cohabite désormais en France deux mariages, l'un fondé sur la filiation charnelle avec notamment la présomption de paternité,

⁸⁵⁵ P. Roubier, *op. cit.*, spéc. p. 23.

⁸⁵⁶ Article 6-1 du Code civil : « Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre Ier du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe ».

le second se limitant, à ce moment-là, à la possibilité de recourir à l'adoption⁸⁵⁷. La question de l'ouverture de la procréation médicalement assistée aux couples de femme n'est d'ailleurs pas étrangère à l'ouverture du mariage dit « pour tous ». Le couple conjugal est avant tout une cellule familiale et, de ce fait, une possibilité devrait être donnée à ces couples de pouvoir accueillir des enfants. Enfin, l'altérité sexuelle, nécessaire à la procréation, justifiait la monogamie, le couple étant construit autour de la filiation biologique. Si aujourd'hui la procréation se détache de ce fondement biologique⁸⁵⁸ et que l'altérité sexuelle n'est plus un élément fondamental du mariage, il y a d'autant moins d'arguments raisonnables permettant de réfuter la polygamie et une parenté multiple. Seule aujourd'hui la morale permet de préserver la monogamie dans un futur proche.

Ce bouleversement, le législateur l'a bien compris, et au fond, aucun des partisans comme des opposants se sont imaginés que la loi du 17 mai 2013 ne soit validée sans un contrôle de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel grâce à une saisine parlementaire.

Le constat est certain, le modèle autour de la hiérarchie des normes fait défaut en l'occurrence : soit les principes directeurs sont supra législatifs et il y a dans ce cas un écueil au niveau de l'encadrement de son respect ; soit ils sont infra législatifs et, dans ce cas, il y a un écueil au niveau de l'esprit des différentes normes. Dans le premier cas, le problème est plutôt organique tandis que dans le second le problème est substantiel.

2. Le danger de la mise en place d'une hiérarchie institutionnelle

370. Le juge comme institution créatrice de norme. - Tout d'abord, il est logiquement considéré que la valeur hiérarchique d'une norme est déterminée par la place détenue par les organes qui les édictent. Le problème qui se pose avec les principes du droit est de savoir quelle est la véritable source de ces normes. Certains considèrent, comme vu précédemment, qu'ils peuvent être déduits de l'exégèse de la loi⁸⁵⁹. Aujourd'hui, la doctrine a intégré que les principes avaient un rôle plus impactant que celui de combler les lacunes du droit ou d'en faire une simple extrapolation. D'autres estiment, comme le Doyen Carbonnier, que les principes sont en « *suspension dans l'esprit du droit* »⁸⁶⁰, de sorte que ce ne serait pas véritablement le juge qui

⁸⁵⁷ V. en ce sens : J.-R. Binet, « Article 6-1 du Code civil : deux mariages et un enferrement ! », *Dr. fam.* juill. 2013, repère 7.

⁸⁵⁸ En effet, le Code civil avant la dernière loi bioéthique ne permettait pas, selon la Cour de cassation de reconnaître une filiation ayant deux parents du même sexe. Civ. 1^{re}, 7 mars 2018, n° 17-70.039 : *JurisData* n° 2018-003219 ; *Dr. fam.* 2018, comm. 130, Y. Bernand : Les dispositions du titre VII du livre 1^{er} et de l'article 6-1 du Code civil « s'opposent à ce que deux filiations maternelles ou deux filiations paternelles soient établies à l'égard d'un même enfant ».

⁸⁵⁹ V. *supra.*, n° 314.

⁸⁶⁰ J. Carbonnier, *Droit civil – Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple op. cit.*, n° 138, spéc. p. 252.

en est à l'origine⁸⁶¹. Cette analyse idéalisée ne peut être pertinente au regard du pragmatisme des principes de droit de la famille visés par la Cour de cassation. Les principes ont pour source la jurisprudence, c'est donc bien le juge qui les crée comme nous l'avons vu dans le premier chapitre de ce présent titre⁸⁶². Cependant, ce pouvoir créateur en droit de la famille se limite aux éléments *sui generis* et ne peut créer la norme de manière générale.

371. Le juge d'un niveau hiérarchique égale au législateur. - Le juge est une véritable autorité normative qui se retrouve donc aux côtés du Parlement et du gouvernement. La hiérarchie des normes conduirait donc à faire une hiérarchie institutionnelle. Dans l'esprit de l'équilibre des pouvoirs cet ordonnancement nuit à l'indépendance du triptyque normatif d'un État⁸⁶³. Il existe une tension permettant l'exercice harmonieux de chacun des pouvoirs : d'un côté, la loi n'a aucune autorité sans juge pour l'appliquer⁸⁶⁴ ; de l'autre, le juge ne peut rendre de décision impartiale s'il ne peut se parer de la loi pour se justifier. L'équilibre est permis par l'indépendance de chacun et par une répartition équilibrée de leur rôles respectifs. En effet, si le juge peut créer de manière indépendante un principe de droit, il ne peut légitimer de manière générale, ce rôle appartenant exclusivement au pouvoir législatif⁸⁶⁵. Il n'y a donc en aucun cas une supériorité du pouvoir législatif sur le pouvoir judiciaire. Soumettre une institution aux volontés de l'autre conduirait à mettre en péril cette indépendance. Si le juge a pour fonction d'appliquer le droit, cela doit être fait de manière complètement libre.

⁸⁶¹ V. notamment : P. Delvolvéd, *Droit administratif général*, t. 1, Paris, PUF, coll. Thémis, 12^e éd., 1992, spéc. p. 473 ; B. Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, LGDJ, 1954, spéc. p. 240 et s. ; ou encore : P. Roubier, *op. cit.*, spéc. p. 11 : « Mais d'autres règles non formelles (par opposition aux règles coutumières) sont fondées sur l'autorité de la raison. Ce sont celles qui sont établies par la doctrine juridique, c'est-à-dire par les juristes, lesquels guidés par un idéal de justice, s'efforcent d'en suivre les aspects dans les différents domaines du droit. Ce travail d'abstraction et de systématisation des juristes aboutit, dans son résultat le plus élevé, à dégager certaines règles juridiques à grand rayonnement, qu'on appelle les principes généraux du droit, dont l'autorité est bien souvent invoquée dans les procès ».

⁸⁶² V. *supra*, n° 321.

⁸⁶³ En ce sens : « *La figure d'un Parlement supérieur hiérarchique d'un Conseil d'État, lui-même supérieur hiérarchique du Président de la République et du Premier ministre ne tient évidemment pas. Comme tel, le critère organique ne peut rien expliquer de la valeur des normes du juge : ni le rang hiérarchique des 'principes généraux de Droit' et des autres règles jurisprudentielles à portée générale, ni le rang hiérarchique de la décision de justice munie de l'autorité de chose jugée* ». D. de Béchillon, « Sur la conception française de la hiérarchie des normes. Anatomie d'une représentation », R.I.E.J., 1994/1, vol. 32.

⁸⁶⁴ C'est notamment ce que faisait remarquer Michel Troper dans son article : « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », in *Revue internationale de philosophie*, n° 138, 1981, spéc. p. 526 : « *l'existence juridique d'une norme législative ne résulte pas de sa conformité à la Constitution, mais de l'interprétation par le juge* ».

⁸⁶⁵ V. en ce sens : P. Héraud, « Le juge et la jurisprudence », *mél en l'honneur de P. Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329, spéc. n° 10, p. 339 : « *Ce que prohibe l'article 5, c'est l'exercice du pouvoir législatif en la forme et à la manière qui est celle du législateur* ».

B) L'insuffisance de la hiérarchie des normes face à la complexité des normes extra textuelles

372. Les principes non adaptés à une structure verticale d'ordonnancement des normes. - Le caractère formel de la norme, au sein de la théorie de Kelsen, semble être attaché aux textes. La jurisprudence, qui a la capacité de créer les principes, norme extra textuelle par nature, ne pouvait selon Kelsen être à l'origine de normes individuelles et non de normes générales. Bien évidemment, il n'était pas ignorant de certains pouvoirs dont disposait le juge mais cela était selon lui anecdotique et ne méritait pas, de ce fait, que cela remette en cause la théorie pure du droit⁸⁶⁶. Seulement, cette orthodoxie sur laquelle repose le raisonnement de l'éminent juriste n'a pas anticipé les immanquables évolutions que la jurisprudence allait connaître. En effet, « *la norme éloigne du concret, comme toute construction de l'esprit, en laissant nécessairement à des intermédiaires le soin de dire le droit et de le dire de plus en plus souvent à mesure qu'évolue profondément la société* »⁸⁶⁷. Dans le cadre d'un droit stabilisé par l'écrit, le juge, d'interprète, devient créateur au fur et à mesure que les faits se présentent à lui.

Les principes, objet de cette mutation ne peuvent alors intégrer la pyramide des normes sans en ébranler la structure puisque « *seul un recours à des théories issues d'une pensée juridique complexe peut permettre de rendre compte de la diversité autant des normes juridiques que des multiples régulations contemporaines* »⁸⁶⁸. La simplicité d'une hiérarchie verticale des normes, aussi séduisante soit-elle, ne permet plus de décrire la réalité de notre droit contemporain. D'un point de vue substantiel, il est délicat de déterminer qui, entre la loi et les principes généraux, dicte à l'autre son contenu. Il semble qu'en réalité ces deux normes soient indépendantes l'une de l'autre. Un ordonnancement étant impossible à trouver, il nous faut en conclure que la pyramide des normes est une représentation de notre système de droit qui ne peut être satisfaisante.

373. Les principes non adaptés à une cohabitation de strate dans l'ordonnancement des normes. - Nous pourrions considérer les principes sur le même niveau hiérarchique qu'un texte législatif en partant du postulat que ceux-ci sont des exceptions à la loi considérée, quant à elle, comme une norme générale. Cependant, dans le paradigme de Kelsen, une exception ne peut

⁸⁶⁶ V. sur ce sujet : M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, P.U.F., 1994, spéc. pp. 69 – 83.

⁸⁶⁷ F. Terré, « Forces et faiblesses de la norme », in *La force normative – Naissance d'un concept*, ss. dir. C. Thibierge, L.G.D.J., 2009, spéc. p. 20.

⁸⁶⁸ A.-J. Arnaud, « La force normative, pierre angulaire d'une intelligence juridique », in *La force normative – Naissance d'un concept*, ss. dir. C. Thibierge, L.G.D.J., 2009, spéc. p. 14.

être posée sans qu'une norme supérieure l'envisage. Par ailleurs, si le principe des souvenirs de famille ou des dons manuels pourrait être décrit comme tel, nous voyons mal à quelle loi le principe relatif au nom de famille, par exemple, fait exception.

Si nous nous refusons de définir les principes par rapport à la loi en les considérant tout simplement sur le même plan alors un dernier problème se pose. En effet, une loi peut reprendre un principe soit pour le consacrer par écrit soit pour l'abroger faisant de cette règle une norme écrite. En réalité, si la hiérarchie des normes semble inapte à définir la force obligatoire des principes, elle reste outil nécessaire dans la résolution des conflits normatifs. En effet, les principes peuvent être *contra legem* mais n'invalident jamais un texte de loi sur l'ensemble de son champ de compétence. A l'inverse une loi peut décider de reprendre un principe en son entier afin soit de le figer par un écrit, soit de le rendre inapplicable. C'est cette capacité à reprendre à son compte la règle contendante qui pourrait laisser une forme de supériorité de la loi sur les principes. Cependant, comme nous l'avons vu, la figure de la pyramide ne permet pas de révéler toutes les subtilités des rapports existant entre ces deux types de normes.

374. L'insuffisance de la hiérarchie des normes. - Il semble que la pyramide kelsenienne soit trop simple face à la difficulté de l'application de différentes normes concurrentes. La volonté de faire du droit une science, sans être impossible, est une quête qui conduit parfois à nier la complexité humaine de cette discipline. Les faits ont des contours définis par d'infinis particularismes qui imposent aux normes une adaptation constante. C'est d'ailleurs ce qui justifie la création des principes par le juge : la nécessité de créer une norme non-écrite pour des objets *sui generis* qui ont besoin de souplesse pour s'adapter dans le paysage normatif général. Dans ce contexte la loi seule est insuffisante et les forces de chacune des normes ne peuvent être figées. Or, la hiérarchie des normes ne tolère aucune contradiction, de ce point de vue elle a la « *fragilité d'un château de cartes, puisque l'anomalie remettant en cause l'une des règles menace la tenue de toute la pyramide* »⁸⁶⁹. Il faut donc trouver une nouvelle voie pour définir la véritable force normative des principes en droit de la famille. Elle reste aujourd'hui qu'un outil de résolution de conflit entre normes concurrente quand la pondération n'est pas de mise.

⁸⁶⁹ C. Atias, *Philosophie du droit*, PUF, coll. Thémis, 1999, spéc. p. 40.

§2. Vers un nouvel ordonnancement de la norme principe en droit de la famille

375. Une place extérieure à l'ordonnancement classique. - Dans ce paragraphe, nous allons déterminer la véritable place des principes sans résonner à travers le prisme d'une hiérarchie. L'objet n'est pas de remettre en cause le modèle actuel d'échelle normative mais de proposer un correctif extratextuel. Le paradigme pyramidal correspond aux normes dotées d'un certain formalisme. En ce qui concerne les principes, un ordonnancement aussi rigide ne rend pas compte de la réalité de la force normative. Les principes doivent en réalité être perçus comme un contrepoids face à un écrit immobile.

376. Annonce du plan. - Ainsi, afin de déterminer la place des principes, il convient, en premier lieu, de déterminer leur mécanisme. Tout au long de l'étude de cette norme nous remarquons qu'il y a un mouvement de va et vient entre les faits et la loi (A). Ce balancier donne une place stratégique aux principes dans le paysage normatif. Cela permet de définir les principes comme un contrepoids des textes législatifs qui ont parfois une prise de vue bien trop haute face aux cas concrets de la réalité des faits (B).

A) Le principe comme objet d'un va et vient entre la loi et les faits

377. Le rapport entre les différentes normes et les faits. - Dans le fonctionnement des principes, directeurs ou simplement visés, nous pouvons remarquer un mécanisme de va et vient entre les faits et les principes. Traditionnellement, les rapports entre les faits et le droit se fait dans un sens unique et vertical. Si nous prenons l'exemple de la loi, le droit descend vers les faits : à partir d'une représentation des faits, le législateur va édicter des lois qui s'imposeront aux justiciables. En revanche, si nous pensons à la coutume, alors le rapport s'effectue des faits vers le droit. Que ce soit dans l'acte répété ou dans le sentiment général d'une impérativité, la coutume prend racine au sein des habitudes sociales avant de devenir une norme. Le chemin dans ces deux formes de règles de droit est à sens unique. La création du droit est soit spontanée, soit formalisée. Or, les principes ne répondent à aucun de ces deux mécanismes ou plutôt aux deux à des temps différents.

378. Le dialogue continu entre les faits et le droit à travers les principes. - Les principes, quant à eux, ne s'établissent pas dans une identique direction. Tout d'abord, ils naissent à l'occasion d'une rencontre entre un fait que la loi ne peut régler de manière pertinente. Ce sont

donc les faits qui viennent en premier lieu se présenter au droit et qui vont instituer une norme à cette occasion. Le chemin est donc ascendant en l'occurrence. Les principes extra textuels ne sont jamais créés *ex nihilo*. C'est donc seulement lors d'un conflit porté devant le juge que le principe pourra être consacré. Par la suite, son application s'étendra sur l'ensemble des conflits portant sur un objet similaire. Les principes s'imposent alors pour les cas futurs de la même manière que la loi ; le droit descend alors vers les faits. Cependant, il y a une subtilité par rapport aux normes écrites : par le biais d'un ajustement continu des principes, les faits remontent régulièrement vers le droit. En effet, le juge précise continuellement le régime juridique du principe à partir des espèces qu'il traite. Ces ajustements seront alors également imposés aux décisions futures. Nous pouvons alors constater un mouvement de va et vient entre les faits et la loi. Ce mécanisme est le même, que ce soit pour les principes directeurs que pour ceux visés par la Cour de cassation. Seulement, ce va et vient crée une norme qui s'apparente à une valeur donc peu contraignante avec les premiers, tandis que cela conduit à l'élaboration d'une norme dotée d'une force contraignante importante avec les seconds.

Ce constat rejoint la proposition doctrinale décrite dans la thèse du professeur Morvan⁸⁷⁰. En théorie il y aurait, selon lui, trois plans permettant de décrire le fonctionnement du droit : la jurisprudence est le plan vertical qui lie les deux plans horizontaux, que sont le plan du droit abstrait et le plan du fait. Cette théorie permet de mettre en avant le caractère vectoriel des principes entre le droit et les faits.

379. Une place indépendante dans le mécanisme juridique. - Cet ajustement constant des principes par rapport aux faits donne aux principes une place particulière : ils ont une grande réactivité et s'adaptent donc rapidement en fonction des évolutions qui se présentent. Ces changements peuvent prendre la forme du recul du principe, comme par exemple avec la mise à l'écart du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes afin de reconnaître le transsexualisme⁸⁷¹. De même, il peut y avoir une extension du champ d'application du principe comme ce fut le cas pour celui de *l'infans conceptus* vis-à-vis du préjudice d'affection⁸⁷². Cette évolution ne dépend pas des autres normes mais des faits qui sont concernés. De ce fait, le juge ne se contente plus d'interpréter la loi mais d'ajuster le droit. Le déclin de la représentation omnisciente de la loi explique ce changement dans la mission du juge⁸⁷³. Ainsi, leur force est

⁸⁷⁰ P. Morvan, *op. cit.*

⁸⁷¹ V. *supra*, n° 224 et s..

⁸⁷² V. *supra*, n° 206.

⁸⁷³ C'est notamment ce qui est expliqué dans cette citation : « *Précisément, alors que le législateur révolutionnaire a entendu contenir ce pouvoir interprétatif du juge refusant tout concurrent dans sa souveraineté législative, le législateur impérial ne lui a restitué qu'un pouvoir interprétatif placé sous la tutelle de la loi. Avec le déclassement de la loi, le pouvoir du juge devient*

indépendante de celle de la loi. Cette indépendance est notamment démontrée par la capacité que les principes ont à déambuler entre les différentes branches du droit, mais également entre les différents niveaux hiérarchiques des normes écrites. Ainsi, ils font plutôt office d'un contrepoids face aux normes préétablies et intangibles.

B) La fonction de contrepoids des principes

380. Annonce du plan. - La force des principes réside donc en leur capacité à être un contrepoids aux normes écrites. Les rapports ne sont plus verticaux mais horizontaux⁸⁷⁴. Dans la mythologie grecque, l'épouse de Zeus, Thémis, qui représente la justice tient dans ses mains une balance. A l'instar de cette représentation, les principes viennent compenser la raideur d'une norme qui ne peut prendre en compte la spécificité de certains cas juridiques. Le juge dispose de deux outils permettant de trancher un litige de manière juste. L'interprétation de la loi, d'une part et la possibilité de consacrer un principe de droit d'autre part. Ces deux outils doivent permettre de rendre des jugements équitables.

Seulement la force de ce contrepoids diffère selon qu'il s'agit d'un principe directeur ou d'un principe de droit de la famille ayant fait l'objet d'un visa. Le premier n'a en effet, aucune véritable contrainte juridique ce qui affaiblit sa force (2), tandis que le second a une authentique force contraignante (3). Mais avant cela, il semble nécessaire de se pencher plus précisément ce que nous entendons par le terme de « contrepoids » (1).

1. La notion de contrepoids pour définir la place des principes.

381. Le sens du terme de contrepoids. - Le contrepoids est ce qui « *équilibre ou neutralise une force* »⁸⁷⁵. Au cours du siècle dernier la toute-puissance de la loi s'est affaiblie grâce à l'apparition de nouvelles normes, dont la première d'entre elles, est le principe de droit. Le droit ne peut être uniquement la loi sinon il y a un déséquilibre. Or, le contrepoids est un élément sans lequel l'équilibre d'un mécanisme général est impossible. En ce sens, plutôt qu'en

— ou redévient — pleinement créateur de droit. » B. Bernabé, « Redécouvrir l'office créateur du juge », *Les Cahiers de la Justice*, 2013/3, pp. 27-32, spé. p. 29.

⁸⁷⁴ V. en ce sens : I. Ramonet, *Géopolitique du chaos*, Gallimard, coll. Folio, 2001, spé. p. 7-8 : « Nous sommes en train de passer de formes de pouvoirs autoritaires, hiérarchiques, verticales à des formes négociés, réticulaires, horizontales, consensuelles, plus civilisées, mais plus complexes ». Il est vrai que le droit de la famille est l'exemple le plus criant de ce changement de paradigme étant donné qu'il y a un réel désir du pouvoir politique de laisser une place plus importante à la liberté individuelle.

⁸⁷⁵ V. : <https://www.cnrtl.fr/definition/contrepoids>.

hiérarchie, l'image du réseau proposée par les auteurs François Ost et Michel van de Kerchove est assez séduisante pour représenter le fonctionnement des normes en elles⁸⁷⁶.

Comme nous l'avons vu précédemment, les principes ont une fonction particulière au sein du droit de la famille ce qui signifie qu'ils ne sont ni en opposition ni en subordination par rapport à la loi. Il est important de marquer, pour définir la force de cette norme, leur indépendance. Or, le terme de contrepoids permet de traduire cette indépendance des principes vis-à-vis des autres normes et plus particulièrement avec la loi : chacun à sa propre balance qui symbolise les compétences propres aux différentes règles. Le droit de la famille juste est symbolisé par l'équilibre et le respect de la place de chacun au sein du paysage normatif.

382. La finalité du contrepoids. - Parler de contre-pouvoir serait une erreur puisque cela conduirait à opposer les normes entre elles. Comme nous l'avons vu, en droit de la famille, chacune des normes contribuent à leur manière au concours d'un résultat. En ce sens, le choix des normes est plus ontologique que dépendant de la logique hiérarchique⁸⁷⁷. Aussi bien que son contenu, la forme de la règle va permettre d'apporter des solutions juridiques et aidera le juge à rendre des décisions plus équitables. Les principes n'enlèvent rien au pouvoir législatif, il complète la panoplie d'outils dont dispose le juge pour dire le droit.

2. Les principes directeurs : un contrepoids exempt de contrainte préétablies

383. Un contrepoids indirect. - Les principes directeurs, comme nous l'avons vu, sont les valeurs juridiques qui forment la colonne vertébrale de la loi. Ils correspondent de ce fait à la définition qu'en donne la Professeur Mireille Delmas Marty : « *Le principe est l'expression d'une conscience juridique qui placée au dehors, dans un contexte d'ensemble est comme en position de surplomb, fédère les diverses parties du droit et traverse les frontières qui les séparent* »⁸⁷⁸. L'action de ces principes est indirecte, qu'ils soient consacrés ou non par la jurisprudence. Ils aident le juge à trouver une solution juridique mais ne donnent pas « *clé en main* » l'issue pérenne de leur application.

⁸⁷⁶ V. : F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, pp. 596.

⁸⁷⁷ La question de la finalité de la règle est déterminante dans le choix de sa nature comme l'explique parfaitement le Professeur Dijon : « *En dégageant de tels principes par recours aux finalités de l'ordre juridique, le juge s'appuie sur la raison humaine, qui impose une limite aux comportements outranciers. Quelle limite ? Celle précisément de leur fin. Entre la rationalité qui inspire la mesure inhérente aux PGD et la finalité qui rappelle sans cesse l'interdépendance humaine, l'accord sonne comme la justesse du droit, puisque la raison du pourquoi des formes ne se déploie jamais si bien que dans l'interprétation de leur pour quoi* ». X. Dijon, « La loyauté osmotique », in *La loyauté*, Mél. en l'honneur d'E. Cerexhe, éd. de Boeck & Larcier, 1997, spéc. p. 138.

⁸⁷⁸ M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, coll. Librairie du XX^e siècle, 1994, spéc. p. 83.

Pour certains principes directeurs, il n'y a eu aucune reconnaissance juridique ni par un texte normatif ni à travers une décision jurisprudentielle. Il s'agit donc d'une valeur juridique dénuée de toute contrainte⁸⁷⁹. Du point de vue du normativisme juridique, ces principes sont nécessairement étrangers au droit. Cependant, ils traduisent quelque chose de l'esprit de nos lois familiales et en ce sens il est impossible de leur nier toute force normative. Parce que ces principes représentent des valeurs fondamentales de notre droit de la famille, ils doivent être une boussole, autant pour le législateur qui vote des lois que pour le juge dans son travail d'interprétation de la loi. Aucune décision normative ne peut être prise sans la prise en considération de l'importance de la dignité, de l'égalité ou de la solidarité et de la nécessité de la monogamie et de l'exogamie pour la sauvegarde de la famille. Cette force indirecte a une place diffuse au sein de la hiérarchie des normes puisque tous les acteurs du droit, quels que soient leur rôle et leur place, doivent être guidés par ces principes. Ils contrebalaient les intentions qui menacent la cohérence du droit de la famille.

384. Le cas particulier des principes directeurs ayant une reconnaissance juridique. -

Ce constat peut également posé pour les principes ayant eu une reconnaissance par le juge qu'il soit constitutionnel ou de cassation. Nous pourrions en déduire que ces principes, de valeurs, deviennent des normes positives. Cependant le caractère contraignant de ces principes reste moindre du fait de leur grande latitude interprétative. Le caractère imprévisible des décisions fondés sur de tels principes démontre une absence de capacité contraignante ou, du moins, une contrainte largement diminuée. Le principe d'égalité par exemple a été reconnu par le Conseil constitutionnel et régulièrement par la Cour de cassation. Seulement, comme nous l'avons vu dans le premier titre de cette étude, l'application de ce principe dépend de la vision subjective de cette règle générale. Ainsi, même reconnu, l'usage d'un principe directeur laisse une grande liberté à celui qui y est soumis dans la manière de l'appliquer. Ils restent donc une boussole et n'imposent pas une consigne préétablie. Ils indiquent le sens que devrait avoir une décision sans donner la solution à la décision. En d'autres mots, ils ne sont pas des règles de droit.

⁸⁷⁹ Le Professeur Brunet décrit le sens de ces principes de la manière suivante : « *Les principes révèleraient les valeurs auxquelles le droit positif doit correspondre et qu'il doit exprimer parce que, loin de n'être qu'un ensemble de prescriptions, il est un ensemble de valeurs que la société se donne à elle-même* ». Il reconnaît cependant, que ces valeurs sont sous le joug d'interprétations qui peuvent varier : P. Brunet, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », in *L'architecture du droit. Mél. en l'honneur de M. Troper*, Economica, 2006, pp. 207-221, spéc. p. 215.

Cette réalité explique pourquoi certains auteurs ont réduit les principes à un travail d'interprétation de la norme. Cependant cela ne correspond pas à la réalité des principes de droit. Le seul point commun étant leur rôle de contrepoids.

3. Les principes de droit de la famille consacrés par un visa : un contrepoids doté d'une véritable contrainte juridique

385. Un contrepoids doté d'une véritable force contraignante. - Contrairement aux principes directeurs, les principes de droit ont une force contraignante importante. Leur commandement prête peu à interprétation. La dévolution des souvenirs de famille, le traitement des aliments non réclamés par exemple, sont autant de règles qui, une fois leur champ d'application établi, doivent être appliqués de la même manière dans les cas futurs. Nous sommes donc en présence d'une règle et non d'une valeur.

En l'occurrence, la force des principes est non seulement reconnue par la jurisprudence mais bénéficie également d'une liberté limitée dans la solution qu'ils induisent. Nous l'avons vu, ces principes remplacent la loi dans des cas *sui generis* qui ne peuvent être réglementés dans une loi générale. Ils sont donc au service de la justice pour intervenir là où la loi se retrouve incompétente. Plus que le contenu de la règle, c'est sa forme qui permet au juge de rendre une décision équitable. En droit de la famille, les principes occupent des niches normatives. Cette remarque est vraiment spécifique à cette branche du droit qui recouvre bien des particularités étant, bien plus que les autres, ratrappée par des interdépendances humaines.

386. L'équilibre entre deux normes dotées d'une autorité équivalente. - Cette force ne fonctionne dans notre droit romano-germanique qu'à travers le mécanisme du visa. En France, la jurisprudence de la Cour de cassation joue un rôle particulier d'unification mais aussi est la seule légitime à produire une règle nouvelle. C'est pourquoi un principe non consacré par un arrêt de cassation n'a en réalité aucune réelle force obligatoire. En effet, « *bien que l'organe de cassation soit formellement une juridiction, il opère comme une autorité réglementaire en transformant par une subtile alchimie les précédents en règles générales et abstraites et en leur conférant matériellement valeur législative* »⁸⁸⁰. Or, cette force est égale à celle de la loi puisque le principe dispose de la même position et du même rôle qu'un texte législatif au sein d'un arrêt de la Cour suprême. La même force sera donc attribuée à la loi et au principe visé. Cette

⁸⁸⁰ F. Zenati, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », D. 2002. 15.

équivalence des forces entre les normes législatives et les normes jurisprudentielles permet que les principes s'incorporent à la loi. Le départage sera permis par la répartition des objets entre les différentes formes normatives, textuelles ou extras textuelles, en fonction de ce qui est plus judicieux pour trancher équitablement le litige. Tout comme l'écrit est une norme indispensable dans la stabilité du droit, l'extra textuel est indispensable dans l'intégration de certaines singularités liées au phénomène familial. Ces deux forces s'équilibreront sur le même plan dans le respect de leur domaine respectif. Il y a alors un équilibre de la balance du droit permis entre deux normes pesant un poids similaire.

387. Conclusion chapitre 2 – La force des principes tient en sa position de contrepoids, comme un rempart face à un système formaliste et hiérarchisé. Leur légitimité tient dans cet aspect régulateur, notion de plus en plus utilisée pour définir le fonctionnement moderne du droit. Le système hiérarchique reste donc pertinent pour l'ensemble des normes textuelles qui sont un socle toujours solide dans la formation du droit. Ce socle étant devenu insuffisant, il convient de le consolider par l'apport de paradigmes nouveaux, plus diffus et plus à même de s'adapter à la complexité du réel. Cette vision du droit ne peut endosser le poids d'une structure hiérarchisée. Il existe donc aujourd'hui, au sein du droit de la famille, deux modèles qui évoluent côté à côté et qui, par leur concurrence, équilibreront le droit. Le droit juste ne s'établit que dans les « *tensions entre deux pôles* »⁸⁸¹ qui permettent d'établir la vérité. Le danger réside alors dans un déséquilibre du fait de la supériorité de l'un sur l'autre. C'était jusqu'au milieu du XXe siècle le modèle positiviste de Kelsen qui a pris l'ensemble de l'espace du droit. Aujourd'hui, nous constatons un basculement lent mais certain vers une remise en cause du bénéfice d'un droit prévisible et structuré.

⁸⁸¹ V. F. Ost et M. Van de Kerchove, *op.cit*, spéc. p. 41 : « *et si la vérité tenait dans la tension des deux pôles (plutôt que dans le choix de l'un ou de l'autre), dans leur solidarité conflictuelle et leur intime articulation-comme si, à raison même de leur opposition, ils tentaient ensemble de dire quelque chose de la complexité d'un réel qui ne se réduit ni à l'un ni à l'autre ?* ».

Conclusion titre 1.

388. Une norme récente preuve d'une justice nouvelle. - La reconnaissance de l'autonomie des principes participe à un changement de paradigme d'une justice qui n'est plus un moyen mais une fin. Le raisonnement selon lequel la justice doit s'affranchir d'un idéal de justice afin de s'attacher à la légalité ne fonctionne plus. Or, cette conception devait régler la question de la recherche constante de la véritable justice. En effet, il y a eu dans notre société un vent de démoralisation avec notamment le positivisme juridique. Cependant, la justice ne peut se passer d'idéal. Aujourd'hui, avec l'essor des libertés individuelles, la recherche du juste à l'échelle de l'individu et non du groupe, se fait pressent.

Ainsi, les principes ont été à l'orée du droit postmoderne qui se veut marqué « *par le relativisme, le pluralisme, la flexibilité, la mobilité* »⁸⁸². Ce chemin que le droit de la famille emprunte sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme, ne sert cependant pas les principes de droit qui restent des règles intangibles une fois consacrées. C'est pourquoi, la place de ces règles ne présume pas de leur effectivité. Les principes dont le rôle était de protéger les particularismes de la famille sont dissous par la multiplication des formes familiales. Maintenant que nous avons vu la validité et la force des principes de droit de la famille il est désormais temps de se pencher sur leur effectivité.

⁸⁸² M. Lardeux, *Le pluralisme juridictionnel en droit de la famille*, th. ss. dir. E. Paillet, Montpellier, 2015, spéc. p. 17.

Titre 2 L'effectivité des principes en droit de la famille

389. Définitions. - L'effectivité s'entend comme la capacité de la norme à orienter le comportement de ses destinataires. En effet, la contrainte seule ne suffit pas toujours à faire appliquer le droit : « *tant de lois sont restées lettre morte pour ne pas avoir rencontré l'assentiment de ceux qu'elles devaient régir* »⁸⁸³. Cette remarque est particulièrement vraie en ce qui concerne le domaine privé, notamment la famille. L'insertion de l'État est souvent mal vécue par les groupes privés et il est parfois bien difficile de régir ce qu'il se passe derrière les persiennes closes des foyers familiaux.

Il n'est donc plus question de démontrer l'existence, la juridicité et la légitimité des principes de droit de la famille, ce que nous avons fait précédemment, mais d'étudier leur efficacité et leur réception. L'objet de ce titre est de mettre en corrélation l'altération du droit de la famille et le déclin que nous constatons de l'effectivité des principes. Divers mots décrivent l'*aggiornamento* du droit de la famille ces dernières années : « *décadence du droit français de la famille* »⁸⁸⁴, « *renouveau du droit de la famille* »⁸⁸⁵, « *bouleversement* »⁸⁸⁶, « *une épuisante fuite en avant* »⁸⁸⁷... Il existait en effet dans le passé, une unité normative autour de la famille sur laquelle s'inscrivaient les principes. Or, incontestablement, nous pouvons remarquer une dévaluation des principes au sein de cette branche du droit.

L'étude de l'effectivité consiste donc à observer les incidences que le droit peut avoir sur les faits. Les principes appartenant au droit, il est intéressant de voir comment ces derniers influencent la pratique. Cependant, afin de comprendre le recul des principes il faut comprendre également pourquoi, aujourd'hui, le juge a tendance à moins les appliquer. Il y a donc deux facteurs à étudier : l'incidence du droit sur les principes et la réception aujourd'hui des principes par notre société.

390. Annonce du plan. - Ainsi, nous verrons que, dans ce changement de visage du droit de la famille, l'application des principes devient délicate (chapitre 1) mais également que c'est leur applicabilité même qui est rendue difficile (chapitre 2).

⁸⁸³ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd., 1949, n° 15, spéc. p. 26.

⁸⁸⁴ J. Hauser, « Décadence et grandeur du droit civil des personnes et de la famille à la fin du XXe siècle », in *Mél. en l'honneur Huet-Weiller*, PUS, LGDJ, 1994, pp. 235 et s.

⁸⁸⁵ P. Hilt et F. Granet-Lambrechts, *Droit de la famille*, Presse universitaire de Grenoble, 2018.

⁸⁸⁶ S. Le Gac-Pech, « Halte aux bouleversements du droit de la famille », *RJPF*, 2012, n° 11.

⁸⁸⁷ F. Dekeuwer-Défossez, « Rénover le droit de la famille : Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps », *Rapport au Garde des sceaux*, 1 janv. 1999, spéc. p. 12.

Chapitre 1. La délicate application des principes

391. L'enjeu de l'application des principes. - L'application de la norme relève du travail du juge⁸⁸⁸. Pour qu'une norme puisse être effective il faut en premier lieu qu'elle ait une existence réelle au sein de la jurisprudence, une « *jurisprudence des principes* »⁸⁸⁹ en l'occurrence. En effet, c'est au moment du jugement que la norme produit un effet matériel, autrement dit, c'est lorsqu'il y a un questionnement autour d'une éventuelle violation de la norme, que se dessinent les contours de sa véritable existence et force juridique. Le travail du juge est donc d'apporter les réponses en interprétant le droit et en s'assurant de son application. Ce travail est autrement plus ardu que celle de veiller à l'application de normes simples. L'interprétation est toujours plus délicate lorsque la norme sort de la sphère théorique pour rencontrer les faits. Plus encore, l'application devient cornélienne lorsque le juge doit composer avec plusieurs normes, qu'elles soient internationales, qu'elles relèvent des droits individuels, qu'elles soient législatives ou principielles... Or, les principes eux-mêmes ont une application spécifique qui laisse une plus ou moins grande liberté au juge et a un impact sur leur effectivité.

392. Annonce du plan. – Ainsi, l'objet de ce chapitre est de connaître l'incidence que l'application des principes a sur leur effectivité. Tout d'abord, il s'agira d'étudier ce qu'entraîne l'application d'un principe surtout lorsqu'il existe un conflit de normes. En effet, les principes directeurs agissent par pondération et ceux visés par la Cour de cassation sont de nature subsomptive. Ainsi, l'éviction ou la préférence donnée à un principe par le juge entraînera soit une hiérarchisation normative des principes soit une réduction ou une abrogation du principe. C'est ce que nous verrons dans une première section (Section 1). Ensuite, nous constaterons qu'il arrive, dans certains cas, que les principes de droit de la famille ne soient pas ceux choisis par le juge, alors même qu'il s'agit d'un conflit familial. Dans ce dernier cas, le juge ouvre le règlement des problématiques familiales à d'autres règles que celles originelles ce qui entraîne de facto un changement dans l'effectivité des principes comme nous le verrons dans une seconde section (Section 2).

⁸⁸⁸ V. : *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* de Portalis de 1801, préf. Michel Massenet, éd. Confluences Eds, coll. Voix de la cité, 1998 : « C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application. »

⁸⁸⁹ J. Cianciardo, « Principios y reglas : Una aproximacion desde los criterios de distincion », *Boletin mexicano de derecho comparado*, vol. 36, n°108, 2003, spéc. p. 892.

Section 1. L'effectivité dépendante de la nature de l'application des principes

393. Déterminer la nature de l'application des principes. - Pour comprendre l'effectivité des principes, il est important de comprendre la manière dont le juge est appelé à les appliquer. Comme nous allons le voir, l'application des principes va différer en fonction de leur nature. En effet et cela fera l'objet d'un premier paragraphe (§1), les principes directeurs et les principes visés par la Cour de cassation s'emploient dans un esprit différent. Les premiers s'apparentent à des valeurs dont la hiérarchie dépend du cas d'espèce. C'est ce que nous appellerons la pondération. Le règlement du conflit nécessitera donc une certaine subjectivité de la part du juge puisqu'il lui reviendra de déterminer, en fonction des éléments de faits, quel principe doit primer. Nous ne serions pas loin du jugement de valeur. Les seconds, quant à eux, s'apparentent plus à une règle écrite c'est-à-dire qu'ils s'appliquent sans discussion aux cas rentrant dans le champ d'application du principe. Nous savons, en effet, que lorsqu'ils sont évoqués, les principes disqualifient un texte écrit. Cette capacité à évincer les textes démontre la manière dont les principes visés par la Cour de cassation fonctionnent avec la loi mais aussi entre eux. C'est ce que nous appellerons la subsomption.

394. Les conséquences de la nature de l'application sur l'effectivité des principes. - Dans un second paragraphe, nous verrons qu'il y a un mouvement qui existe aujourd'hui conduisant le juge à utiliser de plus en plus la pondération de manière générale (§2). En effet, dire le droit au XXI^e siècle ne se résume plus à énoncer la règle mais à la mettre en relief en fonction d'éléments pluriels, extérieurs au droit⁸⁹⁰. Cela favorise l'application des principes directeurs. En revanche, du fait notamment de la subsomption, les principes visés tendent à reculer. D'une part, nous constatons que la Cour de cassation ne crée plus de nouveaux visas de principes et, d'autre part, les principes ayant déjà été visés voient leur périmètre s'amoindrir. Ainsi, l'effectivité des principes visés est aujourd'hui affectée du fait même de la nature de cette

⁸⁹⁰ Cette remarque n'échappe pas au droit de la famille comme l'explique C. Labrusse-Riou, « Droits de l'homme et institution des liens familiaux : Une relation explosive ou pervertie ? », in *La famille, le lien et la norme, Actes du coll. de l'Institut des Sciences de la Famille du 10 et 11 mai 1996*, ss. dir. G. Eid, l'Harmattan, 1997, spéc. p. 53 : « Il semble que nous vivons actuellement une période de grandes confusions qui submergent les juristes ; interprètent de la légalité, ces derniers ne savent plus la reconnaître dans un droit positif qui, à des titres divers, prétend tout épouser, les faits et les mœurs, les idéologies, les besoins et les désirs, tous plus ou moins érigés en droit subjectifs, les sciences sous toutes leurs manifestations (biologiques, psychologiques, pédagogiques) chaque spécialiste érigeant en « science » son maigre savoir pour mieux asseoir son autorité, les morales substituées à la morale, les vertus aussi (tolérance, équité), que sais-je encore ? »

norme. A l'inverse, bien que les principes directeurs puissent avoir une effectivité discutable⁸⁹¹, il semble que leur approche normative soit actuellement plus bénéfique à leur application.

§1 Une application différente selon les principes

395. Annonce du plan. - La pondération et la subsomption sont complémentaires en droit. La première méthode conduit à évaluer les faits à l'aune de plusieurs règles concurrentielles tandis que la seconde permet de classer les faits sous certaines règles de droit. Nous avons besoin de ces deux mécanismes de raisonnement, l'un sera plus usité que l'autre en fonction des moments et du degré de généralité de l'affaire, mais les deux resteront toujours indispensables. En droit de la famille, une répartition peut être faite entre les principes directeurs, qui répondent plutôt à une logique de pondération (A) et les principes visés par la Cour de cassation, qui semblent prédilectionner la subsomption (B).

A) La pondération des principes directeurs : une hiérarchisation axiologique

396. Définition de la pondération. - La pondération est un mécanisme permettant à un principe de s'effacer face à un autre principe sans pour autant que son existence soit remise en cause⁸⁹². Habituellement, une norme est abrogée lorsqu'une autre s'applique. En revanche donc, quand un principe directeur s'impose dans une affaire et écarte un autre principe, il ne faut pas en déduire que ce dernier est inopérant pour l'avenir. Il n'est pas rare, en effet, que deux principes directeurs, ou un principe directeur et une liberté, s'opposent et induisent des solutions juridiques contradictoires⁸⁹³. Il y a en réalité une diffusion osmotique des principes

⁸⁹¹ V. *infra*, n° 396.

⁸⁹² Cela peut s'apparenter à la proportionnalité qui est définie comme suit : « *un mécanisme de pondération entre des principes juridiques de rang équivalent, simultanément applicables mais antinomiques* ». G. Xynopoulos, « proportionnalité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, ss. dir. D. Allard et S. Rials, P.U.F., 2003, spéc. p. 1251.

⁸⁹³ Il y a un exemple très parlant entre les jurisprudences successives qui ont cherché un équilibre entre le principe du respect de la vie privée et la liberté d'expression, privilégiant tantôt l'une ou tantôt l'autre. V. notamment, pour des faits contraires au principe de respect de la vie privée : Civ. 1^{ère}, 14 juin 2023, n° 22-15.155 : *JurisData* n° 2023-009845 ; *Comm. Com. élec.* 2023, n° 10, comm. 72, note A. Lepage. Pour des faits en adéquation avec la liberté de la presse : Civ. 1^{ère}, 8 déc. 2021, n° 20-13.560 : *JurisData* n° 2021-019919. Sur l'identique valeur normative entre respect de la vie privée et liberté de la presse : Civ. 1^{ère}, 9 juill. 2003, n° 00-20.289 : *JurisData* n° 2003-019816 ; *Bull. civ. I*, n° 172 ; *JCP G* 2003, II, 10139, note J. Ravanas ; *Comm. com. électr.* 2003, comm. 115, note A. Lepage ; *Gaz. Pal.* 2003, 3112, note D. Amson ; Civ. 1^{ère}, 30 sept. 2015, n° 14-16.273 : *JurisData* n° 2015-021531 ; *JCP G* 2015, 1385, note Ducoulombier ; D. 2015. 2189, chron. Gautier ; Civ. 1^{ère}, 21 mars 2018, n° 16-28.741 : *JurisData* n° 2018-004051. Pour un autre exemple avec cette fois-ci la liberté d'expression et la présomption d'innocence, v. : Civ. 1^{ère}, 6 janv. 2021, n° 19-21.718 : « *Le droit à la présomption d'innocence et le droit à la liberté d'expression ayant la même valeur normative, il appartient au juge saisi de mettre ces droits en balance en fonction des intérêts en jeu et de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime* ».

directeurs qui dépend d'une interprétation téléologique de la part du juge. Autrement dit, c'est le juge qui, en fonction des caractéristiques des faits d'espèce fera le choix entre plusieurs principes directeurs de celui qui lui semble, en l'occurrence, plus important à appliquer.

Cette pondération s'explique notamment par le fait que, contrairement à une règle simple, le principe directeur n'a pas de champ d'application limité. Il se doit d'être appliqué autant que possible. C'est ce que le juriste Robert Alexy a appelé le mandat d'optimisation et qu'il a brillamment expliqué comme suit : « *Les principes sont des normes qui requièrent que quelque chose soit réalisé dans la plus grande mesure possible étant données les possibilités juridiques et empiriques. Les principes sont des mandats d'optimisation, caractérisés par le fait qu'ils peuvent être satisfait à des degrés variables, et que le degré approprié de satisfaction dépend non seulement de ce qui est empiriquement possible, mais aussi de ce qui est juridiquement possible* »⁸⁹⁴. Cette vision du principe est justifiée par deux éléments. D'une part, le principe doit être quelque chose d'intrinsèquement désirable. Nous l'avons vu, tous les principes directeurs portent en eux une dimension morale dont l'adhésion est, pouvons-nous dire unanime, du moins au sein de notre société. Or, il est vrai que Robert Alexy considérait comme direct et important le lien entre le droit et la morale. D'autre part, le mandat d'optimisation n'est possible que si le principe revêt un degré de généralité suffisamment important.

397. La recherche par le juge d'un état désirable. - De par leur degré de généralité et leur concordance aux valeurs défendues par le droit, les principes directeurs doivent s'appliquer autant que possible et se retrouvent donc régulièrement en conflit. L'application de ce type de norme consiste alors à trouver un équilibre entre des valeurs qui se confrontent. Il n'est donc pas rare que le juge, dans son interprétation du droit, doive hiérarchiser les valeurs qui s'affrontent pour le traitement du cas d'espèce⁸⁹⁵. Le principe de solidarité commande, par exemple, que, dans certains cas, le principe de monogamie soit écarté afin que la concubine puisse être indemnisée en cas du décès de son concubin marié par ailleurs⁸⁹⁶. De même, le principe d'égalité pourrait à l'avenir remettre en cause le principe d'exogamie à travers la reconnaissance de la filiation incestueuse afin que les enfants concernés puissent bénéficier

⁸⁹⁴ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, 1960, spéc. p. 75-76.

⁸⁹⁵ Ce phénomène avait déjà été remarqué par Jean Boulanger : « Pour employer le langage des philosophes, les principes du droit composent des ensembles de « valeurs ». A chaque juriste de marquer ses préférences. Nous nous contenterons de faire observer que, si des principes ne sont pas nécessairement meilleurs, parce qu'ils sont traditionnels, la proposition inverse est également vraie : des principes ne sont pas nécessairement meilleurs, parce qu'ils sont nouveaux ». J. Boulanger, « Principes généraux du droit et droit positif », *op.cit.*, spéc. 74.

⁸⁹⁶ Paris, 10 nov. 1976 : *D.*, 1978. 458.

d'une double parenté⁸⁹⁷. Le juge a donc un rôle stratégique dans l'application des principes directeurs puisqu'il arbitre les conflits qui peuvent exister entre ces derniers⁸⁹⁸ en atténuant les effets de l'un au profit de l'autre. Le juge recherche la réalisation la plus complète d'un état désirable, compte tenu des possibilités qu'offrent les contextes de fait et de droit. Ainsi, les juges élaborent et précisent le régime juridique de chaque principe au fil de la jurisprudence grâce à cette marge d'appréciation. Ils appliquent les principes avec pour seule exigence que l'équilibre trouvé soit le plus juste possible.

398. Une méthode réservée aux normes générales. - La pondération peut également jouer entre un principe et le standard de référence comme par exemple celui de l'intérêt supérieur de l'enfant. De même un équilibre peut être recherché entre un principe et un droit individuel comme celui de mener une vie familiale normale. Cela est en revanche plus délicat face à une norme écrite comme la loi. S'il arrive que la loi mette des limites à un principe, elle peut également y mettre fin. C'est ce qui s'est passé pour le principe essentiel de l'altérité sexuelle au sein de la parenté. La loi du 17 mai 2013, en reconnaissant la possibilité pour un couple de même sexe de se marier, a dans le même temps mis fin à l'existence d'un tel principe.

B) La subsomption des principes visés par la Cour de cassation

399. Définition de la subsomption. - La subsomption est une logique juridique consistant à placer la résolution d'un conflit sous l'égide d'une seule règle⁸⁹⁹. C'est cette subsomption qui caractérise le droit civil français contrairement à la *common law* qui place la résolution d'un conflit sous l'égide du précédent⁹⁰⁰. Nous l'avons vu précédemment, les principes visés par la Cour de cassation ont un fonctionnement qui s'apparente à des règles et non à des valeurs. Leur

⁸⁹⁷ Certains auteurs craignent notamment que l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme remette en cause l'article 334-10 du Code civil au nom du principe d'égalité. V. par ex : V. F. Vasseur-Lamtry, *La famille et la convention européenne des droits de l'homme*, l'Harmattan, 2000, spéc. n° 595. Cette crainte est accentuée par la décision de la Cour européenne de condamner l'interdiction faite à un beau-père d'épouser son ex-belle-fille : CEDH, 13 sept. 2005, *B. L. c/ Royaume-Uni, Dr. fam.* 2005 comm. 234, note A. Gouttenoire et M. Lamarche.

⁸⁹⁸ V. sur ce sujet : E. Grau, *Pourquoi j'ai peur des juges. L'interprétation du droit et les principes juridiques*, éd. Kimé, 2014, spéc. pp. 87-121. Selon l'auteur, cette possibilité appartenant au juge de choisir entre les différents principes est une « *pure expression de subjectivisme* » ce qui est source d'impartialité et d'insécurité juridique. A l'inverse, Dworkin se réjouit de ce système puisqu'il est convaincu que le juge a toujours une ferme volonté de rendre la meilleure décision. Il se dit d'abord « qu'est-ce que j'ai le devoir de faire plutôt que qu'est-ce que je peux faire ».

⁸⁹⁹ V. sur ce sujet : P.-G. Marly, *Fongibilité et volonté individuelle : étude sur la qualification juridique des biens*, th. ss. dir. Ph. Delebecque, Paris 1, 2002, spéc. p. 16 : au début de sa thèse, l'auteur explique que le travail du juriste consiste « *à faire entrer dans une catégorie, un fait, un acte ou une chose* ». De ce classement, découle la règle applicable à savoir une loi ou un principe de droit.

⁹⁰⁰ « *L'un de ces systèmes est fondé sur le cas, le juge et le procès, l'autre l'est sur la norme, la loi et le droit substantiel. L'esprit de la common law est en entier contenu dans le principe du précédent. Le droit n'y procède pas d'une norme qui transcende les faits et qu'il convient d'appliquer par subsomption, mais au contraire, du fait lui-même, qui confère un rôle central à l'instance juridictionnelle* ». F. Zenati, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *op. cit.*

application ne peut donc être similaire à celle des principes directeurs. Lorsqu'un principe visé par la Cour de cassation se retrouve en conflit avec une autre règle et qu'il se trouve écarté, deux solutions existent : soit le principe est invalidé, soit il y a création d'une exception. Il n'est pas question dans ce type de principe de recherche d'équilibre.

L'injonction, que les principes visés posent, a un périmètre limité et n'a pas une dimension morale particulière. Le principe range sous sa coupe un nombre limité de faits qui concernent des entités *sui generis* du droit de la famille. Soit la règle s'applique, soit elle ne s'applique pas. Nous remarquons que la doctrine qui oppose règles et principes définit ces derniers plutôt comme une norme morale⁹⁰¹. Or, les principes visés par la Cour de cassation sont des normes qui imposent des injonctions précises et qui, de ce fait, ne s'opposent pas aux règles. La finalité de la norme se trouve dans son application pleine et entière et non dans la recherche d'une juste proportionnalité. La pondération n'est donc pas adaptée à la nature des principes visés par la Cour de cassation⁹⁰².

400. L'absence de conflits entre les principes visés par la Cour de cassation au sein du droit de la famille. - La pratique démontre également l'application subsomptive des principes visés puisque l'étude de la jurisprudence montre que ces principes n'entrent, en tous cas au sein du droit de la famille, jamais en conflit. Comme nous l'avons vu, ceux-ci portent sur des objets bien précis et aucun juge n'a jamais eu à choisir entre l'application du principe relatif aux souvenirs de famille et celui portant sur le nom de famille par exemple. Cette absence de conflictualité démontre une fois encore le caractère très spécifique de ces principes. Un conflit existe en revanche entre la loi, plus générale, et ces principes. Cette concurrence est traitée par le juge comme un conflit habituel entre deux règles de droit, l'une invalidant l'autre par son application.

401. Les conséquences de la subsomption sur le pouvoir discrétionnaire du juge. - La subsomption marque un pouvoir discrétionnaire moindre que la pondération. Or, s'il est vrai que le visa de principe est un choix opéré par le juge de confirmer un principe de droit, une fois consacré, le juge doit l'appliquer pour l'avenir. Un principe ne saurait être invalidé de la même manière que le législateur abroge une loi. En ce sens, nous pourrions même considérer que la

⁹⁰¹ C'est notamment la position tenue par le juriste Ronald Dworkin au sein de son ouvrage : *Prendre le droit au sérieux*, trad. fr. M. J. Rossignol, F. Limare, F. Michaut, préf. P. Bouretz, P.U.F., Paris 1995, pp. 515.

⁹⁰² En ce sens : « Ainsi, nous cherchons à affirmer que les principes du droit ne peuvent pas être objet de pondération entre eux. Seules les valeurs peuvent être soumises à cette opération. En d'autres termes : la pondération entre eux stérilise le caractère juridico-normatif qui les définirait en tant que norme juridique. » E Grau, *op. cit.*, spéc. p. 98.

consécration d'un principe a un poids supérieur à la loi quant à son application future. En pratique, si le principe, une fois visé, ne peut être supprimé, il peut malgré tout être invalidé, écarté par une autre règle puis oublié.

La sécurité juridique est donc plus forte pour ce type de principe puisque le juge s'autolimite dans son pouvoir discrétionnaire : une fois le principe visé, il se doit d'être appliqué dans les futures décisions. Cela ne signifie pas que des exceptions au principe ne peuvent être posées au fur et à mesure des discussions. Le régime attaché au principe de droit s'affine tout au long de la confrontation entre les faits et le pouvoir prétorien. Ainsi, le juge garde, mais dans un degré moindre que la pondération, une grande autonomie dans l'interprétation et l'adaptation continue des principes.

§2. Le recul de la subsomption au profit de la pondération au sein de la jurisprudence

402. Annonce du plan. - Nous l'avons vu précédemment, il existe une différence d'approche entre les valeurs qui relèvent d'une certaine vision de ce qui est juste et la norme qui « *n'est pas susceptible d'être vraie ou fausse, mais seulement d'être obéie ou désobéie* »⁹⁰³. Or, le juge tend aujourd'hui à revenir sur son rôle de « bouche de la loi » pour devenir pleinement la « bouche du droit ». Cette évolution se perçoit parfaitement dans l'application des principes aujourd'hui.

Si les applications des principes directeurs et des principes visés sont effectivement différentes, la manière de les employer révèle le rôle que se donne le juge au sein du droit. Jusqu'à présent, nous pouvions proposer un schéma simple selon lequel le législateur fixe les principes directeurs et le juge vise des principes en conformité à l'esprit des lois. Or, ce modèle tend à se relâcher en droit de la famille puisque le juge, par ce travail de pondération agit de manière plus conséquente sur les principes directeurs que le législateur lui-même (A). En revanche, il semble se détourner des principes visés par lui-même en matière familiale peut-être du fait de leur caractère subsomptif (B).

⁹⁰³ *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, ss. dir. A.-J. Arnaud, L.G.D.J., 2018.

A) La jurisprudence comme moyen herméneutique des principes directeurs.

403. Défaillance de la loi vis-à-vis des principes directeurs. - A sa naissance en 1804, le Code civil n'a pas seulement apporté des réponses techniques à des problèmes juridiques, il était accompagné d'une philosophie que les juristes, avec des moyens tel que l'exégèse, s'efforçaient de respecter. Au fil du temps, en droit de la famille, la philosophie initiale s'est évaporée permettant ainsi au juge d'intervenir dans l'élaboration des principes directeurs⁹⁰⁴. De fait, la loi familiale au travers des ajustements de plus en plus courants ne dispose plus d'un esprit clair. Cette faillite de la loi pousse le juge, comme l'explique très bien le professeur Bernabé, à recourir aux principes directeurs : « *dans nombre de cas, la loi française ne suffit plus à fonder une décision juste. Seuls demeurent les grands principes susceptibles de garantir l'équivalence des repères et des solutions* »⁹⁰⁵. Seulement, en ce qui concerne ce type de norme, le vrai pouvoir ne réside pas dans le fait de les dire mais dans la liberté de les appliquer selon son interprétation. Or, c'est justement la mission du juge. Car, et c'est peut-être là où le bâble, ces principes ont une telle généralité que de multiples interprétations sont possibles. En effet, les principes directeurs offrent une voilure importante, voire dangereuse, aux vents des interprétations.

404. L'exemple du principe directeur de monogamie. - Si nous prenons l'exemple du principe de monogamie, nous pouvons constater que, comme nous l'avons vu précédemment, la loi tend aujourd'hui à le renforcer⁹⁰⁶. Pourtant, la jurisprudence, sans que la loi ne change à ce sujet, modifie la philosophie qui sous-tend le principe de monogamie. En effet, jusqu'à récemment, ce principe commandait une condamnation civile de l'adultère. C'est le résultat de l'irrespect du devoir que pose l'article 212 du Code civil. Pourtant la justice, au-delà du cadre du divorce qui prouve un peu plus chaque jour que l'infidélité est de moins en moins une faute⁹⁰⁷, semble ne plus vouloir condamner tout ce qui encourage l'infidélité⁹⁰⁸. Ceci est tellement vrai aujourd'hui que la promotion de sites internet proposant des relations infidèles

⁹⁰⁴ Le même constat semble pouvoir être fait notamment en droit de la bioéthique comme l'explique J. Le Gars, *op. cit.*, spéc. p. 19, citant M.-A. Hermitte : « *la lente érosion des principes directeurs de la loi de 1994 et la mise à l'écart de la loi et de la réglementation au profit de la régulation abandonnée à l'Agence de biomédecine dressent un contexte favorable au développement des différentes libertés requises par les projets transhumanistes, libertés reproductive, libertés morphologiques, égalité entre toutes les formes de vie, les sciences étant convoquées comme prestataires au service des libertés* ».

⁹⁰⁵ B. Bernabé, « Redécouvrir l'office créateur du juge », *op. cit.*, spéc. p. 29.

⁹⁰⁶ V. *supra*, n° 109.

⁹⁰⁷ V. *infra*, n° 439.

⁹⁰⁸ V. notamment : Cass., ass. plén., 29 oct. 2004, n° 03-11.238 : *D.* 2004. 3175, et les obs., note D. Vigneau ; *ibid.* 2005. 809, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJ fam.* 2005. 23, obs. F. Bicheron ; *RTD civ.* 2005. 104, obs. J. Hauser. En l'espèce, une libéralité faite dans l'espoir du maintien d'une relation adultère n'est pas contraire aux bonnes mœurs.

relève de la liberté d'expression et seuls les époux peuvent invoquer l'obligation de fidélité⁹⁰⁹. Par l'effet de pondération qui anime les principes directeurs, nous voyons que la liberté d'expression dans le cas de la publicité est plus importante en l'espèce que le principe de monogamie qui irrigue pourtant le droit de la famille.

Ainsi, depuis la libéralisation des mœurs de ces dernières décennies, l'obligation de fidélité a perdu de sa vigueur. Il ne faut cependant pas confondre adultère et polygamie : le premier ne met pas sur le même plan les deux relations entretenues contrairement au second. La différence pourrait, par exemple, se démontrer par l'existence ou non d'un toit commun aux trois protagonistes. Il n'en reste pas moins que l'affaissement du caractère obligatoire de la fidélité va de pair avec un recul du principe de monogamie puisque l'entretien d'une relation extraconjugale est un premier pas vers la reconnaissance d'une relation polygame. Les juges renvoient ainsi le devoir de fidélité à une affaire strictement privée alors même que le mariage est un contrat des époux devant la société. Ce changement de paradigme intervient sans aucune évolution législative et change dans le même temps l'esprit qui anime le principe de monogamie.

B) Le recul de l'application des principes de droit de la famille visés par la Cour de cassation

405. Annonce du plan. - En écartant l'application d'un principe visé, le juge ne décide pas seulement pour le cas d'espèce, mais précise le régime juridique de ce principe dans les discussions futures. L'étude des dernières décisions démontre que, globalement, les principes visés ont une dynamique négative. Cette dévaluation se perçoit à travers deux constats que sont l'amoindrissement du champ d'application des principes d'une part (1) et l'absence de toute nouvelle création de principe d'autre part (2).

1. L'amoindrissement du périmètre des principes visés par la Cour de cassation

406. Le recul du champ d'application des principes visés. - L'ensemble des principes que nous abordons a été visé entre les années soixante-dix et quatre-vingt. Depuis lors, le droit de la famille a énormément évolué. Il est donc normal que le champ juridique que couvrent les

⁹⁰⁹ Civ. 1^{ère}, 16 déc. 2020, n° 19-19.387 : *Dr. fam.*, fév. 2021, note J.-R. Binet. ; *D.* 2021. 453, note C. Bigot ; *AJ fam.* 2021. 61, obs. J. Houssier ; *RTD civ.* 2021. 107, obs. A.-M. Leroyer.

principes se transforme au fil des discussions. Ainsi, sur les six principes visés que nous avons étudiés, seul le principe *infans conceptus* a vu son champ d'action s'étendre notamment au préjudice d'affection⁹¹⁰. Ce phénomène peut être expliqué par plusieurs facteurs comme le fait que notre droit de la famille est aujourd'hui plus « pédo-centré » qu'auparavant, ce sur quoi cette étude reviendra⁹¹¹. Pour les cinq autres principes, nous remarquons que la jurisprudence tend, au mieux à la constance, mais la plupart du temps à la réduction du champ d'action. Les souvenirs de famille sont une espèce menacée d'extinction⁹¹² ; le nom de famille, à force de liberté et d'égalité, répond à des principes de plus en plus dépendants de la casuistique⁹¹³ ; les volontés individuelles réduisent la portée de l'indisponibilité de l'état des personnes⁹¹⁴ ; le non arréage des aliments croule sous les exceptions⁹¹⁵ et il n'y a guère que le don manuel qui bénéficie des mêmes critères originels d'existence⁹¹⁶.

407. Les raisons du recul du champ d'application des principes visés. - Deux explications peuvent être données pour comprendre ce phénomène de réduction.

La première résulte de la nature subsomptive des principes visés par la Cour de cassation. Le fait est qu'il n'existe plus une vision de la famille en tant que groupe défini. La décomposition de la famille, l'accès à différentes propositions d'alliance, la déstructuration de la filiation ne permettent plus aujourd'hui de poser des règles catégoriques ou, seulement de manière limitée. Nous assistons aujourd'hui, en droit de la famille, au passage de règles générales, communes à tous, à des décisions individualisées. Les principes n'échappent pas à ce phénomène puisqu'étant par nature des règles d'applications strictes, ils ne répondent plus à cette exigence d'adaptation. Désormais toute contrainte de la sphère intime des individus, dont relève la famille, doit être limitée autant que possible. Cela nécessite pour le juge de justifier toute entrave et, *in fine*, d'écartier les normes juridiques en vigueur dans certains cas. Il est donc logique que la plupart des principes visés voient leur périmètre se réduire ou du moins que leur concours ne soit plus systématique.

La seconde raison, qui rejoint en quelque sorte la première, tient en cette fameuse locution latine : « *Non ut ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est, regula fiat* »⁹¹⁷ qui signifie que le droit n'est pas tiré de la règle, mais la règle est tirée du droit existant. Du fait de la multiplication

⁹¹⁰ V. *supra*, n° 206.

⁹¹¹ V. *infra*, n° 444.

⁹¹² V. *supra*, n° 166.

⁹¹³ V. *supra*, n° 173 et s..

⁹¹⁴ V. *supra*, n° 224 et s..

⁹¹⁵ V. *supra*, n° 270.

⁹¹⁶ V. *supra*, n° 240 et s..

⁹¹⁷ D. 50, 17, 1, Paul. V. A. Schiavone, *Ius. L'invention du droit en Occident*, trad. fr. Paris 2008, spéc. p. 358.

des textes, de l'agrégation de différentes conventions internationales d'application directe, d'une « *judiciarisation* »⁹¹⁸, il existe aujourd'hui un délitement de la norme au sein du droit de la famille⁹¹⁹ auquel n'échappent pas les principes. Au sein des textes écrits, cette décomposition se traduit par une refonte régulière des textes afin de s'adapter rapidement sans que la cohérence d'ensemble puisse leur permettre de tenir la même place d'autorité qu'auparavant. Comme le soulignait Jean Carbonnier, « *il faut se garder d'une législation des cas cliniques* »⁹²⁰. Au sein des principes, dont la force est de pouvoir s'adapter au gré des espèces, il y a un rétrécissement de leur étendue et donc dans le même temps leur effectivité. Le risque du recul des règles subsomptives est de créer une insécurité juridique qui est pourtant primordiale en droit de la famille⁹²¹. En effet, seule l'application de règles subsomptives peut être prévisible.

Ainsi, les règles d'application stricte ont tendance à se fragiliser, les écrits d'une part en se multipliant et les principes d'autre part en devenant inopérant et, comme nous allons le voir en perdant tout dynamisme dans la création.

2. L'absence de tout nouveau principe visé par la Cour de cassation

408. Le constat de l'absence de nouveau principe en droit de la famille. – Depuis la moitié du XX^{ème} siècle, jusqu'au début des années 2000, les principes semblaient croître de manière générale⁹²². Cependant, il n'existe aucune création de principe visé en droit de la famille depuis 1992 où l'indisponibilité de l'état des personnes a été proclamée. Cela fait donc plus de trente ans que la Cour de cassation n'a pas eu l'occasion d'élaborer de nouveaux principes au sein de cette branche du droit. Pourtant, la perte de valeur du législatif de ces dernières années, du fait de la multiplication des lois, aurait dû favoriser l'émergence de nouveaux principes. En effet, « *le judiciaire est poussé en première ligne par des institutions politiques en voie de décomposition* »⁹²³. Ainsi, les principes de droit qui sont par nature *contra legem* et dont l'application dépend pleinement de la jurisprudence ont tout pour proliférer sur un terreau législatif cacochyme. Alors certes, il ne faut, selon certains, utiliser les principes

⁹¹⁸ Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *La Famille*, op. cit., n° 48, spéci. p. 41.

⁹¹⁹ Ce délitement pourrait donner raison au légiste chinois Chou-hian qui écrivait en 536 av. J.-C. : « *Quand un État est sur le point de périr, les réglementations s'y multiplient* ».

⁹²⁰ J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Defrénois, 1995, spéci. p. 57-58.

⁹²¹ V. en ce sens : « *En droit des personnes et de la famille les sujets ont droit, comme dans d'autres branches juridiques, à des solutions cohérentes donc prévisibles. C'est une exigence démocratique encore plus essentielle dans un tel domaine* ». J. Hauser, « Décadence et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille à la fin du XXe Siècle », in mél. à la mémoire de D. Huet-Weiller, *Droit des personnes et de la famille*, L.G.D.J., spéci. p. 238.

⁹²² Ph. Malaurie et L. Aynès, *Introduction générale au droit*, L.G.D.J., 5^e éd., spéci. p. 299. Les auteurs expliquent que de 1948 jusqu'en 2008, 113 principes ont été visés par la Cour de cassation.

⁹²³ P. Ricoeur, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, préf. à l'ouvrage d'A. Garapon, O. Jacob, 1996, spéci. p. 12.

qu'avec parcimonie car « *ils ne peuvent être justifiés que par référence à la « justice », laquelle est chose trop labile pour être utilisée à tout bout de champ par les juges* »⁹²⁴. Cependant, cette absence de toute création n'est pas causée par l'absence de toute injustice.

D'ailleurs, si aujourd'hui la jurisprudence relative à toutes les autres branches du droit semble dans la même dynamique de baisse de production normative, nous constatons que la jurisprudence familiale a depuis très longtemps cessé de créer des principes. Ainsi nous savons, qu'entre 1997 et 2008, il y a eu 38 nouveaux principes visés. Seulement un seul aurait pu être rapproché du droit patrimonial ou du droit des personnes : le principe selon lequel le patrimoine est indissociablement lié à la personne⁹²⁵. Malgré tout, quelques principes continuent d'apparaître dans certains visas comme en procédure civile où, pour la première fois, le principe d'estoppel ou le principe « selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui »⁹²⁶ a été visé, ou encore, le principe bien connu mais jamais visé jusqu'à récemment « de non-cumul des responsabilités délictuelles et contractuelles »⁹²⁷. Cela n'est cependant pas le cas en droit de la famille.

409. L'exemple du principe d'indisponibilité du corps humain. - Pourtant, certains principes sont restés au seuil de la consécration comme celui de l'indisponibilité du corps humain. Nous ne serions pas libres de disposer de notre propre chair. Le corps peut, en effet, se définir comme l'enveloppe tangible de la personne. Cela n'est cependant pas suffisant pour le caractériser. De par sa dimension symbolique et par sa consubstantialité à l'esprit humain, le corps a un caractère hautement respectable. Il est une unité dont les éléments ont diverses importances selon la fonction vitale qu'ils revêtent : un cheveu n'est pas aussi important qu'un cœur. Cependant, la vie qui anime le corps n'est pas la raison de son traitement différencié. Le corps est nécessaire au mouvement de l'être mais lorsque l'être n'est plus, le corps dont les mouvements ont cessé, reste une représentation de la personne. De ce fait le corps ne doit pas se réduire à la personne qui l'habite et doit, indépendamment de la personne, avoir un traitement juridique protecteur.

⁹²⁴ P. Brunet, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », *op. cit.*

⁹²⁵ Com. 12 juill. 2004, n° 03-12.672 : *D.* 2004, AJ p. 2160 ; *JCP E* 2005, 131, n° 8, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; *Bull. Joly* 2004, p. 1554, note C.-M. Bénard.

⁹²⁶ Com. 20 sept. 2011, n° 10-22.888 : *D.* 2011. 2345, obs. X. Delpech ; *D.* 2012. 167, chron. C. Maréchal ; *RTD civ.* 2011. 760, obs. B. Fages ; *JCP* 2011. 1250, note D. Houtcreff, et 2011. 1397, note S. Amrani-Mekki ; V. J. Mestre, « Vers l'avènement d'un nouveau principe général du droit », *RLDC* 11/2011. Dans le cadre d'un divorce, v. : Civ. 1^{ère}, 27 juin 2018, n° 17-20.780 : *JurisData* n° 2018-011343 ; *Dr. fam.* oct. 2018, comm. 238, note J.-R. Binet.

⁹²⁷ Com. 27 mars 2019, n° 16-24.630.

Ainsi, peut-être pour faire face aux nouvelles pratiques qui émergent durant la seconde moitié du XX^{ème} siècle⁹²⁸, la Cour de cassation a fait évoluer sa jurisprudence et ne s'est plus appuyée seulement sur l'ancien article 1128 du Code civil. Elle a en effet fait mention de ce principe au sein de l'arrêt dit des « mères porteuses » pour condamner ce qui était un contrat de gestation pour autrui⁹²⁹. Sans être visé, le principe d'indisponibilité du corps humain, en l'occurrence celui de la femme⁹³⁰, a été cité dans l'attendu final de la Cour de cassation. En effet, ce principe n'a jamais fait l'unanimité au sein de la doctrine, les uns estimant qu'il n'existe pas⁹³¹ notamment du fait de ses nombreuses exceptions, les autres soutenant son importance au sein de notre droit⁹³². Il semble qu'en refusant de le viser, la Cour de cassation n'a jamais su trancher elle-même cette question. Ce principe est l'exemple même d'un cheminement que la Cour de cassation n'a pas su ou n'a pas vouluachever. Il est fort peu probable qu'il soit visé dans les années qui viennent.

410. Conclusion section 1. - Le juge par le truchement des nouveaux contrôles, tel que celui de la proportionnalité, et du recours grandissant des standards juridiques, écarte régulièrement l'application de la loi mais également des principes qu'il a pourtant lui-même visés. Cette double relégation n'est pas incohérente lorsque nous comprenons que les principes sont créés

⁹²⁸ Il est vrai que ces dernières décennies le juge s'est souvent retrouvé dans la situation délicate de répondre à des conflits totalement inédits et plus particulièrement au sein du droit de la famille : « *Qu'une situation non anticipée survienne, ou qu'une question embarrassante émerge, et ce sont les autres sources qui doivent intervenir, et particulièrement le juge, qui est le seul à ne pouvoir esquiver la question en s'abstenant de répondre* ». P. Deumier, « Le droit de la famille vu par ses sources », in *mél. en l'honneur de C. Neirinck*, LexisNexis, 2015, spéc. p. 234.

⁹²⁹ Ass. plén., 31 mai 1991 : *D.* 1991. 417, rapp. Y. Chartier et note D. Thouvenin ; *JCP* 1991-I-21752 comm. J. Bernard, concl. H. Dontenville et note F. Terre ; *RTD civ.* 1991. 517, observ. D. Huet-Weiller et plus généralement V. J. Rubellin-Devichi, « Procréation assistée et stratégies en matière de filiations », *JCP* 1991-I-3505.

⁹³⁰ Pour un avis contraire V. : S. Le Gac-Pech, « Pour une indispensable légalisation des conventions de mère porteuse », *AJ fam.* 2016. 486 : « *Pourquoi une femme dotée de sa pleine capacité juridique n'aurait-elle pas droit de disposer de son corps ?* » Si l'indisponibilité protège l'individu contre lui-même, il semble qu'une partie de la doctrine souhaite que la seule volonté soit la boussole de ce qui est toléré aujourd'hui.

⁹³¹ V. en ce sens : J.-C. Galloux, « Réflexions sur la catégorie de choses hors du commerce ; l'exemple des éléments et produits du corps humain en droit français », *Les Cahiers de Droit*, Montréal, 1989, Vol. 30, n° 4, spéc. pp. 1011-1032. V. également : M. Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et le principe d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD civ.*, vol. 91, n° 3, 1992, pp. 489-528 ; J. Morange, *Droits de l'homme et libertés publiques*, P.U.F., coll. « Droit fondamental », Paris, spéc. p. 511. D'une façon plus générale : S. Hennette-Vauchez, *Disposer de soi ?*, préf. E. Picard, L'Harmattan, coll. « Logiques Juridiques », pp. 447. Ce constat d'absence d'effectivité d'un principe d'indisponibilité du corps humain est ancien : « *La personne humaine se commercialise, elle se patrimonialise ; nous serions tentés de dire qu'elle s'américanise* », L. Josserand, « La personne humaine dans le commerce juridique », *DH* 1932, chr. 1.

⁹³² V. en ce sens : J.-R. Binet, « Le droit et le statut spécifique du corps humain », *Revue générale de droit médical*, 01/06/2009, n°31, pp. 15-24 ; A. Sériaux, « Le principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain », in A. Sériaux, *Le droit, la médecine et l'être humain, propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^{ème} siècle*, Aix, P.U.A.M. ; A. Mirkovic, « La protection de la personne en son corps en droit civil », *Dr. fam.*, juin 2018, pp. 8-11. Également : C. Neirinck, « L'indisponibilité du corps humain », in G. Koubi (dir.), *Propriété et Révolution*, Toulouse, CNRS, 1990, pp. 263-276, spéc. p. 264 ; F. Cabrillac, *Le droit civil et le corps humain*, th. Montpellier, 1962. V. notamment la formule : « *Si le principe selon lequel le corps humain est indisponible n'existe pas, rien n'empêche de commencer à le faire exister* ». M.-A. Hermite, cf. étude de Mme M.-L. Rassat, « Le statut juridique du placenta », *JCP* 1976.I.2777. V. enfin : CE, *Sciences de la vie : de l'éthique au droit*, La Documentation Française, 1988, spéc. p. 16 : « *Ce principe [l'indisponibilité du corps humain] n'existe pas en tant que règle juridique explicite ; il n'est reconnu que de manière implicite, déduit de l'article 1128 du Code civil* ».

par opposition à la loi. Il existe une articulation entre les règles légales et les principes⁹³³ ce qui permet une unité rationnelle. De cette façon et jusqu'à présent, les normes écrites restaient au centre du discours juridique. Le juge, en utilisant aujourd'hui des règles qui n'ont aucun lien avec les textes, pas même antagonistes, devient pleinement indépendant vis-à-vis de la loi puisque ses décisions ne se formulent plus par rapport à elle.

⁹³³ V. en ce sens : F. Moderne, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA* 1999. 722.

Section 2. L'impact sur les principes de l'application de normes extérieures au droit de la famille

411. L'affaiblissement du droit de la famille. - Depuis quelques années maintenant, le droit de la famille a tendance à s'effacer face à d'autres branches du droit qui, par une série d'assauts, grignotent régulièrement son terrain d'application. La principale cause de cette dévaluation peut être celle de l'affaiblissement de l'ordre public familial⁹³⁴. La législation tend à faire reculer les textes d'ordre public, en tous cas en ce qui concerne celle de direction. Certains auteurs⁹³⁵, s'appuyant sur l'exemple de la circulaire émanant du ministère de la justice en 2013⁹³⁶, ont même considéré que des textes de moindre importance desservraient les règles d'ordre public. Cette dernière demandait de faciliter la délivrance de certificat de nationalité aux enfants nés par GPA à l'étranger, pratique qui est frappée d'une interdiction d'ordre public. Sur ce dernier point le Conseil d'État a précisé que ce texte n'était pas contraire à l'article 16-9 du Code civil puisque le respect de la vie privée de l'enfant serait supérieur à la préservation de l'ordre public⁹³⁷.

Quoiqu'il en soit, l'attendrissement de la norme ouvre la possibilité de recourir à des normes extérieures au droit de la famille notamment à travers deux phénomènes. D'une part, nous faisons face à une internationalisation des relations familiales. Cette évolution a conduit à une prise en compte des lois étrangères et à une coopération internationale accrue⁹³⁸. D'autre part, il y a depuis quelques années une contractualisation croissante du droit de la famille. La place désormais donnée à la volonté individuelle, la conviction des bienfaits d'une résolution des

⁹³⁴ V. sur ce sujet : J. Hauser, « L'ordre public dans les relations de famille. Rapport français », *Travaux de l'association H. Capitant*, t. XLIX, Journées libanaises, L'ordre public, 2001, p. 475 et s., spéc. p. 489 ; M. Grimaldi, « Liberté contractuelle et ordre public de la famille », *Gaz. Pal.* 11 avr. 2017, n° 292d1, p. 11 ; Ch. Masson, « L'ordre public familial en péril ? », *RTD civ.* 2018, 209.

⁹³⁵ V. N. Mathey, « Circulaire Taubira. Entre illusions et contradictions », *JCP* 2013. 162 ; J.-R. Binet, « Circulaire Taubira : ne pas se plaindre des conséquences dont on hérité les causes », *JCP G* n° 7, 2013. 161 ; M. Fabre-Magnan, « Le refus de la transcription : la Cour de cassation gardienne du Droit », *D.* 2013. 2384 ; A. Dionisi-Peyrusse, « GPA : la « circulaire Taubira » est validée », *AJ fam.* 2015. 53 ; A. Mirkovic, « GPA à l'étranger : une circulaire séisme la pagaille », *Dict. perm. Bioéthique, Bull. déc.* 2013 ; C. Neirinck, « Transcrire sur les registres de l'état civil français les actes de naissance établis à la suite d'une GPA : une erreur juridique », *Dr. fam.* n°7-8, 2015, comm. 145.

⁹³⁶ Circ. Min. Justice n° NOR JUSC1301528C, 25 janv. 2013.

⁹³⁷ CE, 12 déc. 2014, n° 367324, n° 366989, n° 366710, n° 365779, n° 367317 et n° 368861 : *D.* 2015. 357, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon.

⁹³⁸ Sur ce sujet, v. notamment : M.-T. Meulders-Klein, « Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ? », in *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille, Actes du Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé*, Université Lille II, L.G.D.J., 1996, pp. 180-213.

conflits à l'amiable et la nécessité de délester les activités judiciaires⁹³⁹ ont encouragé le recours aux conventions.

412. Annonce du plan. - Ces deux phénomènes ont eu plutôt pour effet d'affaiblir les principes. En effet, ils peuvent être écartés en raison de la prise en compte du droit international ou étranger (§1). Par ailleurs, les individus peuvent contourner certains principes par le recours aux moyens contractuels (§2).

§1 L'internationalisation des rapports familiaux ou du règlement des conflits

413. Annonce du plan. - Selon les chiffres de l'I.N.S.E.E., en 2015, vingt-sept pour cent des mariages ayant concerné au moins une personne de nationalité française sont des mariages mixtes⁹⁴⁰. Ainsi, la famille n'échappe pas à la mondialisation des échanges. Il existe aujourd'hui, en ce qui concerne la famille, comme dans tous les pans de notre société, une internationalisation croissante. Ce phénomène a des conséquences sur l'effectivité des principes de droit puisque leur application se retrouve confrontée à la prise en compte nécessaire des droits étrangers (A) et à de nouveaux degrés d'interprétation, comme celle de la Cour européenne des droits de l'homme (B).

A) L'incidence des droits étrangers sur l'application des principes de droit de la famille.

414. La famille face à la mondialisation. - La famille, plus que toute autre institution, est forgée par les mœurs et l'histoire d'un État. C'est pourquoi l'internationalisation de cette branche du droit est plus délicate. Bien qu'elle puisse sembler être le « *bastion des particularismes nationaux* »⁹⁴¹, la famille n'échappe pas au phénomène de la mondialisation du

⁹³⁹ Il y a actuellement un développement de l'arbitrage en droit de la famille afin de désengorger les tribunaux. V. sur ce sujet : G. Barbe, « Comment intégrer un arbitrage dans une instance judiciaire en droit de la famille », *Dr. fam.*, n° 7-8. 2021, spéc. pp. 9-13.

⁹⁴⁰ Source Insee première, n° 1638, mars 2017. <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2656612>.

⁹⁴¹ Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *La famille*, op. cit., n° 61, spéc. p. 48.

droit, notamment par des pratiques tel que le « forum shopping »⁹⁴² ou le tourisme procréatif⁹⁴³. Le juge se retrouve bien souvent dans l’obligation de moduler le droit de la famille français en fonction du droit étranger ce qui tend à une globalisation de la société humaine. C’est ainsi, que la Cour de cassation a régulièrement recours directement aux principes de droit international privé⁹⁴⁴. Ce qui est interdit sur notre sol peut être permis à l’étranger et produire des effets sur notre sol⁹⁴⁵. Or, la reconnaissance juridique de ces lois étrangères contraires à notre droit peut conduire à la mise à l’écart de certains principes. Cela affecte dès lors leur effectivité. Le principe d’indisponibilité de l’état des personnes a peu à peu disparu de la jurisprudence de la Cour de cassation du fait de la pratique tolérée de la GPA à l’étranger par exemple⁹⁴⁶.

415. L’exemple du divorce par khôl’â. - Cette atteinte aux principes du fait des pratiques étrangères peut également concerner les principes directeurs, même ayant une valeur morale importante. L’exemple du divorce par khôl’â ou le divorce par compensation qui peut être prononcé en Algérie montre une reconnaissance délicate en France par rapport au principe d’égalité homme-femme. Dans cet État du Nord de l’Afrique, un mari peut répudier sa femme unilatéralement. L’épouse, à l’inverse, ne peut divorcer sans le consentement de son époux, qu’à condition de verser une certaine somme d’argent. En cas de désaccord sur le montant de la somme avec l’époux délaissé, le juge, en vertu de l’article 54 du Code algérien fixera la somme à verser. Ainsi, le fait même que l’homme et la femme n’aient pas les mêmes conditions d’accès au divorce porte atteinte au principe d’égalité si important au sein de notre droit et encore plus particulièrement en droit de la famille⁹⁴⁷. L’interrogation porte alors sur l’acceptation ou non d’une telle violation par le juge français. La Cour de cassation a récemment

⁹⁴² Expression caractérisant le fait de choisir la juridiction la plus à même d’être favorable à ses propres intérêts. V. sur ce sujet : J. Ouerghi, *Le détournement de la loi compétente et le forum shopping en droit international privé de la famille*, th. ss. dir. F. Boulanger, Paris, 2006.

⁹⁴³ V. sur ce sujet : H. Bosse-Platière, « Le tourisme procréatif. L’enfant hors la loi française », *Information sociales*, 2006/3, pp. 66-99 ; C. Brunetti-Pons, « Le « tourisme procréatif », porte ouverte au trafic d’enfants et à l’exploitation de la misère ? », *Les Cahiers de la justice*, 2016/2, pp. 249-264 ; J.-J. Lemouland, « Le tourisme procréatif », *LPA*, 2001, n° 62, p. 84 ; D. Sindres, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *JDI*, 2015, pp. 429-504.

⁹⁴⁴ « Vu les principes du droit international privé français en matière de régimes matrimoniaux... » : Civ. 1^{ère}, 6 juill. 1988, n° 86-16.499 : Bull. civ. I, n° 224, p. 157 ; *Rev. crit. DIP* 1989, p. 360, note G. Khairallah ; *JDI* 1989, p. 715, note G. Wiederkehr. « Vu [...] les principes du droit international privé qui gouvernent le droit des successions et des libéralités » : Civ. 1^{ère}, 18 oct. 1988, n° 86-16.631 : Bull. civ. I, n° 293, p. 199 ; *JCP* 1989, éd. G. II, 21259, note J. Prévault ; *JDI* 1989, p. 349, note D. Alexandre ; *Rev. crit. DIP* 1989, p. 369. « Vu les principes du droit international privé relatifs au statut personnel... » : Civ. 1^{ère}, 25 juin 1991, n° 90-05.015 : Bull. 1991, I, n° 210, p. 138 ; *JCP G* 1992, II, 21798, note H. Muir-Watt ; *D.* 1992. 51, note J. Massip ; *JDI* 1991, p. 975, note H. Gaudemet-Tallon.

⁹⁴⁵ V. notamment le rapport d’information n° 409 (2015-2016) du 17 fév. 2016, « Quelle réponse apporter au contournement du droit français par le recours à l’AMP et à la GPA à l’étranger ? », fait au nom de la commission des lois du Sénat, ss. dir. Y. Détraigne et C. Tasca, <https://www.senat.fr/rap/r15-409/r15-4091.pdf> : « les interdits structurants édictés par le droit national sont mis à l’épreuve du fait accompli et le juge est sommé de faire produire des effets, dans l’ordre juridique français, à des situations créées à l’étranger en contradiction avec le droit national ».

⁹⁴⁶ V. *supra.*, n° 231.

⁹⁴⁷ V. *supra.*, n° 64 et s..

donné sa réponse⁹⁴⁸, laquelle prouve encore une fois que principe directeur diffère de la notion d'ordre public international. Cette décision confirme que le principe d'égalité n'a un caractère essentiel seulement lorsque cela concerne le statut parental et non conjugal. Les préalables à une telle reconnaissance sont donnés dans l'arrêt : il faut que ce soit l'épouse qui demande une telle reconnaissance, qu'il n'y ait eu aucune fraude et que l'époux ait pu, au moment de la procédure, faire valoir ses droits.

Ainsi, le principe d'égalité est écarté lors de la présence d'un élément d'extranéité si la personne lésée le demande. Cela démontre l'effectivité de la norme du principe, même directeur, dont l'application dépend du point de vue d'un individu et n'est de ce fait plus intangible. Les principes ne donnent plus une direction générale mais ne servent qu'à protéger individuellement les personnes.

416. Différence de traitement en interne et en externe. - Le risque est alors que le respect de ces principes soit plus contraignant pour les affaires internes que pour les litiges dont l'origine est issue du droit étranger. Se pose alors la question des conséquences d'une telle jurisprudence sur notre droit de la famille. La remise en cause de nos principes de droit, même justifiée par un élément d'extranéité, affaiblit l'effectivité de ces derniers, sauf à accepter un traitement différencié des justiciables. La reconnaissance de pratiques pourtant interdites sur notre sol devient un argument pour ceux voulant faire évoluer notre droit de la famille interne⁹⁴⁹. Ainsi, les principes pourraient disparaître si la tolérance exercée vis-à-vis des droits qui ne les appliquent pas est trop forte.

⁹⁴⁸ Civ. 1^{ère}, 17 mars 2021, n°20-14.506 : *JCP G*, n° 18, 2021. 486, comm. M. Farge ; *AJ fam.* 2021. 303, note Boiché ; *Rev. crit. DIP* 2021. 662, note M.-L. Niboyet ; *Gaz. Pal.* 25 mai 2021 n° 422b5 p. 17, note S. Ramaciotti. Pourtant, depuis presque vingt ans, la Cour de cassation refusait, semble-t-il, de reconnaître ce type de divorce du fait de cette inégalité de traitement : Civ. 1^{ère}, 17 fév. 2004, n° 01-11.549 et n° 02-11.618 : *JCP G* 2004, II, 10128, note H. Fulchiron ; *AJ fam.* 2004. 140, obs. S. David ; *D.* 2004. 824, concl. F. Cavarroc ; *ibid.* 2005. 1192, obs. P. Courbe et H. Chanteloup ; *Rev. crit. DIP* 2004. 423, note P. Hammje ; *RTD civ.* 2004. 367, obs. J.-P. Marguénaud ; *GADIP*, n° 63/64, p. 575 ; P. Courbe, « Le rejet des répudiations musulmanes », *D.* 2004. 815. Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2009, n° 08-20.574 : *AJ fam.* 2010. 86, obs. A. Boiché ; *D.* 2010. 543, obs. I. Gallmeister, note G. Lardeux ; *ibid.* 1243, obs. G. Serra et L. Williatte-Pellitteri ; *Rev. crit. DIP* 2010. 313, ét. Khalid Zaher. Civ. 1^{ère}, 18 mai 2011, n° 10-19.750 : *RLDC* 2011/84, n°4315, p. 44, obs. E. Pouliquen. Civ. 1^{ère}, 23 oct. 2013, n° 12-25.802 : *AJ fam.* 2013. 709, obs. A. Boiché ; *D.* 2013. 2518 ; *RTD civ.* 2014. 94, obs. J. Hauser. *Addé*, M.-C. Najim, La Cour de cassation française et la répudiation musulmane. Une décennie après l'entrée en vigueur des réformes du droit de la famille au Maroc et en Algérie, *JDI* n° 3, juill. 2015. Doctr. 7, p.791.

⁹⁴⁹ Le fait de pouvoir pratiquer les PMA à l'étranger était un des arguments de ceux qui défendaient la PMA dite pour toutes. V. tribune menée par R. Frydman et 130 médecins et biologistes, « Nous, médecins, avons aidé des couples homosexuels à avoir un enfant même si la loi l'interdit », *Le Monde*, 16 mars 2016, https://www.lemonde.fr/idees/article/2016/03/17/pour-la-creation-d-un-veritable-plan-contre-l-infertilité_4884871_3232.html.

B) L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les principes de droit de la famille

417. Définition de la Cour européenne des droits de l'homme. - La Cour européenne des droits de l'homme a été instituée en 1959 par le Conseil de l'Europe afin d'assurer le respect de la Convention éponyme. A travers cette juridiction, la Convention a interféré efficacement dans notre droit aussi bien au niveau de nos textes législatifs que de notre jurisprudence⁹⁵⁰. De fait, « *les dernières mutations de notre droit des personnes et de la famille sont, en très grande partie, le résultat de cette confrontation* »⁹⁵¹. Cette remarque est d'autant plus vraie que la Cour EDH se permet d'intervenir dans certains cas purement privés⁹⁵², ce qui ne relevait pas à l'origine de ses prérogatives. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour laquelle la question prioritaire de constitutionnalité a été mise en place. Sans cette procédure le risque était que le contrôle ne résida qu'entre les mains d'une Cour supranationale faisant perdre d'autant notre souveraineté juridique⁹⁵³.

418. Annonce du plan. - Cette influence n'échappe pas aux principes comme nous avons pu le voir pour l'interprétation du principe relatif au nom de famille considéré comme un élément de la vie privée et familiale de l'individu⁹⁵⁴ mais aussi pour l'indisponibilité de l'état des personnes. Pour ce dernier, c'est bien la Cour européenne des droits de l'homme, en lui

⁹⁵⁰ La Convention européenne étant d'applicabilité directe, l'interprétation qui en est faite par la Cour européenne des droits de l'homme a une action très concrète. Le protocole n° 16 de la Convention européenne des droits de l'homme permet d'ailleurs aux hautes juridictions d'adresser une demande d'avis consultatif auprès de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interprétation du texte ou de ses protocoles.

⁹⁵¹ F. Dekeuwer-Défossez, *Droits de l'homme*, Collection Lamy droit civil, 110-2. V. sur ce sujet : A. Gouëzel et J.-R. Binet, *La CEDH et le droit de la famille*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, coll. « Colloques & Essais », 2021, pp. 174 ; F. Kren et M. Puéchavy (dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylants, 2008 ; A. Thurillet-Bersolle, *Droits européens et droit de la famille : Contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement*, th. ss. dir. de C. Nourissat et V. Bonnet, Université de Bourgogne, 2011 ; P. Hilt, *Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme*, PUAM, 2004 ; C. Brunetti-Pons, « L'impact de l'Union européenne sur le droit de la famille ; aspects extrapatrimoniaux – Mise en relief des grands mouvements d'évolution ; l'exemple du droit français », *Nouveaux acteurs européens et méditerranéens de la société internationale du XXI^e siècle*, cycle de conférence de l'université internationale de Catalogne, Thomson Reuters, Duo, 2016 ; L. Rass-Masson, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, th. ss. dir. Y Lequette, Paris, 2015 ; B. Beignier, « La Convention européenne des droits de l'homme : 70 ans. Bouleversement ou apaisement », *Dr. fam.*, janv. 2021, spéc. p. 1 : « C'est donc un « état d'esprit » que la Convention a contribué à faire entrer, à instiller et à imprégner dans l'ensemble des droits des pays membres du Conseil de l'Europe. Car c'est bien ce qui caractérise toute l'évolution du droit occidental durant ces dernières décennies : le primat de l'individu sur le collectif ».

⁹⁵² V. par ex. : CEDH, 4^e sect. 13 juill. 2004, *Pla et Puncerneau c/ Andorre* : AJDA 2004. 1812, obs. J.-F. Flauss.

⁹⁵³ En ce sens : P. Murat, « La Constitution et le mariage : regard d'un privatiste », N3C avril 2013, n° 39. L'auteur, évoquant l'époque antérieur à l'adoption de la question prioritaire de constitutionnalité, affirme : « Or, suite à la montée de l'individualisme, le droit de la famille est devenu une matière très sensible aux droits fondamentaux, si bien qu'en l'absence de contrôle constitutionnel régulier et sérieux, c'est surtout la Cour européenne des droits de l'homme qui avait accaparé le contrôle de la régularité du droit de la famille aux droits fondamentaux ».

⁹⁵⁴ CEDH, 22 fév. 1994, n° 16213/90, *Burghartz c. Suisse*, op. cit. ; CEDH, 27 sept. 2001, *Golemanova c. Bulgarie*, n° 11369/04 ; CEDH, 5 déc. 2013, n° 32265/10, *Henry Kismoun c/ France* ; CEDH, 7 janv. 2014, n° 77/07, *Cusan et Fazzo c. Italie* : RTD civ. 2014. 305, obs. J.-P. Marguénaud. V. sur ce sujet : C. Marie, « Florilège législatif et jurisprudentiel en matière de nom », *Dr. fam.*, avril 2018, pp. 16-19.

préférant d'autres normes, qui a réduit son action. En effet, ce qui caractérise la Cour européenne des droits de l'homme, c'est qu'elle « *ne recherche pas les principes communs aux droits des États contractants (interprétation consensuelle) mais étend la Convention par diverses techniques : elle forge des notions autonomes* »⁹⁵⁵. C'est ainsi que naissent des principes propres au Conseil de l'Europe et qui éludent nos principes internes. Nous verrons deux exemples, d'une part, la supériorité de l'inviolabilité du corps humain sur le principe d'indisponibilité de l'état des personnes (1) et, d'autre part, l'importance de la vérité biologique pour régler les conflits tenant à la GPA (2).

1) La supériorité de l'inviolabilité du corps humain sur le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes

419. La supériorité initiale du principe d'indisponibilité de l'état des personnes. - Il est courant d'entendre l'énonciation du principe de l'inviolabilité du corps humain. Celui-ci protège les personnes d'une violation de leur corps par autrui tandis que l'indisponibilité les protège contre elles-mêmes. En réalité, il s'agit d'une norme légale, reportée au deuxième alinéa de l'article 16-1 du code civil : « Le corps humain est inviolable ». Cette règle existe de manière écrite depuis la loi bioéthique de 1994 dans notre droit. Malgré le caractère législatif de cette disposition, la Cour de cassation a initialement estimé que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes lui était supérieur. En effet, jusqu'en 2016, elle a exigé une transformation irréversible de l'apparence de la personne désireuse de changer de sexe à l'état civil. Ainsi, il fallait que la personne transsexuelle subisse une intervention médicale afin d'avoir le droit de changer la mention de son sexe à l'état civil. L'intervention chirurgicale assurait un changement irréversible et donc garantissait, d'une part, la pérennité de cette évolution et démontrait, d'autre part, l'absence d'un changement par pure convenance personnelle. Il y avait alors nécessairement une atteinte à la règle de l'inviolabilité du corps humain puisque celle-ci exige qu'il y ait un consentement de la personne lorsqu'il y a une atteinte à l'intégrité corporelle. Or, il est certain que le désir pour la personne transsexuelle de changer son état civil puisse biaiser son consentement et l'inciter à accepter une intervention qu'il aurait refusé si cela ne conditionnait pas son droit à changer de sexe. Si nous analysons justement les choses, selon la jurisprudence d'alors, le droit au respect de la vie privée

⁹⁵⁵ Ph. Malaunie et L. Aynès, *Introduction générale au droit*, op.cit., spéc. p. 252.

permettait d'écartier le principe d'indisponibilité de l'état des personnes mais pas au point de faire primer l'inviolabilité du corps humain.

420. La supériorité donnée par la CEDH à l'inviolabilité du corps humain. - Ce serait en partie en raison de la crainte d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme, qui se confirmera un an plus tard⁹⁵⁶, que le législateur décidera d'imposer la supériorité de l'inviolabilité du corps humain. En effet, cette condamnation était prévisible puisque la Cour européenne des droits de l'homme avait eu l'occasion dans une affaire précédente de préciser sa position⁹⁵⁷. En l'espèce, une personne de sexe féminin à la naissance souhaitait changer de sexe pour être reconnue comme étant un homme. Le droit national de l'individu exigeait alors une stérilisation de la personne au préalable. La Cour européenne des droits de l'homme a considéré que cette demande de l'État est contraire au « droit à l'autodétermination ». De cette affirmation, Jean Hauser dira que le risque est alors que l'état civil soit « *un miroir individualiste soumis à l'autonomie de la volonté* »⁹⁵⁸. Quoi qu'il en soit, le droit à l'autodétermination, qui est un parfait exemple d'une notion autonome développée par la jurisprudence européenne, exige le respect de l'inviolabilité du corps humain. Ainsi, un principe jamais visé évince le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes du fait de l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme. Comme nous pouvons le constater, la simple crainte d'une condamnation fait évoluer notre droit interne que ce soit au niveau de la jurisprudence française ou, comme en l'espèce, au niveau du législateur. En effet, la condamnation de la France en 2017 « *met en évidence le sens de l'anticipation européenne du législateur français* »⁹⁵⁹. Ce constat met en exergue le désir de se conformer sur les positions de la jurisprudence européenne, ce qui bien souvent permet de résoudre des conflits en droit interne⁹⁶⁰. C'est notamment ainsi que le droit français règle les conflits liés à la GPA puisque

⁹⁵⁶ CEDH, 6 avr. 2017, n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13, A.P., *Garçon et Nicot c/ Fr. : JCP G 2017*, act. 504, obs. F. Sudre ; *D. 2017. 1027*, note J.-Ph. Vauthier et F. Vialla ; *AJ fam. 2017. 299*, obs. F. Viney ; *ibid. 329*, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ. 2017. 350*, obs. J. Hauser ; *ibid. 825*, obs. J.-P. Marguénaud.

⁹⁵⁷ CEDH, 10 mars 2015, n° 14793/08, *Y. Y. c/Turquie : JurisData n° 2015-004200* ; *Dr. fam. 2015*, comm. 113 : « *La liberté de définir son appartenance sexuelle est l'un des éléments les plus essentiels du droit à l'auto-détermination* ». Ce droit à l'autodétermination sera repris dans l'arrêt de 2017 : il existe « *un droit à l'autodétermination dont la liberté de définir son appartenance sexuelle est l'un des éléments les plus essentiels* ».

⁹⁵⁸ J. Hauser, « Des conditions du changement de sexe à l'état civil », *RTD civ. 2015. 349*.

⁹⁵⁹ J.-P. Marguénaud, « La reconnaissance du droit à l'identité sexuelle des personnes transgenres », *RTD civ. 2017. 825*.

⁹⁶⁰ L'assemblée plénière de la Cour de cassation a reconnu l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : Cass. ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-17.049 et 10-30.313 : *JurisData n° 2011-006080* ; *D. 2011. 1128*, entretien G. Roujou de Boubée ; *D. 2011. 1713*, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *D. 2012. 309*, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; *AJP 2011. 311*, obs. C. Mauro ; *Constitutions 2011. 326*, obs. A. Levade ; *RSC 2011. 410*, obs. A. Giudicelli ; *RTD civ. 2011. 725*, obs. J.-P. Marguénaud.

le législateur et le juge, semblant paralysés, préfèrent désormais préalablement s'en remettre à l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme⁹⁶¹.

2) L'apprehension de la vérité biologique dans le cadre de la GPA

421. La faveur donnée à la vérité biologique dans une filiation par GPA. - L'exemple de la reconnaissance des enfants nés par GPA à l'étranger est encore une fois judicieux pour démontrer les conséquences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les principes ; celui de l'indisponibilité de l'état des personnes en l'occurrence. La Cour européenne des droits de l'homme ne reconnaît pas ce dernier principe et s'attache à parler de vérité biologique afin de reconnaître les GPA effectuées avec les gamètes du père d'intention. Cette position est surprenante tant il est clair que le biologique est un élément bafoué par cette pratique médicale à la procréation. Pourtant la Cour EDH semble vouloir remettre la vraisemblance biologique au cœur de la filiation, ce qui est pour le moins contradictoire⁹⁶².

En fin de compte la Cour européenne des droits de l'Homme laisse les États relativement libres dans les dispositions prises pour considérer les enfants issus de cette pratique. En revanche, il faut assurer le respect de la vérité biologique et s'assurer que l'intérêt de l'enfant est respecté. C'est ainsi, par exemple, qu'en Italie des parents d'intention qui n'étaient pas les parents biologiques se sont vus séparés de l'enfant issu d'une GPA faite à l'étranger⁹⁶³. Cette décision validée par la Cour européenne des droits de l'homme peut surprendre surtout qu'elle a été rendue quelques jours après la condamnation de la France pour le refus de transcription de la filiation paternelle⁹⁶⁴. Dans ce dernier cas, le père d'intention était aussi le père biologique et la non transcription porterait atteinte à la vie privée de l'enfant. Puisque le biologique est un « élément de l'identité de chacun »⁹⁶⁵, il semble être une limite plus pertinente à la liberté filiative que la réalité sociale.

⁹⁶¹ Cass., ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19.053, demande d'avis consultatif à la CEDH : *Dr. fam.* janv. 2019, comm. 19, note J.-R. Binet ; *AJ fam.* 2018. 613 ; *ibid.* 569, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2018. 847, obs. J.-P. Marguénaud ; *Gaz. Pal.* 2019. 76, obs. I. Rein-Lescastereyres ; *RJPF* 2018. 34, obs. M. C. Le Boursicot ; *JCP* 2018. 1993, obs. A. Gouttenoire.

⁹⁶² Sur la vraisemblance biologique au sein de la filiation V. : F. Terré, Ch. Goldie-Genicon et D. Fenouillet, *Droit civil, La famille*, Dalloz, 2018, n° 433 ; V. Deschamps, *Le fondement de la filiation, De la biologie à l'engendrement, étude sur la cohérence du titre VII du Livre premier du Code civil*, LGDJ, 2019.

⁹⁶³ CEDH, gr. Ch., 24 janv. 2017, n° 25359/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie* : *AJ fam.* 2017. 93, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *D.* 2017. 897, obs. P. Le Maigat, note L. de Saint-Pern ; *ibid.* 663, chron. F. Chénédé ; *ibid.* 729, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 781, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *ibid.* 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *ibid.* 1727, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2017. 301, obs. C. Clavin ; *Rev. crit. DIP* 2017. 426, note T. Kouteeva-Vathelot ; *RTD civ.* 2017. 335, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 367, obs. J. Hauser.

⁹⁶⁴ CEDH, 19 janv. 2017, n° 44024/13, *Laborie c/ Fr. : D.* 2017. 1229, note A.-B. Caire ; *ibid.* 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *RTD civ.* 2017. 335, obs. J.-P. Marguénaud ; *Dr. fam.* 2017, n° 2, comm. 34, H. Fulchiron.

⁹⁶⁵ CEDH, 5^e section, 26 juin 2014, *Mennesson c/ Fr.*, op. cit..

422. Une reconnaissance de la vérité biologique au service d'un raisonnement biaisé. -

En France, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme a donné du grain à moudre à ceux qui défendent l'idée de la transcription des actes de naissance établis à l'étranger suite à une GPA. En effet, le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes serait écarté malgré sa reconnaissance juridique mais pas le principe de l'indivisibilité des filiations paternelles et maternelles en mariage⁹⁶⁶. Par ce biais, cela obligera la Cour de cassation à reconnaître la filiation maternelle lorsque la paternelle l'est du fait de la filiation biologique du père d'intention. Cet argument est un parfait exemple de la manipulation des principes car reconnaître un tel principe dans le cadre de la GPA serait méconnaître le droit de la filiation. Certes, il existe une présomption de paternité du mari lorsque son épouse donne naissance mais cela s'explique par la nature de l'établissement de la filiation paternelle⁹⁶⁷. Celle-ci se fait par une reconnaissance qui est logiquement présumée dans le cadre du mariage. La filiation maternelle reste encore jusqu'à ce jour établie par l'accouchement. Ainsi, il ne saurait exister de présomption de maternité. Certes, la PMA pour les couples de femmes contrevient pour la première fois à la règle « *mater semper certa est* », puisqu'une reconnaissance permet d'établir la seconde mère sans qu'elle ait accouché. Cette exception ne saurait être cependant que d'interprétation stricte et n'induit aucune présomption de maternité puisqu'une reconnaissance est nécessaire.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme étant d'une force supra légale⁹⁶⁸, la doctrine cherche en elle de nouveaux principes quitte à ce que ceux-ci soient en dissonance avec l'esprit de notre droit national et éludent les principes reconnus par la Cour de cassation.

⁹⁶⁶ Pour l'emploi d'un tel principe dans le cadre de la GPA, V. : L. Brunet, « Une solution audacieuse mais pas si téméraire – note ss. Rennes, 6^e ch., sect. A, 12 déc. 2016 », *Dr. fam.* n°4, 2017, ét. 3.

⁹⁶⁷ L'indivisibilité des filiations paternelles et maternelles en mariage a d'ailleurs tendance à s'estomper et ce depuis plusieurs décennies notamment du fait de la volonté de gommer les différences entre filiations légitimes et naturelles. V. en ce sens : J. Bigot, « Indivisibilité ou divisibilité de la filiation après la réforme de la loi de 1972 », RTD civ., 1977, spéc. p. 243. V. de même : J. Rubellin-Devichi, « L'affaiblissement de la présomption de paternité », in *Mariage et famille en question (l'évolution contemporaine du droit français)*, ss. dir. R. Nerson, éd. du C.N.R.S., spéc. p. 121 : « *L'intérêt de l'enfant dicte, selon le législateur, la filiation véritable, et le motif le plus important, le plus essentiel, de l'affaiblissement de la présomption de paternité, tient à ce que, de jour en jour, les incertitudes qui entourent la présomption de paternité se dissipent* ».

⁹⁶⁸ V. à ce propos : V. Lamanda, « le juge judiciaire, juge naturel de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales », in mél. en l'honneur de J.-P. Costa, Dalloz, spéc. p. 368 : « *L'influence grandissante de la Cour de Strasbourg a durablement fait évoluer la relation que le juge judiciaire entretient avec sa loi nationale ; aujourd'hui, le juge français ne s'interdit pas de faire prévaloir les principes du droit européen sur la loi nationale* ».

§2 La contractualisation du droit de la famille

423. Le phénomène de contractualisation. - La famille semble aujourd’hui être un moyen et non plus une fin au bonheur⁹⁶⁹. Désormais, elle doit se conformer aux désirs individuels pour remplir son rôle social. Dans ces conditions, il est difficile de trouver des règles de droit satisfaisantes pour tous. Il est en effet « *bien délicat de statuer dans des questions où des personnes se trouvent directement impliquées, avec leur psychologie, leurs idéaux, leurs souffrances...La vie familiale se satisfait souvent mal du droit* »⁹⁷⁰. La recherche du respect de la vie privée personnelle et familiale conduit les acteurs du droit à se soumettre aux volontés des individus à défaut de ne pouvoir dégager de consensus généraux. C'est ce qui est appelé le phénomène de contractualisation⁹⁷¹ qui peut être défini comme « *la transposition du modèle de l'accord de volontés dans une institution ou un mécanisme* »⁹⁷². Ce phénomène a commencé dans les années 1980 avec la possibilité de faire un contrat de vente entre époux par exemple⁹⁷³, de même pour le contrat de société⁹⁷⁴ ou le contrat de travail⁹⁷⁵.

424. Annonce du plan. - Ainsi, nous voyons apparaître en droit de la famille des mécanismes contractuels qui écartent les principes (A) et, dans le même temps, il y a un recours de plus en plus fréquent aux principes de droit des obligations (B).

A) Le recours au mécanisme contractuel dans les rapports familiaux

425. La prise en compte des désirs individuels. - Dans le mouvement général de la privatisation de la famille, on constate une hausse de la contractualisation des rapports

⁹⁶⁹ V. à ce sujet les propos de J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, spéc. p. 171 : « *la famille est moins une institution qui vaudrait par elle-même qu'un instrument offert à chacun pour l'épanouissement de sa personnalité* ».

⁹⁷⁰ A. Sériaux, « Le juriste face au droit de la famille », *Dr. fam.*, juin 2001, chr. n° 13.

⁹⁷¹ V. sur ce sujet : X. Labbée, *Les rapports dans le couple sont-ils contractuels ?*, PUL, 1996 ; D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières (ss. dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001 ; F. Deukeuwer-Défossez, « La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation », in *Approche critique de la contractualisation*, cité, spéc. p. 167 ; D. Alonzo, *La famille et le contrat*, th. ss. dir. M.-L. Mathieu, Montpellier, 2003 ; C. Dudit, *La contractualisation du droit de la famille*, th. ss. dir. R. Le Guidec, Nantes, 2009. D'un point de vue plus général, V. : S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (ss. dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2018 ; S. Blin, A. Bouquemont, E. Clerget et al., *Vie professionnelle et famille, place au contrat*, 110^e congrès des notaires de France, LexisNexis, juin 2014, pp. 1100 ; G. Law de Lauriston, *La famille, objet de conventions*, th. ss. dir. J.-R. Binet, Besançon, 2016.

⁹⁷² R. Cabrillac, « La contractualisation du lien familial, l'exemple des régimes matrimoniaux », in *Lien familial, lien obligationnel, lien social*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2013, spéc. p. 304.

⁹⁷³ L. n° 85-1372 du 23 déc. 1985 relative à l'égalité des époux et ses conséquences en matière de société.

⁹⁷⁴ *Idem*.

⁹⁷⁵ L. n° 82-596 du 10 juill. 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale.

familiaux⁹⁷⁶. Le contrat a toujours eu une place au sein de la famille. Contrat de mariage, donation... Dernièrement cependant, cela a pris une ampleur tout autre emporté par un mouvement général⁹⁷⁷. Le contrat devient un moyen de sceller les liens ou les désunions familiales faisant de ces rapports humains des relations strictement privées. Sous l'impulsion de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qui commande le respect de la vie privée et familiale, une mutation a été opérée au sein de la famille puisque ce qui est privilégié ce n'est plus le groupe mais le bonheur individuel. De ce fait, la famille devient « *un acte conjonctif* »⁹⁷⁸. Seulement, en ce qui concerne les affaires privées, la volonté est dominée par le désir. Ce terme est d'ailleurs régulièrement employé, nous entendrons par exemple parler de « désir de famille », « désir de recomposition des familles », « désir sexuel », « désir de transmission », « désir d'enfant »... Si ce désir est louable et légitime alors il devient un droit. La famille devient de ce fait une composition personnelle.

426. Le recul des principes en faveur des volontés individuelles. - Cette conception pose deux problèmes. D'une part, pour les principes de droit qui conçoivent la famille comme un groupe. C'est le cas par exemple du principe relatif aux souvenirs de famille⁹⁷⁹. La famille devenant un agrégat de désirs individuels, il devient délicat d'appliquer des règles relatives à un groupe prédéterminé. Le groupe ne tenant que par la volonté de ses membres, il devient difficile de décider que certains meubles soient arrimés à une famille. Ces objets qui transcendent les familles seraient alors la preuve de la dépendance des individus au groupe ce qui est loin des perceptions actuelles.

D'autre part, dans ce contexte, l'application des principes, notamment ceux visés par la Cour de cassation, devient moins évidente puisqu'ils posent des règles non négociables. Deux solutions s'offrent alors au juge, soit assouplir la règle en acceptant par exemple de reconnaître un changement de nom pour un motif d'ordre affectif⁹⁸⁰; soit ne plus appliquer la règle, comme c'est le cas pour le principe d'indisponibilité de l'état des personnes. Dans le domaine contractuel, les règles doivent être limitées au maximum afin de respecter l'autonomie de la

⁹⁷⁶ V. sur ce sujet : D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières (ss. dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, coll. « Études juridiques », 2002, pp. 327.

⁹⁷⁷ La « loi de Maine » du nom de son concepteur a démontré le passage du statut donné au sein d'un groupe au contrat supposant un accord de volonté, v. : H. Maine, *Ancient Law. Its connection with the early history of society and its relation to modern idea*, Murray, 1861 ; trad. J.-G. Courcelle Seneuil, *L'ancien droit considéré dans ses rapports avec l'histoire des sociétés primitives et avec les idées modernes*, Durand et Pédone, 1874.

⁹⁷⁸ M.-A. Frison-Roche, « Une famille à sa main », *op. cit.*, spéc. p. 250.

⁹⁷⁹ V. *supra*, n° 141 et s..

⁹⁸⁰ V. *supra*, n° 188.

volonté et permettre d'assurer un consentement. La famille est à la carte et par ce biais elle permet d'assurer le bonheur de ceux qui s'engagent.

427. L'atteinte même aux principes directeurs du droit de la famille. - Pour finir, les principes directeurs n'échappent pas non plus à la contractualisation des liens familiaux. A titre d'illustration, prenons la consécration par la loi du divorce sans juge qui est l'apogée de ce phénomène⁹⁸¹. Ainsi, le divorce devient une affaire strictement privée ce qui place *de facto* le mariage dans un cadre individuel et non plus institutionnel⁹⁸². Cependant, certains auteurs ont fait remarquer qu'il y a une rupture d'égalité provoquée par l'introduction d'un divorce sans juge⁹⁸³. En effet, le divorce sans juge plus souple et plus rapide, est financièrement plus cher puisqu'il y a besoin de rémunérer deux avocats (un pour chaque membre du couple) et un notaire. De même, la protection fournie par le regard du juge assure un garde-fou supplémentaire pour les parties et pour les enfants qui perdraient, dans le cas contraire, l'opportunité d'être entendus. Ainsi, il semble que les principes directeurs, du fait de leur pondération, soient écartés au nom du respect de l'autonomie de la volonté⁹⁸⁴.

L'irruption du mode contractuel n'est pas innocente dans le recul de l'effectivité des principes de droit de la famille. De même, le recours aux principes de droit des obligations est salvateur afin de résoudre les conflits familiaux qui naissent dans ce nouvel espace contractuel qu'est la famille.

B) L'influence des principes issus du droit des obligations

428. Le contrat s'invite en droit de la famille accompagné de ses principes de droit. - Ces dernières années il est manifeste que les liens familiaux se rapprochent des liens obligationnels⁹⁸⁵. Lorsque le contrat vient envahir l'espace familial, que ce soit en amont par la mise en place d'une organisation familiale ou en aval par le règlement de conflit à l'amiable⁹⁸⁶,

⁹⁸¹ L. n° 2016-1547, du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle : *JCP G* 2016, art. 1268, note M. Douchy-Oudot ; *Dr. fam.* 2016, dossier 23, note H. Fulchiron.

⁹⁸² « Ce qui permet de rapprocher le mariage d'une négoce juridique plus proche du contrat que de l'institution, c'est la possibilité (y compris unilatéralement) de rupture du lien. Le divorce et, en particulier, le divorce sans juge fait ressortir la nature éminemment éphémère du ius nubendi qui perdure jusqu'à ce que les parties en décide autrement ». D. Borillo, *La famille par contrat, la construction politique de l'alliance et de la parenté*, op. cit., spéc. p. 88.

⁹⁸³ V. par ex. : C. Brunetti-Pons, « Un divorce « sans juge » pour un droit « déréglé » », *Dr. fam.*, juill-août 2016, pp. 16-19, spéc. p. 19.

⁹⁸⁴ Dans son ouvrage louant la famille par contrat, Monsieur Borillo, plaide même pour la disparition des empêchements à mariage ce qui annihilerait le principe d'exogamie puisque les mariages incestueux seraient admis, *op. cit.*, spéc. p. 89.

⁹⁸⁵ V. en ce sens : C. Siffrein-Blanc, J.-Ph. Agresti et E. Putman, *Lien familial, lien obligationnel, Lien social*, *op. cit.*

⁹⁸⁶ V. sur ces sujets : P. Charles, *Les modes alternatifs de règlements des litiges en matière familiale*, th. ss. dir. L. Weiller, Aix-Marseille, 2016.

c'est tout naturellement que le juge emprunte au droit des obligations certains principes de droit. Effectivement, il est normal d'appliquer le droit contractuel lorsque les individus souhaitent recourir à ce mode de relations. C'est par exemple ce que propose le pacte civil de solidarité, qui, contrairement au mariage⁹⁸⁷ ou au concubinage⁹⁸⁸, ne laisse aucun doute sur sa nature contractuelle qui est affirmée au sein de l'article 515-1 du Code civil⁹⁸⁹. Cependant, la nature du P.A.C.S. implique l'application des principes de droit des obligations ce qui ne va pas sans poser de problème. En effet, à l'origine du P.A.C.S.⁹⁹⁰ l'indivision était de mise entre les partenaires ce qui pouvait entraîner des conflits du fait de l'ignorance des conséquences de ce régime par les concernés⁹⁹¹. C'est pourquoi, en 2006, le législateur instaura un régime de séparation des biens acquis sous l'empire d'un P.A.C.S.. Ce changement fut estimé nécessaire et salué par la doctrine⁹⁹². Seulement, en raison du principe de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle⁹⁹³, les couples pacsés avant 2006 ne bénéficient pas de cette réforme. Certains auteurs s'en sont émus⁹⁹⁴. Nous voyons la limite de la logique du contrat en droit de la famille puisque nous sommes supposés créer nos liens familiaux de manière réfléchie et non plus de manière affective et spontanée. Pourtant, l'élan naturel induit que, lorsque nous nous mettons en couple, le côté patrimonial n'est pas un problème sérieux autour duquel nous devrions nous asseoir afin de tout prévoir. C'est la force du mariage, puisque sans signer de contrat en amont, le jour où les consentements sont échangés un régime patrimonial a déjà été prévu pour les couples persuadés que l'argent ne pourra surpasser leur amour. Seuls pour quelques individus, dont le patrimoine souvent important a un certain niveau de complexité, réfléchiront effectivement à leur organisation post-union.

429. Des principes de droit des obligations pour pallier les inconvénients du contrat. -

D'ailleurs, certains principes pallient ce risque d'insouciance qui existe et existera toujours dans

⁹⁸⁷ Il existe encore une part institutionnelle au sein du mariage ne serait-ce de par sa reconnaissance qui doit se faire devant un officier d'état civil.

⁹⁸⁸ Par définition, le concubinage peut exister en l'absence de tout contrat conclu entre les membres du couple même si aujourd'hui les professionnels du droit conseillent la signature d'une convention de concubinage.

⁹⁸⁹ « Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune. »

⁹⁹⁰ Le P.A.C.S. a été instauré par : L. n° 99-944, 15 nov. 1999, relative au pacte civil de solidarité, *JO* 16 nov., p. 16959.

⁹⁹¹ V. sur ce sujet : B. Beignier, « Pacte civil de solidarité et indivision : visite aux enfers », *Defrénois*, 2000, art. 27175.

⁹⁹² V. notamment : S. de Benalcazar, « Éloge de la raison juridique ou la remontée des enfers », *Dr. fam.* 2007, ét. n° 1 ; Y. Delecraz, « Le nouveau régime des biens dans le Pacs », *AJ fam.* 2007, 12 ; H. Fulchiron, « Le nouveau Pacs est arrivé ! », *Defrénois* 2006, 38471, p. 1621 ; V. Larribau-Terneyre, « L'amélioration du Pacs : un vrai contrat d'union civile », *Dr. fam.* 2007, ét. n° 2.

⁹⁹³ Com., 15 juin 1962 : *Bull. civ. III*, n° 313 ; Civ. 3^{ème}, 3 juill. 1979 : *Bull. civ. III*, n° 149 ; Civ. 1^{ère}, 18 avr. 1989 : *JCP G* 1990, II, 21523, obs. H. T..

⁹⁹⁴ V. par ex. : M. Nicod, « Prévoyance ou imprévoyance des premiers partenaires ? », *Dr. fam.*, nov. 2016, repère 10.

les relations familiales marquées par l'affection. C'est ainsi que l'enrichissement sans cause⁹⁹⁵ intervient de plus en plus dans le règlement des conflits familiaux. A l'origine, il n'était appliqué qu'en présence d'un contrat. La Cour de cassation le 12 mars 1850 avait affirmé « *qu'un contractant n'a d'action que contre celui avec lequel il a contracté et non contre des tiers qui ont pu profiter des suites d'un contrat dans lequel ils n'ont pas été parties* »⁹⁹⁶. Or, à la fin du XIXe siècle, le contrat n'était pas aussi présent en matière familiale ce qui avait pour conséquence une application limitée de ce principe. Depuis lors, ce principe s'est considérablement étendu et, limité au droit des obligations, il est par la suite devenu un principe majeur de notre droit et un incontournable dans notre droit de la famille. Ainsi, ce principe a pu servir à pallier l'absence de régime au sein du concubinage⁹⁹⁷ ou permettre le remboursement du tiers ayant payé une obligation alimentaire à la place du débiteur⁹⁹⁸. Dans ce dernier cas il rentre en conflit avec le principe aliments ne s'arréragent pas⁹⁹⁹. Pourtant, venant du domaine contractuel, ce principe ne saurait prendre en compte l'affectivité qui est au cœur des relations familiales¹⁰⁰⁰. C'est peut-être pourquoi le juge semble plus rétif que dans le passé à se fonder sur un tel principe¹⁰⁰¹.

430. Vers une contractualisation de la filiation ?. - Divorce sans juge, P.A.C.S., convention de concubinage... Il est manifeste que les rapports de couple sont désormais contractualisés. L'interrogation porte désormais sur la contractualisation de la filiation. Il est en effet désormais possible, depuis la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique de reconnaître un enfant par convention avant la naissance de celui-ci. De même, la GPA faite à l'étranger, qui est un mode de procréation complètement contractualisé, a une reconnaissance en demi-teinte par notre jurisprudence. Nous l'avons vu à travers le couple : le contrat, s'il est utile pour modeler les désirs familiaux, ne permet pas une sécurité infaillible. Dans le cadre de la filiation, cette fragilisation d'un lien qui devrait être indiscutable et absolu pose question. L'Angleterre a déjà été confrontée à un conflit au sujet de la filiation qui a été résolu par la stricte prise en

⁹⁹⁵ Ce principe a été visé pour la première fois par : Civ. 1^{ère}, 19 janv. 1953, D. 1953. 234. La Cour de cassation l'avait cependant mentionné précédemment en affirmant que c'était un dérivé du principe de l'équité : Req., 15 juin 1892, J. Patureau c/ Bourdier : D. 1892. 1. 596.

⁹⁹⁶ Civ. 12 mars 1850 : D., I, 86.

⁹⁹⁷ Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2008, n° 06-11.294 : D. 2009. 140, obs. I. Gallmeister, note J.-J. Lemouland ; AJ fam. 2008. 431, obs. F. Chénédé ; RTD civ. 2008. 660, obs. J. Hauser ; Civ. 1^{ère}, 23 janv. 2014, n° 12-27.180 : RTD civ. 2014. 343, obs. J. Hauser.

⁹⁹⁸ V. *supra*, n° 268.

⁹⁹⁹ V. *supra*, n° 263.

¹⁰⁰⁰ V. en ce sens : M. Monteillet-Geffroy, *Les conditions de l'enrichissement sans cause dans les relations familiales*, th. ss. dir. F. Monéger, Orléans, 2000.

¹⁰⁰¹ V. par exemple : Civ. 1^{ère}, 6 nov. 2013, n° 12-26.568 ; Civ. 1^{ère}, 18 mars 2015, n° 14-11.039 ; Civ. 1^{ère}, 11 juill. 2019, n° 17-28.835.

compte de la volonté du père¹⁰⁰². En l'espèce, un couple hétérosexuel a fait une procréation médicalement assistée mais le laboratoire s'est trompé dans les gamètes masculines. L'épouse a donc accouché de jumeaux noirs alors que les deux membres du couple étaient blancs. Le père a alors refusé de reconnaître ces enfants ce à quoi la justice lui donne raison puisque, selon elle, c'est bien la volonté qui fonde la filiation paternelle en l'occurrence et il faut donc que le fruit de la procréation concorde avec l'objet du consentement exprimé. La mère, quant à elle, a été déclarée mère de l'enfant puisque c'est elle qui a accouché.

Quoi qu'il en soit, le contrat, permettant de faire loi ses propres conventions, ne favorise pas l'application des principes de droit de la famille.

431. Conclusion chapitre 1. – Quand le juge rend ses décisions, il a dans sa palette d'outils toutes les normes de droit de la famille parmi lesquelles les principes. Comme vu précédemment, les principes directeurs et les principes visés font l'objet de deux applications distinctes. De cette différence naît un point essentiel : le juge doit toujours avoir en tête les principes directeurs afin que ces derniers soient appliqués de la manière la plus large possible. En revanche, les principes visés ont un fonctionnement semblable à celui des normes dont la nature téléologique est de régir un fait donné et non une branche du droit. Au-delà de la nature des applications, des normes extérieures au droit de la famille viennent de plus en plus concurrencer les principes qui ont été décrits. De ces constatations il est possible de conclure que le juge non seulement a la pouvoir d'édicter de nouvelles normes à travers les principes, mais également qu'il a le pouvoir de ne pas les appliquer¹⁰⁰³. Il est donc de plus en plus difficile de connaître le cheminement intellectuel du juge même si la jurisprudence en France ne peut être accusée d'être arbitraire. Ces évolutions ont eu forcément un impact sur l'effectivité des principes. Cette remarque est d'autant plus vraie que leur applicabilité reste délicate aujourd'hui.

¹⁰⁰² *Leeds teaching Hospital NHS trust v. A.*, 2003, EWHC 259.

¹⁰⁰³ G. J. Vazquez, *Principios jurídicos y pluralidad de racionalidades*, th. ss. dir. V. Champeil-Desplats et J. P. Alonso, Paris, 2022.

Chapitre 2. La délicate applicabilité des principes

432. La nécessaire applicabilité de la norme. - L'effectivité d'une norme ne dépend pas seulement de son application par le juge mais aussi de sa réception par la société. L'objet de ce chapitre est alors de comprendre comment les faits ont pu percuter l'effectivité des principes ces dernières années. En effet, une norme doit pouvoir s'insérer dans le temps présent. Le législateur, qui représente la société dans son travail d'écriture de la loi, est de ce fait très sensible. La qualité de l'œuvre législative dépend de l'applicabilité des normes édictées. Cette remarque vaut également pour le juge qui, bien que doté de la rigueur juridique, sera naturellement attentif à l'applicabilité de la norme sur laquelle il s'appuie. C'est la thèse défendue par le professeur Duguit qui explique que « *dès lors, la loi positive ne peut être conçue que comme un mode d'expression de la règle de droit. Le législateur ne la crée pas, il la constate ; et la loi positive ne s'impose que dans la mesure où elle est conforme à cette règle* »¹⁰⁰⁴. C'est donc l'applicabilité de la norme qui crée la norme. Les principes étant une norme juridique, ils doivent donc se fondre dans une norme plus générale qu'est la norme sociale. Cette dernière est composée des normes économiques, des normes morales et des normes juridiques.

433. Annonce du plan. - Comme nous l'avons vu précédemment, les principes ont une consécration plutôt récente en comparaison avec notre Code civil qui est la base normative de notre droit de la famille. Leur naissance a coexisté avec une accélération des mutations sociales à laquelle n'échappe pas la famille¹⁰⁰⁵. Or, les principes, selon le professeur Boulanger « *peuvent constituer un élément stable au milieu des transformations incessantes du milieu social* »¹⁰⁰⁶. L'étude de leur effectivité est donc intéressante puisqu'ils ne peuvent aller à l'encontre des aspirations sociales pour pouvoir continuer à exister alors même que leur rôle est d'assurer une continuité du droit afin d'en assurer la cohérence et l'unité. Ce paradoxe peut être étudié à travers deux échelles à savoir celle de la famille d'un côté (Sect. 1) et celle de la société dans son ensemble d'un autre côté (Sect. 2)

¹⁰⁰⁴ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, T. 1, spéc. p. 171.

¹⁰⁰⁵ V. sur ce sujet : R. Sève (ss. dir.), *La famille en mutation*, Dalloz, oct. 2014, pp. 590.

¹⁰⁰⁶ J. Boulanger, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle*, Mél. en m'honneur de Georges Ripert, t. 1, LGDJ, Paris, 1950, spéc. p. 52.

Section 1. Les conséquences des mutations familiales sur les principes

434. La famille au cas par cas. - Par un jeu de domino, la physionomie de la structure familiale a changé aujourd’hui, se recentrant sur l’affection, ce qui a nécessairement conduit le législateur à faire évoluer les règles et le juge à modifier l’interprétation ou l’application des principes. En droit de la famille, il y a eu vraisemblablement une mainmise des faits sur le droit. La raison de cette ascendance tient au fait que la famille ne peut plus être regardée sous un angle unitaire mais protéiforme. La réalité des multiplications des schémas familiaux a entraîné une adaptation du droit forcé et parfois malheureusement désordonné¹⁰⁰⁷. La morale sociale qui soutenait notre droit familial s’est dissoute dans la volonté de respecter les choix individuels. Autrement dit, désormais, « *la casuistique l’emporte sur la conceptualisation* »¹⁰⁰⁸. L’objet de cette section est de démontrer que ce changement de paradigme entraîne une baisse d’effectivité des principes. Pour cela il faut revenir à ce qui a évolué au sein de la société et qui affecte directement nos schémas familiaux.

435. Annonce du plan. - Nous pouvons relever deux phénomènes dans la famille moderne qui diffèrent de la famille traditionnelle. D’une part l’hyperindividualisation de ses membres qui a conduit à la désinstitutionnalisation de la famille (§1). L’individualisme n’est plus à démontrer¹⁰⁰⁹ et a nécessairement un impact sur les principes qui n’ont de raison d’être que par la reconnaissance du groupe familial. D’autre part, l’enfant, dont l’existence ne serait désormais que le résultat d’un désir humain¹⁰¹⁰, n’est plus un être nécessaire à la continuité sociale. La famille s’est recentrée autour de cette personne puisqu’il n’est plus le maillon d’une chaîne mais une pépite qu’elle chérit (§2).

¹⁰⁰⁷ V. Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit de la famille*, op. cit., n° 104, spé. p. 75 : « *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 être juridiquement consacré. Le droit devient un instrument au service des aspirations individuelles, fussent-elles contradictoires.* »

¹⁰⁰⁸ C. Berthier, « Quand le mariage de raison, intention matrimoniale et administration de la preuve ne font pas bon ménage », *Dr. fam.*, mars 2021, comm. 33. L’auteur parle en l’occurrence de l’arrêt Civ. 1^{ère}, 13 janv. 2021, n° 19-16.703 qui estime qu’un mariage basé sur l’engagement à prodiguer des soins à l’époux plus âgé contre un confort financier n’était pas dénué d’intention matrimoniale.

¹⁰⁰⁹ L. Dumont, *Essais sur l’individualisme – Une perspective anthropologique sur l’idéologie moderne*, Le Seuil, Paris, 1991, pp. 320 ; A. Laurent, *Histoire de l’individualisme*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1993, pp. 127 ; G. Lipovetsky, *L’ère du vide, essai sur l’individualisme contemporain*, Gallimard, coll. « Les Essais Paris », 1983, pp. 256.

¹⁰¹⁰ En ce sens : J. Pousson-Petit, « Les volontés individuelles et le droit de la filiation charnelle dans les droits européens », in *De la volonté individuelle*, ss. dir. M. Nicod, LGDJ, 2009, pp. 57 – 76 ; Ch. Lassalas, « Imposer une paternité au nom du seul lien biologique avec un enfant : une injustice au regard des transformations sociales et de l’évolution du droit », *actu-juridique*, 20 mai 2022.

§1. L'hyper individualisation des membres de la famille

436. La fin de l'appréhension globale de la famille par le droit. - Le droit du XXI^e siècle a atomisé la famille. Les juristes ont aujourd’hui une nouvelle manière de s’exprimer en utilisant le pluriel¹⁰¹¹ ou estimant qu’il n’y a que des manières de « faire famille » et non plus simplement « d’être une famille ». Pourtant, la famille est bien une réalité unique qui traduit des liens humains, qu’ils soient biologiques ou affectifs. Et, il est vrai, qu’aujourd’hui, ces liens ne sont plus institutionnalisés et nous assistons à de nouvelles revendications visant à instaurer plus de possibilités dans les choix de construction de sa propre famille.

437. Annonce du plan. - Cette évolution a été permise à travers deux étapes. Tout d’abord, il y a eu une libéralisation de la société et en particulier des mœurs qui a permis à un certain nombre d’individus d’envisager la famille autrement que par le mariage perpétuel (A). Par la suite, il y a eu un mouvement d’égalitarisation des différentes formes de famille qui a permis une reconnaissance sociale et juridique de ces nouvelles formes familiales (B). Ces deux phénomènes touchant à la nature même de la famille reconnue comme telle par le droit ont eu un impact sur l’effectivité des principes.

A) La multiplication des formes familiales

438. La fin du monopole du mariage. - La révulsion pour la contrainte de ses désirs, l’envie de profiter du temps présent, ont fait souffler un vent de ce que certains considèrent comme de la liberté dans nos constructions familiales. La liberté est le fait de pouvoir effectuer et assumer des choix. La liberté est toujours encadrée car l’être humain n’étant pas un animal solitaire, sa liberté ne peut s’exprimer sans limite. Il y a donc des exceptions à la liberté qui constituent le cadre dans lequel nos décisions peuvent être prises. En matière familiale, lorsque nous parlons de libéralisation, il s’agit simplement de ce cadre qui s’agrandit permettant ainsi la reconnaissance plus large des choix familiaux. Pendant très longtemps, le droit mais plus largement la société, ne reconnaissait qu’une seule forme de couple à travers l’institution du mariage. Aujourd’hui, le mariage n’est plus l’unique moyen d’union d’autant plus qu’il y a une

¹⁰¹¹ V. en ce sens : F. de Singly, « Le singulier et le pluriel de la famille », *La famille dans tous ses états*, ss. dir. M. Wieviorka, éd. Sciences Humaines, coll. « Les entretiens d’Auxerre », 2018, pp. 29-41. De même, V. I. Thery, *Couple, filiation et parenté aujourd’hui, pour une nouvelle approche*, éd. Odile Jacob, 1998, pp. 413.

convergence avec les autres formes d'unions récemment reconnues¹⁰¹². Il est toujours possible de se marier mais aussi de se mettre en concubinage, de se pacser, de divorcer, de se marier sans habiter sous le même toit¹⁰¹³ et même, sans faire preuve de mauvaise foi, d'avoir une relation extraconjugale¹⁰¹⁴.

439. Une nouvelle version d'« En mariage, trompe qui peut ». - En effet, comme déjà évoqué¹⁰¹⁵, la question de l'adultère a fait l'objet d'un changement dans l'esprit du droit. Le droit, aussi bien du point de vue législatif que judiciaire, avait plutôt tendance à courir derrière la libéralisation des mœurs jusqu'à récemment. Prenons l'exemple du concubinage, cet état, s'il était très tôt étudié par la doctrine¹⁰¹⁶, n'a été défini juridiquement qu'avec la loi du 15 novembre 1999 instaurant le P.A.C.S.. Pourtant, sa place au sein de la société n'a cessé de croître durant la seconde moitié du XXème siècle. Le Parlement a donc mis du temps avant de reconnaître les différentes formes d'unions, ne souhaitant régir que le mariage seul. Comme le dit avec beaucoup d'esprit le professeur Carbonnier, « *au commencement était le fait, et le fait s'est fait droit. Plus explicitement : au commencement, un couple vivait dans la pureté du non-être juridique* »¹⁰¹⁷. Ainsi, de manière très explicite des faits sociaux ont abouti à une évolution du droit. Les principes de droit de la famille, dont l'essor s'est produit autour des années quatre vingt, quatre vingt dix, ont été visés alors qu'il existait encore un certain conservatisme juridique partagé par le législateur et le juge. En revanche, nous pouvons noter ces dernières années un tournant au sein de la jurisprudence. En effet, cette dernière a tendance à ignorer la loi et les principes qu'elle avait elle-même créés afin de se conformer aux faits, voire de les devancer. La jurisprudence, contrairement au législateur, a cessé de suivre les faits. Si nous reprenons l'exemple de la fidélité, c'est une valeur encore très importante pour la grande

¹⁰¹² V. notamment : R. Libchaber, « La notion de mariage civil », in *Libres propos les sources du droit, Mél. en l'honneur de Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, spéc. p. 340 : « fondé sur l'amour et la sexualité plutôt que la procréation, destiné à l'organisation matérielle d'une vie commune qui durera autant qu'il plaira à chacun, indifférent à une quelconque sexualisation des rôles respectifs, le mariage est devenu l'un des modes de la vie à deux ».

¹⁰¹³ Civ. 1^{ère}, 12 fév. 2014, n° 13-13.873 : *D*. 2014. 482 ; *ibid.* 2015. 450, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; *AJ fam.* 2014. 192, obs. P. Hilt ; *RTD civ.* 2014. 340, obs. J. Hauser.

¹⁰¹⁴ Civ. 1^{ère}, 15 oct. 2020, n° 20-11.694 : *JurisData* n° 2020-016279 : « il n'existe pas, en l'état de jurisprudence constante de la Cour de cassation selon laquelle les articles 21-2, 212 et 215 du Code civil seraient interprétés comme impliquant l'existence d'un devoir de fidélité dont la méconnaissance mettrait nécessairement fin à la communauté de vie affective qui caractérise le mariage au sens de l'article 21-2 du Code civil ». Dans le même sens, V. : Civ. 1^{ère}, 28 janv. 2009, n° 08-11.598 : « *Les circonstances dans lesquelles il a été commis peuvent lui enlever le caractère de gravité qui pourrait en faire une cause de divorce* ». V. sur ce sujet : M. Lamarche, « *Couples, qualification juridique et vie commune ou le paradoxe de l'œuf et de la poule* », *Dr. fam.* n°4, 2021, alerte 31 ; D. Chauvet, « *La fidélité dans le mariage, un devoir en voie de disparition !* », *AJ fam.* 2016. 148.

¹⁰¹⁵ V. *supra*, n° 404.

¹⁰¹⁶ V. notamment : A. Boyer, *Les conséquences juridiques des états de fait entraînés par l'union libre*, th. Montpellier, 1908 ; L. Josserand, « *L'avènement du concubinat* », *DH*, 1932. 46 ; P. Esmein, « *Le problème de l'union libre* », *RTD civ.* 1935. 49.

¹⁰¹⁷ J. Carbonnier, préf. *Les concubinages, approche socio-juridique*, ss. dir. J. Rubellin-Devichi, CNRS, 1986.

majorité des couples¹⁰¹⁸. Pourtant, les juges ont tendance à refuser d'y voir une injonction sociale et juridique importante alors que ces deux aspects sont indéniables : la fidélité fait encore partie des mœurs et l'article 212 du Code civil qui l'institue comme devoir, donne un écho législatif au principe de monogamie qui sous-tend le droit de la famille. Pourtant la Cour de cassation a clairement répondu à un homme dont l'adultère avait été révélé par la presse et qui se sentait atteint dans son honneur et sa considération que l'infidélité n'était pas « *contraire aux valeurs morales et sociales communément admises au jour où le juge statue* »¹⁰¹⁹. Il y a donc une discordance entre le discours majoritaire au sein de notre société et ce que le juge entend par mœurs d'aujourd'hui. De même, nous disposons aujourd'hui de nombreux exemples où la jurisprudence donne priorité à la liberté, contractuelle notamment, sur la protection du mariage face à l'adultère. Il est tout à fait possible de consentir une libéralité vis-à-vis de sa maîtresse¹⁰²⁰ par exemple ou d'établir un contrat de courtage matrimonial¹⁰²¹.

440. L'attache pérenne entre les mœurs et le droit. - Pour en revenir sur l'effectivité des principes, la fidélité fait indéniablement écho au principe de la monogamie. Or, si la jurisprudence a tendance à faire entrer ce devoir dans le domaine de l'intime¹⁰²², il semble que la société désapprouve largement le fait d'entretenir une relation extraconjugale. L'infidélité n'est pas entrée dans les mœurs. Nous voyons donc un basculement en ce sens où la jurisprudence, tentant de devancer les aspirations sociales, va à l'encontre de ses propres principes pourtant encore effectifs au sein de notre société. Cela s'explique par le passage de la

¹⁰¹⁸ Selon un sondage l'Ifop du 12 déc. 2019, selon les français sondés, les éléments les plus importants pour s'engager de manière durable dans une relation amoureuse sont la confiance et la fidélité. <https://www.ifop.com/wp-content/uploads/2019/12/116524-Présentation-Mariage.pdf>. Selon les propos du directeur des études au pôle politique de l'Ifop rapportés par La Monde du 10 janv. 2017 : « *Il est toujours très mal vu de ne pas respecter le contrat d'exclusivité sexuelle dans le couple* », https://www.lemonde.fr/societe/article/2017/01/10/les-femmes-de-plus-en-plus-infideles-mais-toujours-moins-que-les-hommes_5060379_3224.html.

¹⁰¹⁹ Civ. 1^{ère}, 17 déc. 2015, n° 14-29.549 : *JurisData* n° 2015-028302 ; *Dr. fam.* 2016, comm. 42, note J.-R. Binet ; *AJ fam.* 2016. 109, obs. B. de Boysson ; *D.* 2016. 77 ; *ibid.* 277, obs. E. Dreyer ; *ibid.* 724, point de vue E. Raschel ; *RTD civ.* 2016. 81, obs. J. Hauser ; *JCP* 2016, n° 285, note Latil. Sur ce sujet, v. : Ph. Malaurie, « Libéralité, bonnes mœurs et relations adultères », in *Philippe Malaurie – Écrits d'une vie*, LGDJ, 2021, pp. 329 – 332.

¹⁰²⁰ Ass. plén., 29 oct. 2004, n° 03-11.238 : *D.* 2004. 3175, note D. Vigneau ; *ibid.* 2005. 809, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJ fam.* 2005. 23, obs. F. Bicheron ; *RTD civ.* 2005. 104, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2004, n° 12, comm. 230, note B. Beignier ; *JCP* 2005. II. 10011, note F. Chabas. *Addé Civ.* 1^{ère}, 25 janv. 2005, n° 96-19.878 : *D.* 2005. 458 ; *ibid.* 809, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJ fam.* 2005. 234, obs. F. Chénédé ; *ibid.* 280, obs. P. Hilt ; *RTD civ.* 2005. 368, obs. J. Hauser ; *ibid.* 439, obs. M. Grimaldi.

¹⁰²¹ Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2011, n° 10-20.114 : *D.* 2012. 59, note R. Libchaber ; *ibid.* 840, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; *ibid.* 971, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJ fam.* 2011. 613, obs. F. Chénédé ; *RTD civ.* 2012. 93, obs. J. Hauser ; *ibid.* 113, obs. B. Fages ; *CCC* 2012, n° 3, comm. 76, note G. Raymond ; *JCP* 2012. 9, note D. Bakouche ; *Dr. fam.* 2012, n° 2, comm. 21, note D. Vigneau.

¹⁰²² A noter qu'au-delà même du cadre du mariage, la jurisprudence considère que « *la liaison que le concubin a pu entretenir avec une autre jeune femme n'est pas de nature à anéantir le lien de concubinage* » : Besançon, 10 nov. 2017, n° 16/02338 : *JurisData* n° 2017-022732.

famille publique¹⁰²³ à la famille privée. Aujourd’hui, « *la valeur placée au centre de la philosophie morale et politique post-moderne n'est plus le bien commun ou l'intérêt général mais le bonheur privé* »¹⁰²⁴. Car c'est ce qui anime le droit de la famille grevé par ses mutations : les mœurs sociales importent peu tant que le bonheur privé est assuré. L'essentiel est de ne pas stigmatiser ni imposer de comportements quand bien même ils seraient majoritaires et bénéfiques à la stabilité familiale. La liberté est sacrée et dépasse le bien commun. Pourtant nous ne pouvons en conclure que le principe de monogamie n'est plus effectif à partir du moment où nous considérons celle-ci comme « *le degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit* »¹⁰²⁵. Ici, le principe de monogamie est clairement énoncé par le droit, écrit en l'occurrence, et, bien que la jurisprudence ne veille pas à son application comme ordre public¹⁰²⁶, elle est largement intégrée au sein de notre société. Il est cependant évident que cette effectivité a tendance à s'effriter au regard de l'augmentation des relations extra-conjugales. Comme mentionnées au début de cette section, les distensions entre le droit et les réalités sur le terrain ne sont jamais pérennes.

B) L'individualisation de la personne au sein de sa famille

441. La disparition de l'immutabilité familiale. - Dire que nos sociétés sont devenues individualistes est convenu. Le diagnostic est posé : « *Les différents modèles, famille fusionnelle, famille club, famille histoire sont en effet réglés sur la seule recherche de l'épanouissement individuel. Le fondement purement affectif du couple et de la famille, le narcissisme ou le caractère exclusivement contractuel du mariage expliqueraient la coexistence du mariage et des concubinages, la hausse du taux de divorcialité, la chute de la nuptialité et de la natalité, le nombre croissant des familles monoparentales et des familles recomposées récupérant les vestiges des familles antérieures* »¹⁰²⁷. Aujourd’hui, notre famille doit à tout prix correspondre à notre vécu. La famille ne se donne plus, elle est choisie. C'est ce que nous pouvons résumer par le primat de l'individu sur le groupe. Ce changement de

¹⁰²³ V. sur ce sujet : J.-L. Flandrin, *Familles : parenté, maison, sexualité dans l'ancienne société*, Paris, éd. du Seuil, 1984, spéc. p. 7 : « *L'institution familiale avait des caractères d'institution publique et les relations de parenté servaient de modèle aux relations sociales et politiques* ».

¹⁰²⁴ J. Chevallier, *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. « Droit et société classics », 2017, spéc. p. 20.

¹⁰²⁵ P. Lascoumes, déf. « Effectivité », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, ss. dir. A.-J. Arnaud, Paris, LGDJ, 1993, spéc. p. 217.

¹⁰²⁶ Ce constat ne date pas d'hier si l'on se réfère à la décision du Conseil d'État (CE, 11 juill. 1980, Min. intérieur c/ Montcho : *Lebon* 315 ; *AJDA* 1980. 523, chron. M.-A. Feffer et M. Pinault ; *JCP* 1981. II. 19629, concl. M. Rougevin-Baville ; *Rev. crit. DIP* 1981. 658, note J.-M. Bischoff ; *Rev. adm.* 1980. 607, note J.-J. Bienvenu et S. Rials, le droit de mener une existence familiale normale devait profiter aussi aux personnes vivant en état de polygamie. C'est encore une fois le législateur qui a réaffirmé le principe monogamie, avec la loi n° 93-1027 du 24 août 1993 et a infirmé cette décision.

¹⁰²⁷ J. et A. Pousson, *l'Affection et le droit*, préf. F. Rigaux, éd. du CNRS, 1990, spéc. p. 49.

paradigme conduit à affaiblir l'ensemble des règles, dont les principes, qui envisagent la famille avant tout comme un groupe de personnes caractérisé par une immutabilité. Quelle solidarité possible en l'absence de groupes par exemple ? En effet, le droit institue de moins en moins les relations familiales et s'attache de plus en plus à constater ce que les individus décident.

442. L'exemple des principes relatifs au nom de famille. - Prenons l'exemple du principe portant sur le nom de famille. Notre patronyme est reçu à la naissance et nous ne devrions pas en changer sauf à quelques rares exceptions que nous avons préalablement mentionnées¹⁰²⁸. Il est encore aujourd'hui impossible de modifier notre nom de famille par convenances personnelles. Il semble que cela soit appelé à évoluer puisque cet interdit ne correspond plus à notre vision familiale qui est devenue un groupe strictement privé et non plus publique. Le changement de nom n'est plus accompagné, depuis le 1^{er} juillet 2022, nécessairement par un contrôle et un accord du ministère de la justice. En effet, une loi a été promulguée le 2 mars 2022 afin de simplifier la procédure de changement de nom¹⁰²⁹. Les majeurs peuvent alors par une simple déclaration devant l'officier d'état civil choisir le nom du parent qui n'a pas été transmis. La porte-parole du collectif *Porte mon nom* explique le *leitmotiv* de cette réforme : « *Porter un nom qu'on n'aime pas, le nom de son bourreau, passer par des épreuves de changement de nom très longues, avec des refus, ce n'est plus acceptable* »¹⁰³⁰. Bien évidemment, il ne sera pas possible de choisir n'importe quel patronyme, le principe d'immutabilité du nom de famille n'est pas frontalement battu en brèche. En revanche, le sens du nom de famille est modifié et dans le même temps l'essence du principe disparaît. En effet, le nom de famille doit désormais correspondre à son vécu personnel, oubliant qu'il était avant tout le marqueur d'une filiation. Peu importe la force de l'affection, le nom est une identification sociale dont l'intangibilité est nécessaire à la sécurité juridique des relations. Que penser de la possibilité laissée pour un majeur de changer de nom afin d'effacer les traces des mauvaises actions du passé ? De même, le nom est un indicateur d'appartenance familiale vis-à-vis de la société et non de soi. D'ailleurs, la justice connaît l'importance pour un enfant de connaître ses origines et le nom de famille était parfois le seul mais important lien qu'il restait à un enfant avec le parent absent. Car huit enfants sur dix portent le nom de leur père et ce sont majoritairement ces derniers qui sont absents dans le cadre par exemple des familles

¹⁰²⁸ V. *supra*, n° 170 et s..

¹⁰²⁹ L. n° 2022-301 du 2 mars 2022 relative au choix du nom issu de la filiation. Un an après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, 70 000 demandes de changement de nom ont été déposées. (source : *Dr. fam.* oct. 2023, alerte 108)

¹⁰³⁰ Propos rapporté par le Figaro du 19 déc. 2021, <https://www.lefigaro.fr/actualite-france/la-majorite-veut-simplifier-le-changement-de-nom-de-famille-20211219>.

monoparentales. Laisser à l'enfant le choix du nom fait de ce marqueur d'identité un marqueur d'affection, ce qui n'était pas son rôle originellement. Ainsi, le nom de famille souffrira indubitablement, de toutes les complexités que revêt l'affection familiale qui, malheureusement, parfois mêle souffrance personnelle, chantage affectif... Il y a plus de souffrances que de fautes évidentes dans le domaine familial. Se pose donc la question du rôle que doit jouer le patronyme dans notre société et s'il est le miroir de son vécu alors faut-il maintenir les principes attachés au nom de famille ? A l'instar du sexe mentionné à l'état civil, il serait possible de définir désormais son nom par le biais d'un ressenti corroboré par un faisceau d'indices.

443. Le danger des liens individualisés. - Cette évolution législative est le résultat du délitement des liens familiaux et l'attention portée à l'individu qui est la valeur absolue désormais. Cet individualisme n'est pas seulement juridique. Au sein de la société le bonheur personnel est plus important que le bonheur collectif. Dans ce contexte, certains principes visés par la Cour de cassation paraissent archaïques ou, en tous cas, leur applicabilité est de plus en plus décriée puisque mal acceptée¹⁰³¹. Comme l'explique Madame Brunet, « *la cohésion sociale suppose désormais de reconnaître les liens interindividuels que les individus se sont donnés* »¹⁰³². Avec les principes attachés au nom de famille nous nous retrouvons dans le cas inverse du principe de monogamie : la société n'accepte plus qu'un enfant puisse porter le nom d'un père qui ne l'a pas élevé alors que la jurisprudence le commande. L'effectivité du principe était donc compliquée du fait d'une applicabilité de moins en moins acceptée par la société. C'est d'ailleurs pourquoi, comme nous l'avons vu précédemment, la jurisprudence avait déjà commencé à déroger au principe d'immutabilité du nom de famille pour des motifs d'ordre affectif¹⁰³³. Le danger est que le lien familial et tout ce que cela implique ne sera reconnu que quand il en va de l'intérêt individuel. De ce point de vue, le principe *infans conceptus* est le seul principe qui semble pouvoir être éternel malgré une privatisation importante de la famille. Il revient au juge de faire le choix entre protéger les principes qu'il a lui-même visés face à la montée de l'individualisme au sein de la société ou d'accompagner le délitement de

¹⁰³¹ Les demandes de changement de nom ont d'ailleurs augmenté ces dernières années passant de 2774 en 2018 à 3567 en 2021 et 70 000 entre juillet 2022 et juillet 2023. Source : C. Pérès, « Le nom : évolutions et résurgences. Réflexions à propos de la loi n° 2022-301 du 2 mars 2022 relative au choix du nom issu de la filiation », *Droits* 2021/2, n° 74, pp. 105 – 118 et <https://www.justice.gouv.fr/actualites/actualite/procedure-simplifiee-changement-nom-70000-demandes>.

¹⁰³² L. Brunet, « Une solution audacieuse mais pas si téméraire », note ss. Rennes, 6^e ch., sect. A, 12 déc. 2016, *Dr. fam.* avr. 2017, pp. 15-17, spéc. p. 16. En l'occurrence il était question des liens créés à la suite d'une GPA mais qui révèle l'adhésion de la société sur la reconnaissance plus forte des liens que les individus se donnent volontairement.

¹⁰³³ V. *supra*., n° 188.

l'institutionnalisation des liens familiaux. Si l'enfant semble être devenu l'être fondateur de la famille, il semble que la bonne réponse sera celle qui permettra à ce dernier de vivre et s'épanouir au sein d'une famille dont les liens sont sécurisés et inaltérables.

§2. Un droit de la famille pédocentré

444. La nouvelle place de l'enfant au sein de la famille. - La Convention internationale des droits de l'enfants de 1989 est le socle incontesté de l'ensemble des droits dont bénéficient toutes personnes ayant moins de 18 ans¹⁰³⁴. Elle est de ce fait une des ressources essentielles de notre droit français qui entend aujourd'hui mettre l'enfant au centre des préoccupations familiales. En effet, la place de l'enfant dans la famille est devenue une question centrale puisqu'il en est devenu le ciment. La désinstitutionnalisation des liens du couple a conduit le droit à devoir protéger les liens de filiation qui s'en trouvaient fragilisés. Il est devenu essentiel de protéger l'enfant afin qu'il ne pâtit pas des bouleversements familiaux auxquels nous assistons. Il faut donc désormais être à son écoute¹⁰³⁵, le protéger des divisions, sécuriser son environnement familial et lui permettre de s'épanouir.

445. Annonce du plan. - Le caractère pédocentré du droit de la famille a engendré deux conséquences juridiques qui ont eu une influence sur l'effectivité des principes. Nous verrons donc en premier lieu la naissance du couple parent-enfant (A) et, dans un second lieu, les suites de l'application du standard de l'intérêt supérieur de l'enfant (B).

A) Les conséquences de la naissance du couple parental sur les principes de droit de la famille

446. Les dommages sur l'enfant d'une famille fragilisée. - La notion de couple parental peut paraître étrange sauf à considérer que cette relation tripartite a repris les anciens codes des

¹⁰³⁴ Signée le 20 nov. 1989, mise en application par décret du 8 oct. 1990, n° 90-917. V. sur ce sujet : C. Neirinck et M. Bruggeman (ss. dir.), *La convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, Dalloz, 2014, pp. 278 ; E. Alfandari, F. Dekeuwer-Défossez, F. Monéger, P. Verdier et P. Y. Verkindt, *Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant après la Convention internationale sur les droits de l'enfant*, Rapports officiels, 1993, La documentation française ; A. Gouttenoire, « La Convention internationale des droits de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le monde du droit, écrits en l'honneur de J. Foyer*, 2008, Economica, p. 495.

¹⁰³⁵ D'un point de vue strictement judiciaire sur ce sujet V. : dossier : « Le droit de l'enfant à l'audition en justice », *Dr. fam.*, mars 2016, p. 11 et s.

relations conjugales à savoir un lien quasi indéfectible né d'un désir mutuel d'alliance à travers un enfant. Parler de couple c'est permettre de généraliser les nouvelles réalités familiales puisqu'il « *occulte la diminution de la nuptialité et, s'il est « parental », il permet de nier la réalité des divorces et séparations* »¹⁰³⁶. Nous l'avons vu précédemment, le couple, depuis le divorce sans juge, est entré tout entier dans la sphère privée. Cependant, les adultes gardent une responsabilité vis-à-vis de l'enfant ce qui explique que le droit veuille protéger la construction infantile en veillant au maintien des liens parentaux. Nous avons aujourd'hui un recul sur l'effet du divorce sur l'enfant et les conséquences désastreuses sur les liens de filiation ainsi que sur le développement de l'enfant. La sociologue Evelyne Sullerot explique parfaitement que « *pour l'enfant de famille recomposée, sa famille à lui est « décomposée » : son père est d'un côté et sa mère de l'autre. Pour les enfants qui y vivent, les ménages recomposés font des familles décomposées* »¹⁰³⁷. Pour pallier cet effet, le droit refusant d'intervenir au sein du couple, ferait reculer l'ordre public de direction¹⁰³⁸ pour se recentrer autour d'un ordre public de protection vis-à-vis essentiellement de la personne de l'enfant¹⁰³⁹. Un récent arrêt de la Cour de cassation le prouve encore puisque, par exemple, l'ordre public interdit désormais de priver l'enfant mineur d'établir sa filiation avec son père de nationalité française¹⁰⁴⁰. En l'espèce, la filiation devait être régie par la loi personnelle de la mère qui est marocaine. La législation étrangère a pourtant été écartée puisqu'elle interdit la recherche de paternité hors mariage. Ainsi, nous voyons que la protection de l'enfant reste au cœur du droit de la famille.

447. Le renforcement du devoir de loyauté des parents. - La préoccupation première est donc de préserver la relation parent-enfant notamment dans une circonstance de délitement familial. En ce sens, « *la précarité du couple s'oppose désormais à la permanence des parents* »¹⁰⁴¹ ce qui implique de nouvelles formules juridiques telles que la coparentalité¹⁰⁴²,

¹⁰³⁶ F. Dekeuwer-Défossez, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.* 1995. 249.

¹⁰³⁷ « Interview d'Evelyne Sullerot, sociologue et cofondatrice du planning familial », en ligne sur : www.parent-solo.fr/dossier-222-evelyne-sullerot-interview-sociologue-co-fondatrice-planning-familial.html

¹⁰³⁸ V. sur ce sujet notamment : J.-R. Binet, « Fidélité et ordre public », *Dr. fam.*, avr. 2017, pp. 27-28.

¹⁰³⁹ V. sur ce sujet : Ch. Masson, « L'ordre public familial en péril ? », *RTD civ.* 2018. 809 ; J. Pineau, « L'ordre public dans les relations de famille », in *Les Cahiers de droit*, vol. 40, n° 2, 1999, pp. 323-344.

¹⁰⁴⁰ Civ. 1^{ère}, 16 déc. 2020, n° 19-20.948 : *JurisData* n° 2020-020588 ; *Dr. fam.*, avr. 2021, comm. E. Bonnifay ; *JCP N* 2020, act.1054 ; *D. actu.* 25 janv. 2021, obs. A. Panet ; *RTD civ.*, 2021. 111, obs. A.-M. Leroyer ; *D.* 2021. 923, obs. S. Clavel. Pour une décision dans le même sens, V. : Civ. 1^{ère}, 27 sept. 2017, n° 16-19.654 : *JurisData* n° 2017-018736 ; *D.* 2017, 2518, note Guillaumé ; *JKI* 2018, 875, Godechot-Patris ; *AJ fam.* 2018. 41, obs. Dionisi-Peyrusse ; *Dr. fam.* 2017. 234, note Farge ; *JCP G* 2017. 1311, note Gallant ; *LPA* 8 fév. 2018. 7, obs. Guillard.

¹⁰⁴¹ G. Ruffieux, *Les sanctions des obligations familiales*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2014, spéc. n° 44.

¹⁰⁴² V. en ce sens : C. Siffrein-Blanc, « Le juge garant du principe de coparentalité : la Cour de cassation veille ! », *Dr. fam.*, mars 2011, p. 51. Voici comment peut être expliquée cette notion de coparentalité : « *Ainsi, un dynamisme concret naît de cette industrie de la satisfaction des projets personnels que chacun porte en lui d'une famille qui le rendra heureux, la famille cessant d'être un groupe ordonné pour être un espace de liberté dans lequel s'ajustent des personnes ayant des projets personnels identiques ou compatibles ou complémentaires, par exemple deux projets parentaux, ce phénomène étant désigné comme la « coparentalité », ce terme conjonctif, cette juxtaposition de deux « parentés individuelles » remplaçant la*

l'indisponibilité de l'autorité parentale¹⁰⁴³, la solidarité parentale, la loyauté parentale... Si nous prenons l'exemple de cette dernière notion, même si « *l'obligation de loyauté imprègne [...] le droit tout entier au travers du principe moral de bonne foi* »¹⁰⁴⁴, il semble qu'elle soit d'une particulière importance aujourd'hui notamment après une séparation. En effet, de nombreuses décisions parlent de conflit de loyauté dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale¹⁰⁴⁵. Il n'est alors plus question du couple, la loyauté perdure au-delà de la simple volonté de « faire famille ». La loyauté démontre que la famille n'est pas seulement le fruit d'une volonté et la survie de celle-ci n'est pas dépendante de l'arbitrage du couple. Cela démontre la force de ce devoir, qui est indispensable à l'équilibre et à la paisibilité des relations familiales en général et filiales en l'occurrence. C'est pourquoi, au sein de la doctrine, certains appellent au renforcement de ce devoir¹⁰⁴⁶, voire pourquoi pas, en faire un nouveau principe. Ce concept est en effet essentiel au sein d'un droit de la famille qui se contractualise. Au-delà même de la coopération parentale, la loyauté se trouve aujourd'hui au centre de plusieurs règlements de conflits familiaux¹⁰⁴⁷. Ainsi, nous voyons qu'au travers de nouvelles dynamiques, comme celle du couple parental, les principes peuvent être féconds si tant est que la doctrine continue de faire « *un effort doctrinal de synthèse* »¹⁰⁴⁸ sur lequel le juge viendrait s'appuyer.

448. Le renforcement du principe *infans conceptus* dans un droit pédocentré. - En tous les cas, le droit de la famille aujourd'hui se focalise de manière plus ou moins efficace sur la personne de l'enfant. C'est d'ailleurs ce qui pourrait expliquer que le principe *infans conceptus* reste aujourd'hui si imperturbable au milieu des remous du droit de la famille. Il est, en effet, le seul principe visé par la Cour de cassation dont l'objectif est de protéger l'enfant. Aucune exception n'est apportée à ce principe bien au contraire puisque son champ d'application s'étend¹⁰⁴⁹. Le seul point d'accroche réside dans le statut de l'embryon en lui-même où la

parentalité de naguère ». M.-A. Frison-Roche, « Une famille à sa main », in *La famille en mutation*, Dalloz, coll. « Archives de philosophie du droit », pp. 249-265. <https://mafr.fr/en/article/9-une-famille-a-sa-main/>.

¹⁰⁴³ V. *supra*, n° 80.

¹⁰⁴⁴ F. Terre, Ph. Simler, et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2013, spéc. n° 441.

¹⁰⁴⁵ V. notamment suite au déménagement de l'un des parents : Toulouse, 30 nov. 2015, n° 14/06568, n° 15/1008 : *JurisData* n° 2015-027626 ; Paris, 10 sept. 2015, n° 14/19555 : *JurisData* n° 2015-020190 ; Paris, 8 juill. 2015, n° 14/18996 : *JurisData* n° 2015-016728.

¹⁰⁴⁶ V. sur ce sujet : G. Kessler, « Les devoirs réciproques des parents séparés », *Dr. fam.*, fév. 2018, pp. 17-21.

¹⁰⁴⁷ À propos d'une femme ayant arrêté tout mode de contraception sans en parler à son mari : Nîmes, 2e ch., sect. C, 21 mars 2007, Carole G. c/ Jean-François T. : *JurisData* n° 2007-332022 ; Bordeaux, 6e ch., 10 déc. 1998, n° 97/001925 : *JurisData* n° 1998-047160 ; Paris, pôle 3, ch. 3, 10 janv. 2013, n° 12/09158 : *JurisData* n° 2013-000099. Dans le cadre du divorce pour faute à l'encontre d'un homme ayant eu des conversations osées avec d'autres femmes : Bourges, 9 juill. 2015, n° 14/01066 ; ou suite à une gestion des relations financières déloyales : Civ. 1^{re}, 25 mars 2009, n° 08-11.126 : *RJPF* 2009. 6128, obs. Garé. Sur l'obligation de vie commune au sein du PACS : TGI Lille, 5 juin 2002 : D. 2003.515, note X. Labbée ; *RJPF* 2003-3/38, obs. Valory ; *Dr. fam.* 2003, n° 57, note Beignier ; *RTD civ.* 2003. 270, obs. Hauser.

¹⁰⁴⁸ C'est ainsi que le terme de principe a été défini par J. Boulanger, « Principes généraux du droit et droit positif », *op. cit.*, spéc. p.54

¹⁰⁴⁹ V. *supra*, n° 205.

question de son statut de personne en devenir pose des contradictions notamment entre le droit civil et le droit pénal¹⁰⁵⁰. Cela n'empêche que l'effectivité de ce principe est fort puisque encouragée par la justice et largement compris au sein de la société. L'intérêt de l'enfant, qu'il soit né ou pas encore, doit être juridiquement protégé.

B) Le standard de l'intérêt supérieur de l'enfant

449. Définition du terme de standard de l'intérêt supérieur de l'enfant. - Au début du XX^{ème} siècle est né aux États-Unis avec le juge Holmes un courant dit *realism* qui s'écarte de la vision légaliste du droit. Ce courant tend à rendre le juge plus pragmatique et à prendre en compte l'ensemble des intérêts en présence et non plus le respect de la règle de façon intransigeante. Ainsi naissent de nouveaux procédés normatifs dont les standards juridiques font partie¹⁰⁵¹. Ces derniers peuvent être définis de manière claire et efficace comme « *une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé* »¹⁰⁵². En droit de la famille, il existe deux grands standards : en premier lieu, l'éminent intérêt supérieur de l'enfant et, en second lieu, l'intérêt de la famille qui reste relativement discret en droit¹⁰⁵³. Ce dernier porte exclusivement sur des problématiques patrimoniales de la famille notamment en ce qui concerne le régime matrimonial des époux. Comme expliqués précédemment, les principes que nous évoquons ne jouent un rôle que résiduel en droit patrimonial. C'est pourquoi ce standard ne participe pas à un déclin dans l'effectivité de ceux-ci. En revanche, l'intérêt supérieur de l'enfant est une règle de plus en plus appliquée dans l'ensemble du droit familial que ce soit patrimonial mais aussi, et peut-être surtout, extrapatrimonial. Cette notion est apparue pour la première fois dans le texte de la Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959 en son deuxième principe. Cependant, c'est bien grâce à la Convention de New-York de 1989, dont nous avons déjà fait mention¹⁰⁵⁴, que ce standard prend la forme d'une réalité juridique contraignante. De fait, avant cette convention, l'intérêt supérieur de l'enfant n'avait pratiquement pas été énoncé par la Cour de cassation sauf à propos des droits de garde d'un

¹⁰⁵⁰ V. *supra*, n° 208 et s..

¹⁰⁵¹ V. sur ce sujet : S. Néron, « Le standard, un instrument juridique complexe », JCP G n° 38, 19 sept. 2011, doctr. 1003.

¹⁰⁵² V. « Standards » in Cornu Gérard, *Vocabulaire juridique*, op. cit., spéc. p. 992.

¹⁰⁵³ V. sur ce sujet : V. Fraissinier-Amiot, « L'intérêt de la famille : une notion « standard » a contenu variable », *LPA* n° 260.2007, p. 4. L'auteur, explique, à cet effet, de quelle manière le juge s'appuie sur ce standard juridique afin d'étendre son pouvoir au-delà de ce que commande les textes. Ainsi, dans le cadre de l'article 217 du Code civil, au lieu de juger l'intérêt de la famille par rapport au refus de l'époux d'agir, il le fera par rapport à l'acte demandé par l'autre époux. Par exemple, le juge ne regardera pas si le refus d'un des membres du couple de vendre le logement familial est justifié par l'intérêt de la famille mais examinera si la vente est faite dans l'intérêt de la famille.

¹⁰⁵⁴ V. *supra*, n° 75, 81, 350 et 444.

mineur¹⁰⁵⁵. Depuis lors, grâce à l'application directe en droit interne de la CIDE, le juge ne cesse de s'appuyer sur ce standard ce qui entraîne dans certains cas la mise à l'écart de la loi ou, et c'est ce qui nous intéresse, des principes.

450. Une application du standard au cas par cas. - Les standards juridiques permettent au juge de dégager lui-même la solution en fonction d'une direction donnée. C'est en ce sens qu'ils permettent une individualisation du procès puisque le juge applique les standards espèce par espèce à partir d'un « *critère indéterminé directif mais normatif* »¹⁰⁵⁶. Ainsi, la règle de droit s'insère dans des concepts subjectifs qui ne peuvent de ce fait laisser présager une solution aux litiges à venir. Ces dernières années les standards se sont multipliés, faisant craindre à certains un pouvoir trop important laissé au juge¹⁰⁵⁷. C'est en ce sens que nous pouvons dire que le standard fragilise l'effectivité des principes en général puisque ces derniers ont désormais une application sous condition : le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant pris dans son individualité. En effet, comme nous l'avons vu précédemment, la règle de l'intérêt supérieur de l'enfant a écarté des principes tels que l'interdit de l'inceste¹⁰⁵⁸ ou l'immutabilité du nom de famille¹⁰⁵⁹. Ainsi, le standard a un effet différent des principes en ce sens où le raisonnement est tenu en fonction de l'individualité des faits. Si nous prenons l'article 310-2 du Code civil inspiré du principe d'exogamie, il a été voté dans l'intérêt général de l'enfant. Nous passons donc, avec le standard, à la recherche d'un intérêt individuel comme unique raison d'une interdiction ou non d'uninceste¹⁰⁶⁰. Il y a donc désormais une personnalisation du procès¹⁰⁶¹ et une évolution dans le raisonnement juridique où l'intuition et l'expérience du juge jouent désormais un rôle déterminant.

451. Le danger du standard de l'intérêt supérieur de l'enfant. - Pourtant, le standard de l'intérêt supérieur de l'enfant pose question du fait du large panel d'interprétations qu'il offre.

¹⁰⁵⁵ V. notamment : Civ. 1^{ère}, 10 mai 1977, n° 76-12.038 : la cour d'appel « relève également, tant par motifs propres que par adoption de ceux des premiers juges, que "l'intérêt supérieur de l'enfant est de continuer à s'épanouir dans son milieu actuel, sans être mêlée au conflit familial" ».

¹⁰⁵⁶ M. Goubinat, *Les principes directeurs du droit des contrats*, th. ss. dir. S. Bros, Grenoble, 2016, spéc. p. 164.

¹⁰⁵⁷ V. en ce sens : N. Blanc, « Le juge et les standards juridiques, in *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, ss. dir. M. Mekki, RDC 2016, n°2, spéc. 394. Pour un avis en sens contraire : B. Sturlèle, « Le juge et les standards juridiques », *Ibid*, spéc. p. 398.

¹⁰⁵⁸ V. *supra*, n° 127.

¹⁰⁵⁹ V. *supra*, n° 179.

¹⁰⁶⁰ V. sur ce sujet : P. Hammje, « L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales », in mél. en l'honneur de P. Lagarde, *Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz et spéc. p. 366 : « De l'intérêt abstrait de tout enfant, clairement matérialisé dans un choix de fond, l'on est passé à l'intérêt concret de chaque enfant, notion factuelle individualisée au cas par cas ».

¹⁰⁶¹ V. sur ce sujet : G. Lebreton « Le droit de l'enfant au respect de son « intérêt supérieur ». Critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil français », *CRDF*, n° 2, 2003, pp. 77-86.

En effet, « l'expression « intérêt de l'enfant » peut facilement être appliquée à toutes les situations. Chacun demeure libre d'imaginer ce qu'elle recouvre car elle n'évoque rien de précis ; mieux, elle fait essentiellement appel à l'empathie. Qui oserait affirmer qu'il est contre l'intérêt de l'enfant ? »¹⁰⁶². Tout est une question de bénéfice-risque. Or, puisque la parole de l'enfant est, surtout dans le jeune âge, imparfaite, il nous revient de décider pour lui. Définir son intérêt est quoi qu'il en soit une responsabilité bien lourde laissée au juge. Il est évident que l'intérêt de l'enfant doit primer sur l'ensemble des considérations mais la réponse à cette nécessité morale réside-t-elle nécessairement dans l'individualisation du procès ? Car, c'est un fait, l'intérêt est une considération subjective dont le risque est qu'elle soit dévoyée. Comme le relevait le professeur Hauser au sujet en l'occurrence de la question du mariage dit pour tous, « contrairement à l'affichage qui donne bonne conscience, l'intérêt de l'enfant, même supérieur, ne conduit pas les réformes d'aujourd'hui, l'ensemble étant nettement marqué par l'individualisme parental »¹⁰⁶³. Cette citation est la preuve que sans le poids de l'intangibilité, la règle s'affaiblie sous le poids des visions contradictoires. Le risque est que ce standard si important soit dissous dans ses mouvances dépendantes des cas d'espèces. Le droit se subjectivise et fragilise les principes qui l'ont fondé ou que la jurisprudence elle-même avait consacré. Est-ce protéger l'enfant que de pouvoir remettre en cause des principes, et les règles de droit en général, en fonction de ce que le juge estime bon pour ce dernier ? Est-il si évident que le principe de dignité, celle d'un parent par exemple, soit inférieur à l'intérêt de l'enfant¹⁰⁶⁴ ? Est-il normal que le juge puisse écarter le principe d'égalité des filiations ou le principe de monogamie au profit de l'intérêt de l'enfant ? Si les questions restent ouvertes, le fait est que les principes souffrent indéniablement du risque d'être réduits par l'application du standard de l'intérêt supérieur de l'enfant.

A l'image des principes, le standard est une soupape laissée au juge pour rendre des décisions équitables. Seulement, à la différence des principes, le juge ne se lie aucunement dans les décisions futures laissant planer une insécurité juridique. Or, le juge étant d'abord et avant tout

¹⁰⁶² C. Neirinck, « A propos de l'intérêt de l'enfant », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la CEDH*, Anthemis, coll. « Droit & Justice », pp. 25 et s.. Sur ce sujet également, V. : M. Fabre-Magnan, « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant », D. 2015. 224. De même : J. Carbonnier, Note D. C., 1944, spé. p. 91 : « La notion d'intérêt, une des plus fréquemment invoquée dans la science du droit, est aussi une des moins claires »

¹⁰⁶³ J. Hauser, « Le couple sexué et le droit de la famille », in *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, ss. dir. C. Brunetti-Pons, Mare&Martin, 2014, pp. 59-74. Dans le même sens V. : J. Hauser, « L'intérêt supérieur de l'enfant et le fait accompli : une filiation quand je veux et avec qui je veux, par n'importe quel moyen », *RTD civ.* 2008. 93 ; J.-R. Binet, « L'intérêt de l'enfant dans la jurisprudence de la CEDH », in *CEDH et droit de la famille*, op. cit..

¹⁰⁶⁴ Le fait d'estimer que l'intérêt de l'enfant est au-dessus de toutes autres considérations peut être qualifié de « pédodémagogie » selon l'expression de C. Chabert, *L'intérêt de l'enfant et les Conflits de lois*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, spé. p. 78. Il n'est en effet pas si pertinent qu'un intérêt particulier soit supérieur à l'intérêt général.

un être social, il « se réfère à la représentation courante des impératifs de la normalité. Il est ainsi érigé en interprète des valeurs sociales, porte-parole des aspirations collectives »¹⁰⁶⁵. Dans une société où les mutations se multiplient et s'accélèrent, le danger est plus que jamais l'inconsistance du droit.

¹⁰⁶⁵ S. Chassagnard-Pinet, « Normalité et norme juridique : d'une force normative à l'autre », in *La force normative, Naissance d'un concept*, ss. dir. C. Thibierge et alii, LGDJ, 2009, spéc. p. 159.

Section 2. Les conséquences de la mutation sociale sur les principes

452. Définition du concept de mutations sociales. - La mutation sociale fait référence « aux transformations profondes et devenues manifestes des structures sociales et des agencements culturels, ainsi qu'aux crises qui en résultent »¹⁰⁶⁶. Notre société, depuis le sortir de la seconde guerre mondiale, se transforme à travers la glorification de l'individu et l'avènement d'une société ultra-connectée. Il en résulte, entre autres, une crise de la famille qui peine aujourd'hui à se trouver un modèle. En droit, cela se traduit par une multiplication des lois, ce que le professeur Binet appelle le « syndrome de Galilée »¹⁰⁶⁷, et une insécurité jurisprudentielle fruit d'un contrôle accru par le juge du respect de la nébuleuse normative actuelle. Bien évidemment, les principes sont touchés par cette crise.

453. Annonce du plan. - Si nous reprenons la définition donnée par le professeur Gridel, les principes « sont des axiomes de prétention normative assis sur des sources matérielles du droit que sont tantôt la tradition d'ordre social, tantôt la raison ou l'équité sans lien nécessaire avec un texte précis »¹⁰⁶⁸. Quand la société évolue et qu'elle se coupe d'avec la vision traditionnelle de la famille, il y a forcément un impact sur les principes. Nous l'avons mentionné à plusieurs reprises, l'individu a supplanté le groupe ce qui au sein de la société s'est transformé par une mutation identitaire (§3).

De même, si les éléments sur lesquels se fondent nos valeurs changent alors, notre raisonnement se modifie et influe sur l'effectivité des principes. En effet, notre droit s'est appuyé sur la vision chrétienne de la famille pour se construire¹⁰⁶⁹. Aujourd'hui, la religion n'est plus au fondement de notre droit, il semble que d'autres croyances, telle que la science, se soient supplantées. Depuis la fin du 18^{ème} siècle, le progrès scientifique est placé comme une condition nécessaire au bonheur¹⁰⁷⁰. Cette infusion philosophique a un écueil, dans lequel notre société semble être parfois tombée, celui de placer les connaissances scientifiques comme des

¹⁰⁶⁶ G. Balandier, *Sens et puissance*, Presses Universitaires de France, 2004, spéc. p. 77.

¹⁰⁶⁷ J.-R. Binet, « La peur du vide », in *Droit et progrès scientifique*, 2002, pp. 223-241, spéc. p. 241. L'auteur explique la crainte du législateur de faire la même erreur que celle commise par le Tribunal du Saint-Office qui avait refusé de reconnaître le progrès scientifique, en l'occurrence la preuve de l'aspect sphérique de la terre. Cela le conduit à statuer dans un sens toujours favorable au progrès.

¹⁰⁶⁸ J. P. Gridel, « Le rôle de la Cour de cassation française dans l'élaboration de la consécration des principes généraux du droit », in *Les principes généraux du droit. Droit français, droit des pays arabes, droit musulman, dénominateurs communs*, Bruxelles, Bruylants, 2005, spéc. p. 138.

¹⁰⁶⁹ Sur ce sujet, v. : J.-R. Binet, *Droit et progrès scientifique – Science du droit, valeurs et biomédecine*, op. cit..

¹⁰⁷⁰ Telle est la vision de la philosophie des lumières : V. Diderot et d'Alembert, *L'Encyclopédie*, <http://enccre.academie-sciences.fr/encyclopedie/> ou encore V. le Discours de réception du marquis de Condorcet à l'Académie française le 21 février 1782 : « Toute découverte dans les sciences est un progrès pour l'humanité ». <https://www.academie-francaise.fr/discours-de-reception-du-marquis-de-condorcet>.

jugements de valeurs. La vérité se trouve dans les sciences et qui dit vérité dit juste. Ainsi, les progrès scientifiques concurrencent nos principes, notamment directeurs, en tant que valeurs voire les dépassent. Comme nous allons le voir, les progrès scientifiques ont eu un impact sur la société et, par ricochet, sur les principes de droit de la famille. Deux types de progrès feront l'objet de deux paragraphes, d'une part les progrès dans le secteur médical (§1) et, d'autre part, les progrès dans le secteur des nouvelles technologies de l'informatique et des communications (NTIC) (§2).

§1. Les conséquences des révolutions médicales sur les principes

454. Annonce du plan. - La médecine, grâce notamment aux progrès scientifiques et à la mutualisation des connaissances, continue en ce début du XXI^{ème} siècle ses avancées majeures. Elle a permis notamment une augmentation de l'espérance de vie¹⁰⁷¹ (A) et le développement de nouvelles techniques de procréation (B). Ces découvertes médicales ont eu un impact sur le droit de la famille et sur l'emploi des principes qui lui sont attachés.

A) L'impact de l'augmentation de l'espérance de vie sur les principes en droit de la famille.

455. L'éloignement de l'idée de la mort. - L'espérance de vie a augmenté éloignant dans le même temps l'idée de la mort dans notre espace quotidien¹⁰⁷². Cette augmentation globale de la durée de la vie s'est accompagnée d'une amélioration de la qualité de vie. En effet, en France, nous avons de plus en plus de chance de vieillir sans incapacité après 65 ans¹⁰⁷³. Le sujet de la vulnérabilité a été particulièrement développé en temps de crise sanitaire où notre fragilité a été mise à nu¹⁰⁷⁴. Ainsi, l'idée de la mort s'est transformée avec au sein de notre société l'illusion d'une possible maîtrise de cette dernière. Certains même pensent pouvoir d'ici

¹⁰⁷¹ Entre 1950 et 2019, l'espérance de vie a augmenté de 16,4 ans pour les hommes et 16,5 ans pour les femmes. Source : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/4277640?sommaire=4318291>.

¹⁰⁷² V. sur ce sujet : D. Le Guay, « Représentation actuelle de la mort dans nos sociétés : les différents moyens de l'occulter », in *Études sur la mort*, 2008/2, pp. 115-123 ; M. Vovelle, *La mort et l'Occident de 1300 à nos jours*, Gallimard, 1993, Coll. « Bibliothèque des Idées », pp. 824 ; Ph. Ariès, « La mort inversé, le changement des attitudes devant la mort dans les sociétés occidentales », in *Essais sur l'histoire de la mort en Occident*, Seuil, 1975, Coll. « Points-Histoire », pp. 164-197.

¹⁰⁷³ Étude de la direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques du 21 oct. 2021 : <https://drees.solidarites-sante.gouv.fr/sites/default/files/2021-10/ER1213.pdf>.

¹⁰⁷⁴ V. : « Covid : face à la mort, une société nue », L'Express, 6 déc. 2020. https://www.lexpress.fr/actualites/1/actualite/covid-face-a-la-mort-une-societe-nue_2140174.html ; M. de Hennezel, *L'adieu interdit*, Plon, 2020, pp. 160.

quelques années pouvoir accéder au secret de l'immortalité¹⁰⁷⁵. Il y a aujourd'hui une médicalisation de la mort qui simule un contrôle sur celle-ci et provoque « *la transformation des valeurs et des exigences normatives qui nous orientent* »¹⁰⁷⁶. En effet, le traitement du trépas est essentiel dans la définition de la place de l'homme au sein du droit.

456. La place de la famille dans le traitement du décès d'un de ses membres. - La famille joue un rôle prépondérant sur ce sujet, elle serait à ce titre « le seul remède à la mort »¹⁰⁷⁷. D'un point de vue patrimonial d'une part, l'augmentation de l'espérance de vie a une conséquence directe sur la manière de penser sa propre succession non seulement vis-à-vis de ses enfants mais également de plus en plus vis-à-vis de ses petits-enfants¹⁰⁷⁸. En effet, la famille est appelée à succéder en l'absence de testament et de manière obligatoire en présence d'enfants. C'est donc, dans la grande majorité des cas, à la famille que revient la tâche de continuer celle de la personne du défunt. Néanmoins, ce rôle affecté à la famille tend à décliner comme le montre le désir de certains de revenir sur la réserve héréditaire¹⁰⁷⁹.

D'un point de vue extrapatrimonial d'autre part, la famille a un rôle déterminant dans l'accompagnement de la personne. Sur la question de l'arrêt des soins par exemple, l'article R.4127-37-2 du Code de la santé publique explique bien qu'en l'absence de directives anticipées, la famille est associée aux décisions prises à l'issue de la procédure collégiale. Or, la mort ces dernières décennies a perdu son aspect collectif avec ses rituels sociaux et sa présence au sein même des foyers pour revêtir une forme plus individualisée avec la médicalisation du passage de la vie au trépas. Cette individualisation se traduit par « *le développement d'un rapport individuel de chacun à la finitude* »¹⁰⁸⁰. Ainsi, nous arrivons à la question de l'euthanasie ou du suicide assisté, qui étant par nature une décision individuelle, mettrait la famille en retrait de cet accompagnement de la personne proche de la mort. Se pose alors la question de la place de la famille dans le respect de la dignité de l'être humain. Comme nous l'avons vu, le principe de dignité est une composante fondamentale du droit de la famille. Jusqu'à récemment, cela

¹⁰⁷⁵ C'est notamment l'idée développée par l'investisseur Peter Thiel. V. : « Peter Thiel et le rêve de l'homme immortel », Les Échos, 30 août 2019. <https://www.lesechos.fr/idees-debats/sciences-prospective/peter-thiel-et-le-reve-de-lhomme-immortel-1127632>.

¹⁰⁷⁶ J.-P. Harpes, « Les justifications contemporaine de l'euthanasie », in *L'Euthanasie*, vol. I, spéc. p. 27.

¹⁰⁷⁷ H. Taine, in *H. Taine, sa vie et sa correspondance*, Paris, 1904-1907, spéc. p. 363 : « *Comme le besoin de nourriture, d'air respirable, de chaleur, etc., l'amour (psychologique) est la tendance de la couche primordiale la plus profonde, ayant pour objet la durée illimitée de l'individu par la conjonction des deux sexes, seul remède à la mort* ».

¹⁰⁷⁸ Sur ce sujet, v. : M. Gayet, *L'anticipation successorale à l'épreuve de l'allongement de l'espérance de vie*, th. ss. dir. Ph. Pierre, Rennes 1, 2016. De même, M. Gayet, « Les défis de l'anticipation successorale chez les personnes âgées : gratifier sans s'exposer », *RDSS* 2018. 800.

¹⁰⁷⁹ V. *supra*., n° 59.

¹⁰⁸⁰ S. Hennette-Vauchez, *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, op. cit., spéc. p. 93.

commandait à la famille de respecter toute vie de l'un de ses membres quel que soit son état de santé. Seulement, il semblerait que pour certains, le fait est que si la science ne peut soigner la personne, alors le pouvoir de choisir de mourir doit lui être donné. Ce choix permettrait une mort digne. La souffrance étant devenu indigne, la famille n'a plus vocation à l'atténuer mais seulement à se conformer au désir du souffrant. Nous assistons bien à un changement de valeur où la volonté et la science ont pris le pas sur l'acceptation et le dévouement. Ce changement de paradigme n'est donc pas sans conséquence sur les principes tels que celui de dignité mais également celui de solidarité.

457. Le refus de la mort au sein des principes de droit de la famille. - Ainsi, l'individualisation de la mort coupe les liens de cet instant avec la famille du défunt. Nous voyons cette dichotomie affecter la filiation ces dernières années avec la question de l'acceptation de l'insémination *post-mortem*. Cette dernière consiste à permettre l'utilisation des gamètes d'un individu alors même que ce dernier est décédé. Il s'agit donc d'une « fondation *ab ovo* d'une famille unilinéaire »¹⁰⁸¹. Cette pratique, acceptée dans certains États voisins¹⁰⁸², est interdite bien que débattue en France. En effet, lors des discussions de la dernière loi bioéthique une vingtaine d'amendements ont été déposés afin de légaliser une telle pratique. Le gouvernement et une partie de la majorité n'y étant pas favorables, notamment du fait de la position du Comité consultatif national d'éthique¹⁰⁸³, ces propositions n'ont pas été suivies.

Malgré tout, le Conseil d'État s'est dans le passé « affranchi de l'interdit légal »¹⁰⁸⁴ et a accepté de restituer le sperme d'un homme décédé à la veuve afin qu'elle puisse être inséminée en Espagne¹⁰⁸⁵. En l'espèce, la veuve était de nationalité espagnole et l'homme désireux de devenir père sachant gravement malade avait pris soin d'autoriser son épouse à recourir à une insémination en Espagne s'il venait à décéder. Malheureusement, c'est ce qui se produisit sauf que l'agence de la biomédecine se conformant à la loi ne put rendre à la veuve le sperme

¹⁰⁸¹ G. Cornu, Droit civil, *La famille*, op. cit., spéc. p. 467, n° 300.

¹⁰⁸² Au sein de l'Union européenne, l'insémination post mortem est autorisée sous condition par l'Espagne, la Belgique, la Hongrie, Autriche, la Croatie, l'Estonie, l'Irlande, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, la Pologne, la Roumanie, les Pays-Bas, la République tchèque, la Slovaquie et Chypre. D'ailleurs, la question d'une condamnation de la France par la CEDH du fait de l'interdiction est ouverte : CEDH 14 sept. 2023, *Baret et Caballero c/ Fr.*, n° 22296/20 et 37138/20. A ce sujet : J.-R. Binet, « Assistance médicale à la procréation - Procréation post mortem : sera-t-il bientôt interdit de l'interdire ? », *Dr. fam.* nov. 2023, comm. 162.

¹⁰⁸³ V. avis 129 sur la « contribution du CCNE à la révision de la loi bioéthique 2018-2019 » adopté à la suite du Comité plénier du 18 sept 2018, spéc. p. 128. https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis_129_vf.pdf.

¹⁰⁸⁴ V. J.-R. Binet, « Insémination post mortem : quand le Conseil d'État s'affranchit de l'interdit légal », *Dr. fam.* 2016, ét. 15.

¹⁰⁸⁵ CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848 : *JurisData* n° 2016-010489 ; *Dr. fam.* 2016, comm. 178, R. Vessaud ; *D.* 2016, 1470, obs. M.-C. de Montecler, 1472, note H. Fulchiron et 1477, note B. Haftel ; *AJDA* 2016, 1092 et 1398, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; *AJ fam.* 2016, 439, obs. C. Siffrein-Blanc, et 360, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RFDA* 2016, 740, concl. A. Bretonneau, et 754, note P. Delvolvè ; *RTD civ.* 2016, 578, obs. P. Deumier et 600, obs. J. Hauser. Pour des jurisprudences en sens contraire : TGI Toulouse, 26 mars 1991 : *D.* 1992, somm. p. 61, obs. X. Labbée ; *RTD civ.* 1991, 310, obs. J. Hauser et TGI Créteil, 4 avril 1995 : *LPA* 24 déc. 1997, n° 154n p. 28, note C. Taglione.

de son défunt époux. L'affaire ayant été conduite jusqu'au Conseil d'État, celui-ci estima qu'en dépit du fait que la loi française soit conforme à la convention européenne des droits de l'homme, il y avait en l'occurrence « *une atteinte manifestement excessive à son droit au respect de la vie privée et familiale protégé par les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». Ainsi, l'interdiction de la PMA *post mortem* dont la motivation tient à empêcher la conception d'orphelins, dépendrait de la situation du parent survivant et non de l'intérêt de l'enfant pourtant au cœur de cette prohibition. Avant même l'acceptation par le législateur de la PMA pour les couples de femmes ou les femmes seules, le Conseil d'État fait fi de la nécessaire crédibilité de la procréation médicalement assistée qui commandait à ce qu'elle copie les impératifs d'une procréation naturelle. De manière évidente, un mort ne peut procréer. Ici encore, la tentation de consoler la femme esseulée prend le relai sur la réalité brute de la mort. La PMA *post mortem* donne l'illusion aux parents de pouvoir « *divorcer de la mort ou du moins de rejeter l'image de celle-ci* »¹⁰⁸⁶. L'Homme ayant trouvé l'opportunité de prolonger la vie au-delà de la mort à travers la filiation il devient alors très délicat pour le juge attentif aux faits d'espèces d'ignorer les souffrances individuelles. Son rôle premier est pourtant de faire respecter la loi qui est en l'occurrence parfaitement claire et conforme à la Convention européenne des droits de l'Homme.

Si aujourd'hui, l'insémination *post mortem* reste légalement prohibée, nous voyons à travers la décision du conseil d'état que les conséquences de la mort se détachent de plus en plus de la construction familiale¹⁰⁸⁷. La création d'orphelins dès la conception est-elle conforme à la dignité et à l'intérêt de l'enfant à naître, rien n'est moins sûr. Une fois encore, les défenseurs de cette pratique semblent ignorer les principes attachés à cette branche du droit.

Quoi qu'il en soit, la PMA *post mortem* a été permise par les progrès de la médecine autour de la procréation. L'impact de la procréation sur le droit de la famille est indéniable en ce qui concerne les principes.

¹⁰⁸⁶ Ph. Pédro, note ss. TGI Toulouse, 26 mars 1991 : *JCP* 1992, II, 21807.

¹⁰⁸⁷ Le juge de la Cour de cassation ayant dans le même temps admis la nullité d'un mariage posthume. Civ. 1^{ère}, 28 fév. 2006, n° 02-13.175. La jurisprudence a dépassé le cadre de la légalité à propos les liens entre la mort et la famille. Sur ce sujet, v. : G. Raoul-Cormeil, « La nullité du mariage posthume : est-ce la fin d'une virtualité ? », *D.* 2006. 2085.

B) L'impact de la procréatique sur les principes de droit de la famille

458. La naissance d'une procréation tirée des liens charnels. - Si les découvertes médicales autour de la procréation se sont accélérées ces cinquante dernières années, la tentation de dissocier la procréation de l'acte sexuel n'est pas si récente. En réalité, la première insémination artificielle humaine a été faite par le biologiste écossais John Hunter en 1790. La première fécondation in vitro a été faite en Grande Bretagne et date, quant à elle, de 1978. Par ces nouvelles pratiques, nous sommes passés d'une nécessité charnelle à la puissance de la volonté¹⁰⁸⁸. En effet, la place de la volonté dans l'enfantement est devenue primordiale au point que nous pouvons parler « d'enfant du désir ». Ce dernier peut être défini comme « *l'enfant de la famille privée, intimisée, désinstitutionnalisée, informelle, qui n'a d'autre raison d'être que l'épanouissement affectif de ses membres. On fait un enfant non pour la société, pour la perpétuation de l'existence collective, mais pour soi et pour lui-même* »¹⁰⁸⁹. L'enfant devient donc le fruit d'une volonté et le consentement est mis au cœur de la filiation.

459. La révolution procréative : de l'empêchement à la création. - Cette révolution s'est faite en deux temps. Tout d'abord, les moyens de contraceptions ayant évolué et étant démocratisés, il est possible de ne pas avoir d'enfant si une grossesse n'est pas souhaitée. L'accès à l'avortement a été de ce point de vue le point final de la maternité non consentie. En somme, les moyens de ne pas avoir d'enfant ont permis la naissance du droit à ne pas enfanter. Le second temps, que nous vivons actuellement au sein du droit de la famille, consiste à transformer le désir d'enfant en un droit à l'enfant. Depuis la fin du XX^{ème} siècle, il existe des moyens scientifiques pour permettre de créer des embryons en éprouvette et de les implanter dans le corps d'une femme. Bien évidemment, ces nouveaux moyens de procréation ont encore des limites puisqu'il reste nécessaire de posséder les gamètes d'un homme et d'une femme et de disposer du corps de la femme afin d'assurer le développement de l'embryon. Néanmoins, ces possibilités conduisent certains à estimer que tout un chacun devrait pouvoir avoir un enfant quand il veut s'il le veut. « *Ainsi, le désir positif d'enfant est d'égale nature que le déni volontaire ou subi de l'enfant, les sentiments ou états psychiques des parents ou futurs parents suffisant à fonder ici le droit à l'enfant, là le droit au rejet de l'enfant* »¹⁰⁹⁰. Le grand débat qui

¹⁰⁸⁸ V. sur ce sujet : I. Théry et A.-M. Leroyer, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, éd. Odile Jacob, 2014, pp. 384.

¹⁰⁸⁹ M. Gauchet, « Mutation dans la famille et ses incidences », *La revue Lacanienne*, 2010/3, pp. 17-32, spéc. p. 19.

¹⁰⁹⁰ C. Labrusse-Riou, « droits de l'homme et institution des liens familiaux : une relation explosive ou pervertie ? », in *La famille, le lien et la norme, Actes du coll. de l'Institut des Sciences de la Famille du 10 et 11 mai 1996*, ss. dir. de G. Eid, l'Harmattan, 1997, spéc. p. 62.

secoue nos sociétés ces dernières années n'est pas tant l'utilisation de telles pratiques artificielles de procréation mais le fait de respecter ou non le modèle de l'engendrement sur lequel se fondaient toutes nos règles juridiques. Le fait est que l'être humain dans beaucoup de pays et en France n'a pas résisté aux charmes du mythe de la toute-puissance de la volonté. En ce sens, la procréatique a permis un bouleversement anthropologique de nos sociétés modernes. Le biologique ne doit plus imposer ses règles et la norme la prend de moins en moins en compte. La première victime de cette conversion fut bien évidemment le principe d'altérité sexuelle qui était l'un des piliers centraux de cette branche du droit. En effet, comme vu précédemment¹⁰⁹¹, en moins de dix ans l'altérité sexuelle en filiation est passée d'une consécration en tant que principe essentiel de notre droit à une négation législative et non naturelle puisque l'homme et la femme restent bien indispensables pour donner la vie.

460. Le changement de sens donné aux principes de droit de la famille. - Par ailleurs, sans s'opposer frontalement aux autres principes de droit de la famille, c'est d'abord l'esprit des valeurs normatives qui est atteint. Les évidences sont déchues car « *la dissociation de la procréation, de la gestation et de la filiation, la tentation du pré-déterminisme génétique, la fragilisation de l'indisponibilité du corps humain par l'autonomie de la volonté bousculent la morale, inquiètent les consciences et obligent sans cesse à cultiver le dialogue entre la science, l'éthique et le droit* »¹⁰⁹². De nouvelles questions émergent. En effet, ces nouvelles formes de procréation posent la question du sens donné aux principes directeurs qui constituent le socle du droit de la famille. La dignité commande-t-elle que toute personne puisse connaître ses origines biologiques ? L'anonymat des donneurs semble contraire à la dignité de l'être humain dans plusieurs pays et la France va doucement vers une pleine remise en cause de ce secret originel¹⁰⁹³. L'égalité signifie-t-elle que tout enfant puisse avoir autant que possible un père et une mère ? La Convention internationale des droits de l'enfant en son article 7 commande qu'un enfant puisse, « dans la mesure du possible, connaître ses parents et être élevé par eux ». C'est la définition même du mot parent qui vacille par ces nouveaux modes de procréation et laisse le champ à une kyrielle sémantique¹⁰⁹⁴ doublé d'un flou juridique. Existe-t-il un devoir de solidarité entre un enfant non désiré et son parent biologique ? La question de la paternité forcée est aujourd'hui régulièrement abordée¹⁰⁹⁵ alors même que durant des siècles l'homme était à

¹⁰⁹¹ V. *supra*., n° 104.

¹⁰⁹² A. Philippot, « L'humain dans la nouvelle loi de bioéthique », *Dr. fam.*, oct. 2021, spéc. p. 16.

¹⁰⁹³ V. *supra*., n° 132.

¹⁰⁹⁴ Pêle-mêle : parent d'intention, donneur, gestatrice, géniteur, mère porteuse, parentalité... La famille institutionnelle ne reposant plus sur des concepts clairs implose derrière ces nouvelles notions

¹⁰⁹⁵ V. *supra*., n° 76.

l’abri, bien plus que la femme, de devoir assumer une parenté jusqu’il y a peu improuvable. De quelle manière régler les cas d’inceste commis par deux êtres ignorant leur lien de parenté du fait du mode de procréation dont ils sont issus ? Si les cas restent rares il y a un risque pour les personnes nées par un mode de procréation exogame de vivre une relation amoureuse avec un demi-frère ou une demi-sœur¹⁰⁹⁶. Toutes ces questions qui se posent aujourd’hui au sein des salles d’audience pâtissent malheureusement d’une absence cruelle de réponses concertées. Car, lorsque le modèle s’effondre les problèmes nouveaux qui se posent sont résolus dans l’urgence du cas par cas. L’ancien modèle biologico-affectif, semble en effet être remplacé par « *une famille technico-volontariste qui aura pour effet la destruction même des liens de parenté, remplacés par une pseudo-parenté du désir impuissante à créer les repères psychologiques et la cohésion sociale* »¹⁰⁹⁷. Le droit, dont le rôle est d’encadrer la famille grâce notamment aux principes directeurs, se retrouve en position de faiblesse. Si nous ne pouvons parler d’ineffectivité de ces principes nous pouvons parler d’une modification dans l’action de ces principes appelés à s’adapter et non plus à encadrer. Les valeurs qui les sous-tendent pâtissent d’une fluctuation basée sur les désirs humains donnant l’illusion d’une vérité dépendante de la volonté de l’homme. La filiation biologique avait l’avantage de la vérité qui ne peut être que si elle est incontestable. Une représentation de cette absence de repère est visible dans les propos du président du comité consultatif national d’éthique qui énonce qu’en matière de bioéthique « la notion de valeur » comme « les lignes rouges sont relatives »¹⁰⁹⁸. Ainsi, cette relativité s’est insérée dans la filiation qui ne repose plus sur des valeurs immuables dictées par la nature humaine¹⁰⁹⁹.

Ainsi, la science a révolutionné la procréation et modifié la perception même des principes directeurs. Il y a donc nécessairement une atteinte à leur effectivité puisque la ligne rouge qu’ils constituent devient discutable et dépend de l’acceptation sociale. Le droit de la famille, à travers ses principes, s’adapte désormais au gré des évolutions au sein de la société. Sur ces sujets, les nouvelles technologies sont des vecteurs efficaces dans l’acceptation sociale des solutions apportées par la procréatique.

¹⁰⁹⁶ V. *supra*, n° 132.

¹⁰⁹⁷ R. Andorno, « Les droits nationaux européens face à la procréation médicalement assistée : primauté de la technique ou primauté de la personne ? », *RID comp.* 1994, 141.

¹⁰⁹⁸ J.-F. Delfraissy, interview accordée à Valeurs Actuelles, 3 mars 2018. <https://www.valeursactuelles.com/societe/jean-francois-delfraissy-je-ne-sais-pas-ce-que-sont-le-bien-et-le-mal>.

¹⁰⁹⁹ Sur ce sujet : M.-T. Meuldres-Klein, « La production des normes en matière bioéthique », in *De la bioéthique au bio-droit*, ss. dir. C. Neirinck, éd. L.G.D.J., 1994, pp. 21-78, notamment : « *Les techniques de la procréation artificielle, qui n’ignorent ni l’économie de marché ni la tentation de l’eugénisme, « désexualisent » la paternité et la maternité, morcellent les fonctions paternelles et maternelles et font éclater les concepts traditionnels de maternité, de paternité et de la famille* ». Sur des nouvelles propositions concernant la filiation : D. Borillo, « Le genre au prisme du droit – Trouble dans la parenté, accouchement sans maternité et maternités masculines », *Revues des Juristes de Sciences Po* n° 15, Juin 2018, 15 ; J.-D. Sarcelet et C. Bohuon, « Filiation et famille : une vérité qui dérange », *D.* 2009. 2876.

§2 La révolution issue des nouvelles technologies de l'informatique et de la communication face aux principes de droit de la famille

461. La définition des NTIC. - Le terme « NTIC » est un acronyme qui désigne l'ensemble des outils issus des nouvelles technologies tels que le téléphone mobile, les ordinateurs, les logiciels... Le principal élément de cette révolution est internet puisque celui-ci a bouleversé complètement nos modes de fonctionnement, de communication et de penser. La société toute entière a embrassé cette évolution transformant ses pans au gré des progrès scientifiques en la matière. La famille n'a pas échappé à cette « dérégulation massive d'un marché cognitif »¹¹⁰⁰. Les NTIC sont des accélérateurs de vie bannissant les contraintes physiques et temporelles. La démocratisation a pris un tout autre visage puisque internet a permis l'effacement de certains intermédiaires qu'ils soient physiques - plus besoin par exemple de rencontrer physiquement la personne pour pouvoir entrer en communication avec elle - ou institutionnel, ainsi l'information n'est plus l'apanage unique des journalistes. Un paradoxe se dessine alors puisque le recul de la sphère de l'intime ne coïncide pas avec un contrôle accru du droit. En effet, internet permet, dans de nombreuses situations familiales notamment, de contourner les règles de droit. Ainsi, comme nous allons le voir, les NTIC ont permis à de nombreux égards d'améliorer l'effectivité des principes de droit de la famille (A), mais nous ne pouvons que douter de la capacité de ces derniers d'échapper aux désordres que ces nouvelles technologies engendrent (B).

A) Les NTIC au service des principes de droit de la famille

462. Les bénéfices des NTIC. - L'un des avantages indéniables d'internet, si tant est que ce soit utilisé à bon escient, est de faciliter les échanges humains. Les nouvelles technologies offrent la promesse de l'efficacité, de la simplification, des services à portée de clic et de l'information à portée de main. Internet a pallié notre propension moderne à nous éloigner de notre cercle familial pour se construire et réaliser notre rêve de « *self made man* ». Il n'a jamais été aussi simple de garder contact avec un membre de sa famille même à l'autre bout du monde. Achat en ligne, drive, livraison, visioconférence... nos déplacements sont limités à nos envies et non plus à nos nécessités. Ainsi, comme nous l'avons vu précédemment, certains principes ont su s'adapter comme c'est le cas pour les dons manuels qui prennent en compte les nombreux

¹¹⁰⁰ G. Bronner, *Apocalypse cognitive*, Puf, coll. « Quadrige », 2020, spéc. p. 13. L'auteur fait en effet le constat d'une accessibilité générale à une masse d'information inégalée dans l'histoire et la possibilité pour tout à chacun de s'exprimer sans intermédiaire.

échanges financiers informels désormais courants au sein du cercle familial¹¹⁰¹. Il n'est plus besoin aujourd'hui qu'il y ait un échange physique pour que le don manuel soit reconnu. De ce fait, internet a facilité les dons manuels puisqu'il n'a jamais été aussi simple d'échanger de la monnaie soit à travers le relevé d'identité bancaire ou bien encore grâce aux nouvelles applications qui permettent d'envoyer de l'argent en ayant simplement le numéro de téléphone du bénéficiaire¹¹⁰².

463. Les bénéfices des NTIC pour la famille. - De manière plus générale, il semblerait qu'internet soit un « facteur de formation et de consolidation du lien familial »¹¹⁰³. En effet, internet permet d'accéder à une multitude de personnes et libère du cercle social restreint. Ce constat laisse présumer une facilité de rencontres à l'extérieur et favorise de ce fait le principe d'exogamie. Cette présomption est à nuancer dans les faits puisqu'il semble que l'homogamie sociale se retrouve encore de nos jours¹¹⁰⁴. Il serait plus juste de dire que les échanges sociaux diminuent plutôt qu'ils se diversifient, « tout indique que l'univers social est en expansion, c'est-à-dire que les individus (l'équivalent des galaxies) s'éloignent progressivement les uns des autres »¹¹⁰⁵. Les contacts sociaux que ce soit auprès d'un commerçant ou même amicaux se font plus rares de nos jours.

Ceci dit, internet reste un nouveau moyen de rencontres puisque, depuis la fin du premier confinement, presqu'un quart des français ont trouvé leur compagnon grâce à un site de rencontre en ligne¹¹⁰⁶. Par ailleurs, internet a favorisé de manière indirecte le principe d'exogamie en permettant des émois collectifs à travers les réseaux sociaux. Récemment, l'ampleur et les ravages de l'inceste ont été mis en lumière notamment au sein de familles dont certains membres sont médiatisés. Le hashtag #MeTooInceste, lancé à la suite de la sortie du livre de Camille Kouchner racontant les violences sexuels que son frère a subi de la part de son beau-père¹¹⁰⁷, a provoqué près de 80 000 messages en deux jours sur le réseau social twitter. Une semaine plus tard, le Président de la République, Emmanuel Macron a ordonné une consultation sous la tutelle du garde des Sceaux et du secrétaire d'État en charge de l'enfance

¹¹⁰¹ V. *supra*., n° 247.

¹¹⁰² Les plus importantes d'entre elles étant Lydia et Pumkin.

¹¹⁰³ D. Bénichou, « Internet et la famille : pour le meilleur et pour le pire », *AJfam.* 2008. 194.

¹¹⁰⁴ M. Bergström et F. Mailochon, « Qui ressemble s'assemble ? », in *50 questions de sociologie*, ss. dir. S. Paugam, Puf, 2020, pp. 45-52.

¹¹⁰⁵ J. Dufresne, « La famille virtuelle », *Horizons philosophiques*, Vol. 6, n° 2, printemps 1996, éd. Collège Édouard-Montpetit, pp. 79-90, spéc. p. 80.

¹¹⁰⁶ Ifop, Enquête sur la rencontre en ligne et la digitalisation de la vie sexuelle à l'heure du covid 19, juill. 2021. https://www.ifop.com/wp-content/uploads/2021/10/118063_Rapport>Ifop_Cam4_2021.28.07.pdf.

¹¹⁰⁷ C. Kouchner, *La familia grande*, Seuil, coll. « Cadre Rouge », 2021, pp. 208. Dans le même esprit : C. Allégret, *Un monde à l'envers*, Fayard, coll. « Littérature Française », 2004, pp. 166 ; C. Ponti, *Les Pieds-Bleus*, Seuil, 1998, pp. 256 ; Ch. Angot, *Le voyage dans l'Est*, Flammarion, 2021, pp. 224.

et des familles afin « d'adapter notre droit pour mieux protéger les enfants victimes ». L'interdit de l'inceste, qui est le corollaire du principe d'exogamie, a été renforcé suite à une demande sociale révélée grâce à internet. C'est ainsi qu'une loi du 21 avril 2021¹¹⁰⁸ a créé de nouvelles infractions sexuelles en niant par exemple tout consentement possible avant dix-huit ans dans le cadre d'une relation incestueuse¹¹⁰⁹. Bien évidemment le *leitmotiv* du législateur est de garantir une protection de l'enfant et non de favoriser les relations amoureuses exogames¹¹¹⁰ mais ce mouvement a permis dans le même temps d'affirmer l'importance du rejet au sein du corps social de l'inceste et de sacrifier certaines relations familiales.

464. L'application du droit pénal à la GPA grâce aux NTIC. - Si internet a permis de faciliter le contournement de la loi en internationalisant les rapports de manière accru, il a, par exemple, permis l'application du droit pénal dans le tourisme procréatif. En effet, au nom du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, la GPA est interdite en France ce qui pousse certaines personnes à se rendre dans des États où cette pratique est autorisée. Cette prohibition se traduit au sein de la loi par l'article 227-12 du Code pénal qui condamne « le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître ». Or, pour que le droit pénal puisse s'appliquer il faut qu'il y ait la réalisation d'un fait constitutif d'une infraction sur le sol français. Ainsi, si toute la procédure est réalisée à l'étranger, il ne peut y avoir condamnation en droit français. Cependant, internet permet de réaliser de nombreuses choses à distance et induit la réalisation de certains faits tels qu'un virement bancaire ou la signature d'un contrat à distance sur le sol français. Comme l'explique le professeur Christophe Blanchard, « *il faut aussi compter avec internet qui, de manière inattendue, accroît les occasions de compétence de la loi pénale française. Internet facilite en effet la commission d'infraction en raison de sa structure en réseau et de son mode de fonctionnement* »¹¹¹¹. Internet en l'occurrence a permis de rendre plus effectif le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes en permettant l'application du droit pénal qui condamne les pratiques d'organisation d'abandon d'enfant. Ainsi, pour illustrer ces propos, la Cour d'appel de Versailles a condamné dernièrement l'hébergeur d'un site

¹¹⁰⁸ L. n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste : *Dr. fam.*, juin 2021, ét. 13, note Ph. Bonfils.

¹¹⁰⁹ Article 222-23-2 du Code pénal : « Hors le cas prévu à l'article 222-23, constitue un viol incestueux tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis par un majeur sur la personne d'un mineur ou commis sur l'auteur par le mineur, lorsque le majeur est un ascendant ou toute autre personne mentionnée à l'article 222-22-3 ayant sur le mineur une autorité de droit ou de fait. »

¹¹¹⁰ Ch. Dubois, « L'inceste en droit pénal ou la consécration de la famille selon Vianney : « Y'a pas que les gènes qui font les familles », *JCP G* n° 23, juin 2021, doctr. 622 : Cette loi « *témoigne d'une conception restrictive de l'inceste : la loi protège non pas une structure familiale mais la vulnérabilité de ses membres* ».

¹¹¹¹ Ch. Blanchard, « Le droit pénal », in *La famille en mutation*, t. 57, Dalloz, 10/2014, pp. 349-372, spéc. p. 357.

internet espagnol qui proposait les services d'un cabinet spécialisé en GPA. En l'espèce, le siège social de l'hébergeur se situait en France et celui-ci avait été alerté à plusieurs reprises de l'existence du caractère illicite de ce site internet. C'est pourquoi, les juges d'appel ont pu condamner la société d'hébergement à retirer l'accès de ce site internet en France¹¹¹².

Malgré tout, internet et plus largement l'ensemble des nouvelles technologies influencent et contraignent notre droit parce qu'ils offrent de nouvelles opportunités au contournement des principes. Cet ajustement face à ces mutations qui modifient le fonctionnement social et familial n'est pas optimum ce qui conduit dans certains cas à une altération de l'effectivité des principes en droit de la famille.

B) Les NTIC initiateurs de désordres familiaux

465. La méfiance suscitée par les NTIC. - Malgré les avantages énoncés ci-dessus, force est de constater que les NTIC sont à l'origine de nombreux désordres familiaux notamment à travers le contournement des principes qu'ils permettent. Toute nouvelle technologie crée une méfiance sur les conséquences familiales que cela engendre. Déjà en son temps, le minitel était perçu comme « *une machine conflictuelle qui suscite concurrence, rivalité et volonté d'accaparement* »¹¹¹³. Il est certain que l'irruption des NTIC au sein du milieu familial n'a pas favorisé les liens entre les membres. D'une part, le temps passé en famille diminue¹¹¹⁴ et d'autre part le virtuel accentue l'individualisation de la société. Par ailleurs, internet est à l'origine de nombreuses problématiques que les familles ont du mal à gérer que ce soit le développement des jeunes enfants confrontés à une consommation excessive des écrans, l'accès pour les adolescents à des images ou des vidéos inappropriés loin de la vigilance des parents ou encore, des occasions nouvelles d'infidélité¹¹¹⁵. Tous ces défis et la liste ne peut être exhaustive devront être relevés par les familles responsables des futures générations.

466. L'exemple des tests de paternité sauvages. - Pour ce qui nous concerne dans cette étude, il y a un constat important à poser puisqu'il est avéré qu'internet a permis à de nombreux

¹¹¹² Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 13 oct. 2020, n° 19/02573 : *JurisData* n° 2020-016212 ; *Dr. fam.*, janv. 2021, comm. 4, V. Égée ; *Dr. fam.*, fév. 2021, repère 2, note J.-R. Binet ; *AJ fam.* 2020. 673, note E. Derieux.

¹¹¹³ P. Mallein, Y. Toussaint, M. Bydlowski, *Télétel 3 V, les adolescents et leur famille*, Centre d'Études des Pratiques Sociales, Université de Grenoble 2 janv. 1984.

¹¹¹⁴ P. Pinto Gomes, « Les nouvelles technologies déstabilisent la famille », *La Croix*, 20/11/2018. <https://www.lacroix.com/Famille/Parents-et-enfants/nouvelles-technologies-destabilisent-famille-2018-11-20-1200984347>.

¹¹¹⁵ L'inscription sur un site de rencontre est malgré tout considéré comme une infidélité : Civ. 1^{ère}, 30 avr. 2014, n° 13-16.649 : *JurisData* n° 2014-009954 ; *Dr. fam.* 2014, comm. 95, J.-R. Binet. – V. aussi, Riom, 2 sept. 2014, n° 13/01664 : *JurisData* n° 2014 -022890 ; *Dr. fam.* 2014, comm. 179, J.-R. Binet.

égards aux individus de contourner la loi. Nous pouvons citer par exemple ceux qui ont fait des recherches biologiques à travers des tests ADN réalisés à l'étranger. Jusqu'à la dernière loi bioéthique l'anonymat des dons de gamètes était la règle. Il est vrai que pour tous les dons postérieurs au premier septembre 2022, cet anonymat ne sera plus possible et les enfants issus de procréation médicalement assistée « hétérologue » pourront avoir accès à certaines informations à partir de leurs 18 ans. Ceci étant dit, l'anonymat peut rester légal pour toutes les PMA exogènes antérieures à cette date. Pourtant, malgré la règle de droit, internet offre l'opportunité pour ces personnes contraintes à l'ignorance de leur ascendance biologique, de tenter d'accéder à certaines informations biologiques. L'association Procréation médicalement anonyme offre à cet effet toutes les informations nécessaires pour contourner la loi. La formule quelque peu captieuse sur leur page internet, accompagnée de sites de référence pour effectuer des tests sauvages, démontre l'impuissance de notre droit à assurer l'effectivité de la norme : « *L'association dénonce le caractère anachronique d'une loi qui rend illégaux ces tests, mais respectueuse de l'état du droit en France, elle ne prône pas leur utilisation* »¹¹¹⁶. D'une manière générale, internet n'a jamais fait bon ménage avec l'anonymat puisque même lorsque celui-ci est choisi par les parents initiateurs de l'AMP exogène, il se peut qu'il y ait une fuite des données. C'est ce qui s'est produit au Canada où l'anonymat est le choix des parents d'intention et il leur est alors laissé la possibilité de choisir leur donneur selon une liste de caractéristiques. Des parents ont sélectionné un donneur doté d'un QI de 160 sans problème de santé particulier. Seulement, quelques années plus tard, des parents ayant bénéficié d'un don de sperme de ce même donneur n'ont pu faire taire leur curiosité et ont réussi, grâce à la divulgation de certaines informations, à retrouver le nom de ce dernier. Une fois l'identité révélée, internet permettant de retrouver facilement les personnes, les parents ont alors découvert que le donneur était non seulement d'une intelligence moyenne mais surtout était atteint de schizophrénie¹¹¹⁷.

467. L'absence de contrôle suffisant sur l'aspect privé des NTIC. - Internet du fait de sa relative nouveauté, est à certains égards un *no man's land* juridique. Cela pose donc la question de la protection des principes face à une liberté obtenue sauvagement. En effet, l'homme est considéré comme un être libre dans la mesure où ses actions respectent le cadre fixé par la vie

¹¹¹⁶ <https://pmanonyme.asso.fr/cartes-des-decouvertes/>. Pour rappel, l'article 226-28-1 du Code pénal énonce que : « Le fait, pour une personne, de solliciter l'examen de ses caractéristiques génétiques ou de celles d'un tiers ou l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques en dehors des conditions prévues par la loi est puni de 3 750 € d'amende ».

¹¹¹⁷ Sur ces faits, v. : Ch. Noiville et F. Bellivier, « Le jeu de l'amour et du hasard et...de la médecine et du profit », *RDC* 2017, n° 1, p. 120.

en société, qu'il soit donné ou élaboré par un processus législatif. La liberté offerte par internet, permet de remettre en cause ce cadre. Il faut donc réaffirmer nos principes afin de les protéger.

Car en effet, le problème le plus pernicieux en lien avec les NTIC est qu'il arrive que le principe soit inefficace du fait d'un manque de volonté de l'appliquer. Prenons le cas de la preuve d'un adultère à l'occasion d'un divorce au travers de la production de SMS. Si ces derniers relèvent du secret de la correspondance¹¹¹⁸, la Cour de cassation a pris soin de préciser qu'en cas de divorce ce principe cède « devant la nécessité de prouver des faits qui, par leur nature même, sont souvent intimes »¹¹¹⁹. Nous notons, une fois encore, que le droit de la famille est particulier parce qu'il compose avec l'affectivité de ses sujets ce qui entraîne une adaptation des principes. Cependant, des limites ont été posées par la Cour de cassation puisque l'obtention de ce type de conversations privées doit être faite de manière loyale¹¹²⁰. Ainsi, l'époux trompé doit avoir obtenu la preuve de son préjudice sans fraude ni violence. Or, la vérification du bon respect de l'application du principe de loyauté n'est pas faite de manière soigneuse et approfondie. D'une part, le juge recherche la fraude ou la violence seulement si l'époux adultérin en fait la demande, la loyauté est donc présumée¹¹²¹. D'autre part, lorsqu'il y a contestation de la loyauté dans l'obtention de la preuve, il semble que le juge soit peu regardant et pose *de facto* un laissez-passer à l'accès au téléphone de son conjoint¹¹²², en témoigne l'arrêt de la Cour d'appel de Montpellier du 12 septembre 2017¹¹²³. En l'espèce, une épouse aurait découvert l'existence de la relation extraconjugale de son époux en prenant « subrepticement » le téléphone de ce dernier. Le juge d'appel n'a cependant pas fait grand cas de ces circonstances et a accepté de tenir compte des SMS dérobés dans les débats. Nous pouvons donc nous demander si, dans le cadre de ces nouveaux moyens de communication, il y a une réelle volonté d'appliquer le principe de loyauté en ce qui concerne le couple.

¹¹¹⁸ V. en ce sens l'article 1^{er} 1de la loi n° 91-646 du 10 juill. 1991 : « *Le secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques est garanti par la loi. Il ne peut être porté atteinte à ce secret que par l'autorité publique, dans les seuls cas de nécessité d'intérêt public prévus par la loi et dans les limites fixées par celle-ci* ».

¹¹¹⁹ Civ. 1^{ère}, 17 juin 2009, n° 07-21.796 : *JurisData* n° 2009-048627 ; *Dr. fam.* 2009, comm. 124, note V. Larribau-Terneyre ; *Procédures* 2009, comm. 323, note M. Douchy-Oudot ; *JCP G* 2010, doctr. 34, obs. A. Gouttenoire ; *Bull. civ.* 2009, I, n° 132, *D.* 2009. 1758, obs. V. Égée ; *Defrénois* 2010, p. 864, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 2009. 514, obs. J. Hauser ; *D.* 2010. 1245, obs. L. Williatte-Pellitteri. Dans le même sens : Civ. 1^{ère}, 11 mai 2016, n° 15-16.410 : *JurisData* n° 2016 -008904 ; *Dr. fam.* 2016, comm. 133, J.-R. Binet.

¹¹²⁰ La loyauté a été consacré comme principe général de la procédure civile : Ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.316 et 09-14.667 : *JurisData* n° 2011-000038 ; *JCP G* 2011, note 208, B. Ruy ; *D.* 2011. 562, obs. Chevrier, note Fourment ; *D.* 2011. 618, obs. Vigneau ; *RTD civ.* 2011. 127, obs. Fages ; *RTD civ.* 2011. 383, obs. Théry. A noter que le Conseil constitutionnel l'a également mentionné la même année : Cons. const., 18 nov. 2011, n° 11-191/194/195/196/197 QPC, n° 30 : *JurisData* n° 2011-025225.

¹¹²¹ V. sur ce sujet : J.-R. Binet, « Preuve de l'adultère par SMS : oui, mais... », *Dr. fam.* juill. 2016, comm. 133.

¹¹²² V. en ce sens : A.-M. Caro, « Preuve par SMS de l'adultère : la fraude difficile à établir », *Dr. fam.* déc. 2017, comm. 237 : « *la Cour n'accorde que très peu de développements à cette question de la fraude. Elle semble ainsi conditionner l'absence de fraude à la vie commune et balaie d'un revers de la main toute tentative de contestation quant à la loyauté de la preuve* ».

¹¹²³ Montpellier, 12 sept. 2017, n° 16/04163 : *JurisData* n° 2017-018835.

468. Conclusion. - Beaucoup d'autres questions dans un proche avenir vont se poser par rapport à la famille et les NTIC. Certains se demandent déjà quelles seront juridiquement les réponses adéquates à apporter au metaverse¹¹²⁴. Ceci se définit comme un monde parallèle en trois dimensions dans lequel il existe des échanges pourtant bien réels. L'ensemble des acteurs de la tech que ce soit Meta¹¹²⁵, Amazon ou Apple travaillent aujourd'hui dans la construction de telles réalités virtuelles. Les principes de notre droit doivent-ils s'appliquer dans ces univers ? Il n'est pas interdit aujourd'hui par exemple de vivre de manière polygame ou d'épouser sa sœur quand bien même derrière chaque personne virtuelle se trouve un être de chair et de sang. Chacun pourra se construire plusieurs identités différentes avec une disparition du corps derrière des avatars¹¹²⁶. De ce fait, le numérique n'a pas fini d'ébranler les principes de droit surtout qu'il paraît que le moment est proche où « notre vie virtuelle aura plus de valeur que notre vie réelle »¹¹²⁷. L'affirmation des principes au regard de ces considérations se fait alors pressante.

§3 La révolution identitaire face au principe de droit de la famille

469. Identité sociale vs identité personnelle. - L'identité englobe tout ce qui nous caractérise en tant que personne et qui nous est propre. C'est la définition du soi-même face à l'infini des autres. Lorsque nous parlons de révolution identitaire, il s'agit d'identifier les conséquences de la subjectivation du droit sur les principes. Effectivement, les valeurs collectives ont laissé le pas aux droits individuels revendiqués avec de plus en plus d'acuité. L'affirmation de son identité est aujourd'hui un enjeu important dans notre société bien qu'il soit « *surprenant que la problématique identitaire, conçue comme le contrepoint des aspirations à l'universel qui caractérisent la pensée occidentale depuis le XVIIIe siècle, resurgisse avec autant de vigueur* »¹¹²⁸. Il faut désormais exister pour soi et pour cela il faut que son identité soit reconnue par les autres¹¹²⁹. L'affirmation identitaire dépend en partie de la

¹¹²⁴ Sur ce sujet : P. Sirinelli et S. Prévost, « Ready lawyer one ! », *D. IP/IT* 2021. 533. ; C. Dubucq, « L'arrivée du metavers – Considérations sur le médium virtuel de demain », *Le Monde du droit*, 10/12/2021. De même un site internet est dédié à cette question du metavers : <https://metavers-tribune.com/>.

¹¹²⁵ Anciennement facebook mais le nom a été changé notamment dans le but de s'adapter à se tournant technologique.

¹¹²⁶ V. sur ce sujet : Ch. Byk, « La disparition du corps : nouvelle réalité ou réalité virtuelle ? », *Droit, santé et société*, 2019/3, pp. 67-77.

¹¹²⁷ M. Hauser, « Le metaverse, enjeu de souveraineté », Portail de l'intelligence économique, 05/01/2022, <https://portail-ie.fr/analysis/3022/le-metaverse-enjeu-de-souverainete-12>.

¹¹²⁸ M. Zavaro, « À la croisée de l'universel et du relatif », *Cah. Just.*, 2022/1, pp. 19-31 spéc. p. 19.

¹¹²⁹ La philosophe Hannah Arendt l'explique magnifiquement : « Pour être confirmé dans mon identité, je dépend entièrement des autres ». *Le système totalitaire*, III, Points Seuil, 1972, spéc. p. 228.

reconnaissance juridique qui est un marqueur officiel devant la société tout entière. C'est un rôle essentiel du droit de la famille puisque les rôles familiaux contribuent à notre identification sociale¹¹³⁰ et c'est pour cela que nous souhaitons aujourd'hui pouvoir construire notre famille comme nous l'entendons.

470. Annonce du plan. - Seulement l'affirmation de son identité n'est pas neutre en ce qui concerne les principes, notamment au niveau de deux aspects de cette identité que sont ses composantes sexuelle (A) et culturelle (B). Accepter juridiquement de reconnaître les particularités de chacun dans ces domaines sans porter atteinte à des principes qui prévalent pour toutes les familles, relève d'un exercice subtil d'équilibre.

A) L'identité sexuelle face aux principes de droit de la famille

471. Le principe d'égalité entre toutes les formes de sexualité. - Depuis l'époque antique, notre droit de la famille s'est construit sur une binarité s'appuyant sur l'altérité homme-femme, ce que certains nomment l'hétéro normativité. Avec la reconnaissance des personnes homosexuelles, la sexualité est devenue un élément de notre identité. Dans le même temps, l'égalité est devenue un principe directeur du droit de la famille. Celui-ci, comme nous l'avons vu¹¹³¹, a été fondateur de nombreuses réformes ces dernières années¹¹³². Or, cette égalité aujourd'hui tend à rendre l'ensemble des êtres humains interchangeables quelle que soit leur identité sexuelle. Il n'est plus question d'attacher au sexe biologique un univers donné et donc de cantonner les individus à des rôles prédéfinis. Les femmes sont d'abord entrées dans le monde du travail et les hommes sont appelés à prendre part aux travaux domestiques. Le souhait de nombreux de nos contemporains est d'annihiler tout ce qui permet de différencier l'homme de la femme et de remettre en cause ce paradigme sur lequel repose la construction de notre société depuis des siècles¹¹³³. Ainsi, si durant des siècles notre société s'est construite sur une

¹¹³⁰ Selon l'enquête « Histoire de vie » de l'INSEE réalisée en 2003, « pour neuf personnes sur dix, la famille définit le mieux « qui je suis », loin devant le métier, les études, les amis, les loisirs... ». Sur ce même sujet, V. étude d'E. Crenner, « Rôles familiaux et identité », *Économie et Statistique* n° 393-394, 2006.

¹¹³¹ V. *supra*, n° 59 et s..

¹¹³² Ce mouvement de réformes a eu lieu notamment en faveur du désengagement des lois protectrices de la famille dite « traditionnelle » : « *Le désengagement [de la loi] a précisément conduit à laisser s'exprimer dans le droit extra-patrimonial les principes au fondement de l'ordre juridique démocratique [à savoir l'égalité et la liberté], mettant ainsi à mal la spécificité idéologique de la discipline. Et une fois dans la place, ces principes ont d'autant plus pris leur essor que la cohérence axiologique de la matière avait elle-même été mise à mal du fait du désengagement* ». M. Pichard, « Droit et morale en droit extrapatrimonial », in *Droit et morale*, ss. dir. de D. Bureau, F. Drummond et D. Fenouillet, Dalloz, 2011, spéc. p. 146.

¹¹³³ V. en ce sens : L. Marguet et M. Mesnil, « L'égalité des sexes et des sexualités au prisme du droit de la famille », *Mouvements*, 2015/2, n° 82, pp. 49-57.

vision binaire de la société, l'interprétation du principe d'égalité conduit aujourd'hui à la négation des différences entre homme et femme.

472. Les conséquences de la disparition du principe de l'altérité sexuelle. - Pourtant, l'altérité sexuelle a été un principe directeur du droit de la famille¹¹³⁴. Il est à l'origine de la construction des normes et son éviction par la loi dite du « mariage pour tous » a entraîné *de facto* un imbroglio juridique dont les retentissements courent aujourd'hui encore. Nous pouvons prendre pour exemple le récent arrêt de la Cour d'appel de Toulouse qui a autorisé une personne transgenre homme devenue femme ayant conçu un enfant après le changement de son état civil d'être désignée comme mère sur l'acte de naissance¹¹³⁵. En l'espèce, la personne transgenre n'avait pas subi d'intervention chirurgicale avant sa reconnaissance en tant que femme sur les registres de l'état civil. Ainsi, elle a pu concevoir par la suite un enfant naturellement avec sa compagne, ses organes reproducteurs masculins étant restés intacts. Cette personne demande alors que soit retranscrite sur les registres d'état civil sa reconnaissance pré-natale qui la désignait comme mère non gestatrice de l'enfant. La Cour d'appel de Montpellier a alors accepté que la demanderesse soit désignée comme le parent biologique de l'enfant¹¹³⁶. Puisque depuis les temps immémoriaux la mère est désignée comme la personne qui accouche¹¹³⁷, l'arrêt des premiers juges d'appel fut cassé par la Cour de cassation reprochant de créer « une nouvelle catégorie à l'état civil »¹¹³⁸. C'est pourtant ce que la Cour d'appel de renvoi va faire, faisant fi des remarques des juges de cassation, en prétextant que la dernière loi bioéthique laisse le juge souverain de son appréciation pour régler la question de la filiation issue d'une personne transsexuelle. Le mariage pour tous a supprimé l'altérité sexuelle dans l'alliance qui constituait le lien entre couple et filiation biologique, la PMA pour toutes a, quant à elle, mis fin à l'altérité sexuelle dans la filiation biologique. Le second juge d'appel a en effet, au nom du respect de la vie privée et parce qu'il note l'importance de la place donnée à la dimension

¹¹³⁴ V. *supra*, n° 104.

¹¹³⁵ Toulouse, 6^e ch., 9 fév. 2022, n° 20/03128 : *JurisData* n° 2022-001474 ; *Dr. fam.* 2022, comm. 51, C. Siffrein-Blanc et comm. 48, L. de Saint-Pern ; *JCP G* 2022, doctr. 296, spéc. n° 8, Y. Favier ; M. Thevenot et B. Moron-Puech, *D.* 2022. 846 ; *AJ fam.* 2022. 222, obs. M. Mesnil et 109, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

¹¹³⁶ Montpellier, 14 nov. 2018, n° 16/06059 : *D.* 2018. 2231, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *D.* 2019. 110, note S. Paricard, *ibid.* 663, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 856, obs. M. Pichard ; *AJ fam.* 2018. 684, obs. G. Kessler, et 641, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *JCP* 2019, n° 5, p. 95, obs. F. Vialla et J.-P. Vauthier, et p. 91, obs. L. Brunet et P. Reigné.

¹¹³⁷ C'est ce que traduit aujourd'hui notamment l'article 332 du Code civil : La maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant.

¹¹³⁸ Civ. 1^{re}, 16 sept. 2020, n° 18-50.080 : *D.* 2020. 2096, note S. Paricard, 2072, point de vue B. Moron-Puech, 2021. 499, obs. M. Douchy-Oudot, 657, obs. P. Hilt, 762, obs. J.-C. Galloux, et 863, obs. M. Mesnil ; *AJ fam.* 2020. 534, obs. G. Kessler, obs. E. Viganotti, et 497, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2020. 866, obs. A.-M. Leroyer ; *D. actu*, 22 sept. 2020, obs. L. Gareil-Sutter ; *JCP* 2020. 1164, note P. Reigné et L. Brunet ; *Dr. fam.* 2020, comm. 146, obs. C. Siffrein-Blanc ; A. Batteur, « Sexe et acte de l'état civil », in *État civil et autres questions de droit administratif*, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2021, p. 81, spéc. p. 85 et s..

biologique par la Cour européenne des droits de l'homme, accepté la notion de mère biologique non gestatrice. Au nom du biologique, nous acceptons donc que l'enfant soit issu de deux femmes. Nous touchons du doigt l'absurdité de vouloir rendre interchangeable l'identité d'homme ou de femme lorsque les sujets eux-mêmes tiennent à revendiquer leur singularité de genre.

473. Des différences qui demeurent par ailleurs. - Ainsi, la disparition du principe d'altérité sexuelle a conduit à un désordre parce que, de manière inédite, un droit de la filiation issu de faits biologiques et un autre issu de faits artificiels se côtoient obligeant à des concessions de part et d'autre¹¹³⁹. En ce qui concerne les principes, l'éviction de l'altérité sexuelle a fragilisé les principes d'indisponibilité de l'état des personnes par l'acceptation du changement de sexe à l'état civil ou encore ceux portant sur le nom de famille puisqu'il a été mis fin au patronyme. Pourtant, à de nombreuses reprises la jurisprudence a rappelé que la différence homme femme existe et pouvait avoir des conséquences juridiques. A l'échelle nationale d'une part, le Conseil constitutionnel a admis que « la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme pouvait justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille »¹¹⁴⁰. Il n'est donc pas interdit de légiférer différemment selon l'identité sexuelle des individus. A l'échelle européenne d'autre part, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé que des liens particuliers existaient entre la mère et l'enfant en début de vie ce qui justifie que le report d'une peine de prison ne soit accordé qu'aux femmes ayant un enfant de moins d'un an¹¹⁴¹. Ce qui est plus surprenant dans cette dernière décision c'est que non seulement une différence est posée selon que ce soit un homme ou une femme qui est concerné mais également les juges européens reconnaissent qu'entre un père et une mère les relations peuvent diverger.

Si l'égalité homme femme est un combat légitime sur le plan juridique, il est nécessaire de définir la place du biologique qui, manifestement, ne peut être ignoré complètement. La

¹¹³⁹ Le caractère inédit est parfaitement traduit par les propos de l'ancien Président de la République François Mitterrand : « *Dans les questions qui semblaient les plus simples : qui est le père ? qui est la mère ?, le droit même ne parvient plus à trancher, maintenant qu'est possible la fécondation artificielle. On sait que, dans certaines sociétés, on distingue sans peine la filiation socioculturelle de la filiation biologique. Aux yeux de tous, le père et la mère sont ceux qui élèvent l'enfant, même s'ils ne l'ont pas engendré. Mais, pour nous, au regard de nos certitudes et de nos valeurs, cette dissociation ébranle l'une des relations constitutives de notre identité, fondatrice de la famille et de la société* ». Allocution de M. le Président de la République François Mitterrand à l'occasion de la mise en place du CCNE pour les sciences de la vie et de la santé, Paris, 2 déc. 1983, <http://discours.vie-publique.fr/notices/837208100.html>.

¹¹⁴⁰ Cons. const., 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC : *D. actualité*, 7 fév. 2011, obs. C. Siffrein-Blanc ; *D. 2011*. 297, édito. F. Rome ; *ibid.* 1040, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *ibid.* 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay ; *ibid.* 2012. 1033, obs. M. Douchy-Oudot ; *AJ fam.* 2011. 157, obs. F. Chénédé ; *RTD civ.* 2011. 326, obs. J. Hauser.

¹¹⁴¹ CEDH, 3 oct. 2017, n° 16986/12, *Enache c/ Roumanie* : JurisData n° 2017-019441 ; *JCP G* 2017, act. 1097, H. Surrel ; *AJ pénal* 2017. 556, obs. Y. Carpentier.

reconnaissance de l'identité sexuelle des individus ne peut se faire au détriment de la biologie naturellement présente au sein de notre société car, de fait, « *le sexe ne détermine pas la sexualité et la sexualité n'abolit en rien le sexe* »¹¹⁴². Les réponses apportées par le droit sur ce sujet ces prochaines années seront cruciales dans l'effectivité des principes de droit de la famille.

B) L'identité culturelle face aux principes de droit de la famille

474. La famille comme élément de l'identité culturelle. - L'identité culturelle peut se définir comme « *l'ensemble de caractéristiques que des sujets d'un même groupe partagent et mettent en avant pour se définir et se différencier des membres d'autres groupes* »¹¹⁴³. Nous l'avons vu précédemment l'identité sexuelle a un impact inévitable sur la famille puisque les rôles sont en parties définis par notre part biologique. De même, l'identité culturelle pose son empreinte sur la famille puisque, si cette dernière est un fait universel, sa forme diffère selon les us et coutumes d'une société¹¹⁴⁴. La famille est donc éminemment culturelle puisque c'est l'organisation par l'homme d'unions et d'engendrements au fil des âges qui se font naturellement au sein d'une communauté humaine. Bien souvent, le droit ne fait qu'acter ce qui s'est construit depuis des siècles. C'est ce que nous avons vu avec la transmission du nom qui n'est plus aujourd'hui obligatoirement celui du père mais qui reste dans les faits une habitude culturelle¹¹⁴⁵. Le droit en ce sens se conforme à une opinion majoritaire¹¹⁴⁶ et ne fait que sanctionner les dissidences minoritaires. Ainsi, les principes de droit de la famille ont une effectivité forte du fait de l'adhésion prédominante aux règles qu'ils posent. Les principes de droit de la famille sont des principes que nous faisons nôtres.

475. La disparition d'une culture familiale commune. - Il y a une révolution culturelle que le droit aujourd'hui tente de mener en acceptant ces dissidences. En effet, si pendant des siècles le droit de la famille s'est adossé à la culture chrétienne créant ainsi le modèle de la

¹¹⁴² S. Agacinski, *Femmes entre sexe et genre*, La Seuil, Paris, 2012.

¹¹⁴³ Z. Guerraoui et B. Troadec, *Psychologie interculturelle*, Armand Colin, 2000, spéc. p. 89.

¹¹⁴⁴ V. sur ce sujet : « D'abord, parce qu'il s'agit de droit et le rôle du droit dans la famille est un peu mystérieux, assez complexe et très sujet à dispute. Il dépend de toutes sortes de facteurs extra-juridiques : l'histoire d'une nation, sa culture, sa ou ses religions, sa démographie, ses réalités économiques et sociale, ses France, la morale, la science, la médecine, l'opinion – savante et populaire -, sans parler de la conjoncture politique ». Ph. Malaurie, « Couple, procréation et parenté », Colloque sur la notion juridique de couple, Reims, 20-21 juin1997, D. 1998. 127.

¹¹⁴⁵ V. *supra.*, n° 83.

¹¹⁴⁶ V. sur ce sujet la citation : « bien que les hommes soient bien davantage gouvernés par l'intérêt, néanmoins l'intérêt lui-même, et toutes les affaires humaines, sont entièrement gouvernés par l'*opinion* ». D. Hume, Essays, in *Works*, III, spéc. p. 125.

famille traditionnelle, il y a désormais une révolution culturelle en France. D'une part, la religion a perdu largement de son influence¹¹⁴⁷, d'autre part, il existe une plus grande volonté d'être reconnu par la société de son identité propre. Ainsi, de la remise en cause de l'indissolubilité du mariage par la loi Naquet en 1884¹¹⁴⁸ non sans heurts, à la dissociation entre mariage et filiation, le droit de la famille s'est éloigné, à l'instar de la société de la culture chrétienne¹¹⁴⁹. Ce qui a pu être honteux dans le passé ne l'est plus aujourd'hui et la tolérance mène notre façon de considérer l'action du droit. En se détachant de la famille traditionnelle le droit a sorti la famille comme un élément de la culture française. La famille ne serait plus un dénominateur commun de notre société.

Or, l'effectivité de la norme familiale est d'autant plus forte qu'elle fait corps avec une culture sociale. C'était le cas avant les dernières grandes réformes familiales. C'est en ce sens que nous sommes face à une véritable révolution sociale puisqu'il y a la « destruction de l'ordre existant par la légalité »¹¹⁵⁰. L'acceptation d'une famille multiforme a donc porté atteinte à l'application des principes car cela a révolutionné la famille comme culture commune.

476. Une portée et une garantie normative détruites par la disparition d'une culture familiale commune. - L'effectivité des principes peut être atteinte de deux manières en l'occurrence. D'une part, la *portée normative* des principes se modifie en ce sens où la force perçue par les destinataires de la norme s'affaiblit. Au sein de la société, la famille sortie de la culture commune est renvoyée dans la sphère privée. La conséquence en est que les désirs sont légitimes et l'État est là pour les satisfaire autant que possible. Même si le droit de la famille est toujours « *l'expression d'arbitrages entre des intérêts et des droits opposés, et donc, nécessairement, l'expression de contraintes et limites pour les volontés individuelles* »¹¹⁵¹, il se trouve que les limites doivent reculer ces dernières années. Les principes de droit de la famille ont de ce fait une portée normative amoindrie comme nous l'avons vu avec par exemple l'indisponibilité de l'état des personnes¹¹⁵². De même, l'interprétation donnée aux principes

¹¹⁴⁷ Selon un sondage commandé par l'Observatoire de la laïcité à l'institut Viavoice de fév. 2019, 37% des français s'estiment croyants.

¹¹⁴⁸ L. 27 juill. 1984 dite Naquet : Bull. lois Répub. Fr., 22 août 1884, n° 859. Depuis lors, la liberté de mettre fin aux liens du mariage a été constitutionnellement reconnue : Cons. const., 29 juill. 2016, n° 2016-557 QPC : JurisData n° 2016-014798 ; Dr. fam. 2016, comm. 194, J.-R. Binet ; AJ fam. 2016. 542, obs. David ; RTD civ. 2016. 826, obs. Hauser. – Adde Gouëzel, « Réflexions sur la liberté de mettre fin au mariage », Dr. fam. 2017. étude 19.

¹¹⁴⁹ V. sur ce sujet : H. Fulchiron, « De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXI^e siècle », in *Le monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de J. Foyer*, Economica, 2008, spéc. p. 398.

¹¹⁵⁰ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., Paris, 1955, spéc. p. 60.

¹¹⁵¹ F. Chénédé, « Le droit à l'épreuve des droits de l'homme », in *Mél. en l'honneur du professeur G. Champenois*, Defrénois, 2012, spéc. p. 141.

¹¹⁵² V. *supra.*, n° 224 et s..

tend à valoriser le respect des désirs individuels que ce soit pour la dignité¹¹⁵³ ou encore l'égalité¹¹⁵⁴. Cette injonction sociale au respect des singularités pousse les justiciables à contester les principes de droit de la famille afin que leur coutume personnelle soit accueillie par notre droit. C'est le cas de cet homme qui a souhaité que l'absence de virginité soit acceptée comme une erreur sur les qualités essentielles de son épouse¹¹⁵⁵ alors que cela est contraire à notre conception de dignité et d'égalité au sein du couple. Sa demande a été rejetée par la Cour d'appel de Douai alors qu'elle avait préalablement été accueillie par le Tribunal de grande instance de Lille.

D'autre part, la *garantie normative* a été impactée en ce qui concerne le droit de la famille ces dernières années. Elle se définit comme la « *réaction potentielle et/ou effective du système juridique pour assurer le respect et la validité de la norme* »¹¹⁵⁶. La concurrence de certains concepts juridiques a, en effet, affaibli l'assurance d'une application des principes par la jurisprudence. Peut être cité en premier lieu le contrôle de proportionnalité qui consiste pour le juge à écarter la règle de droit lorsque celle-ci semble condamner injustement un cas particulier qui lui est soumis. C'est ainsi, que le principe d'exogamie comme nous l'avons déjà abordé a pu être écarté par exemple¹¹⁵⁷. L'exercice de ce contrôle a d'ailleurs pu inquiéter une partie de la doctrine du fait du risque d'un droit qui n'est plus commun à tous¹¹⁵⁸. Les principes n'ayant pas de support écrit et bien qu'il soit certain que les principes directeurs ont directement inspiré les textes, leur existence ne peut se faire qu'à travers la voix des professionnels de la justice. De la même façon que le contrôle de proportionnalité, les droits individuels conduisent parfois à accepter que d'autres coutumes familiales soient respectées. Le droit de mener une existence familiale normale a été la base juridique de l'arrêt du Conseil d'État qui permet à un époux polygame de faire venir sa deuxième épouse en France avec ses deux enfants contrevenant ainsi au principe de monogamie¹¹⁵⁹. Pour s'assurer du respect de ce principe à l'avenir, la loi Pasqua

¹¹⁵³ V. *supra*, n° 47 et s..

¹¹⁵⁴ V. *supra*, n° 58 et s..

¹¹⁵⁵ Douai, 17 nov. 2008 : *JurisData* n° 2008-371528 ; *Dr. fam.* 2008, comm. 167, note Larribau-Terneyre ; *JCP G* 2009, II, 10005, note P. Malaurie ; *D.* 2008, actu., p. 2938, note V. Egéa ; *AJFP* 2008, 479, note F. Chénédé. La Cour infirme le jugement du TGI Lille 5 juin 2002 : *Dr. fam.* 2003, comm. 57, note B. Beignier.

¹¹⁵⁶ C. Thibierge, « Conclusion. Le concept de force normative », in *La force normative. Naissance d'un concept*, op. cit., spéc. p. 841.

¹¹⁵⁷ V. *supra*, n° 120 et s..

¹¹⁵⁸ V. en ce sens : P. Puig, « L'excès de proportionnalité (À propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes) », *RTD Civ.* 2016, 70 : « le contrôle de « proportionnalité privatisée » menace directement le principe d'égalité des citoyens devant la loi ». De même, V. : A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité...un brin disproportionné ? », *D.* 2016, 137 ; P.-Y. Gauthier, « Contrôle de proportionnalité subjectif, profitant aux situations illicites : l'anti-Daguesseau », *JCP* 15 fév. 2016, n° 7, p. 189 ; J.-H. Robert, « La marée montante de la proportionnalité », *JCP* 4 avr. 2016, n° 14, p. 401. Pour aller plus loin, V. : D. Lanzara, *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, LGDJ, 2017, pp. 408.

¹¹⁵⁹ CE 11 juill. 1980, Min. Intérieur c/ Mme Montcho : *Lebon* 315, *AJDA* 1980, 523, chron. M.-A. Feffer et M. Pinault, *JCP* 1981, II, 19629, concl. M. Rougevin-Baville, *Rev. crit. DIP* 1981, 658, note J.-M. Bischoff, *Rev. adm.* 1980, 607, note J.-J. Bienvenu et S. Rials.

de 1993 prohibe la délivrance de cartes de résident aux étrangers vivant en état de polygamie¹¹⁶⁰. De par ce texte, notre culture monogame est protégée ce que le juge a refusé de faire au nom des droits individuels.

477. Les principes face au droit de la famille postmoderne. - Une partie de la société, certainement faible mais visible¹¹⁶¹, refuse les principes du droit de la famille qui par définition sont communs à tous pour imposer leur propre principe. Il devient difficile de ce fait de s'inscrire en tant que personne dans un rôle social déterminé selon sa place familiale puisque les familles françaises s'inscrivent de moins en moins dans une unité. C'est l'analyse que font les époux Pousson qui expliquent que « *dans cette société intimiste les individus se trouvent de plus en plus incapables de jouer des rôles sociaux, ils se libèrent des codes et des coutumes* »¹¹⁶². Les principes de droit de la famille attachés à une culture chrétienne commune aux pays occidentaux ne peuvent que mal se satisfaire de la disparition de la famille dans notre culture. Si le droit postmoderne est une forme de concurrence juridique entre puissance publique et puissance privée¹¹⁶³, en l'occurrence les droits personnels affrontent les principes de droit de la famille.

478. Conclusion chapitre 2. – Pour les individus férus d'actualité, il y a un sentiment prégnant que l'histoire ne marche plus mais court. Le monde évolue rapidement et entraîne avec lui la famille et, à plus large échelle, la société. Comme vu dans ce second chapitre, il y a des répercussions qui atteignent le droit de la famille¹¹⁶⁴ et ses principes. Les mutations juridiques donnent lieu à un recul des normes classiques dont font partie les principes, même si en ce qui concerne les visas de principe, le phénomène est plutôt récent. Plus que jamais, le contexte social met à la peine les principes de droit de la famille déjà connus. Pour le moment ils ne sont suppléés par de nouveaux principes, la jurisprudence préférant se tourner vers d'autres types de normes ou vers d'autres branches du droit pour résoudre les conflits familiaux.

¹¹⁶⁰ L. n° 93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France. Cette loi aura une approbation par le Conseil constitutionnel n° 93.325 DC du 13 août 1993, Rec. Cons. const., p. 224, Grandes décisions, 15^e éd., n° 63.

¹¹⁶¹ Comme l'affirme Ismaël Saidi : « Il faut tendre l'oreille pour entendre les murmures de la majorité sinon on n'entend que les cris de la minorité ». Interview donnée sur France inter le 14 janv. 2021. <https://www.franceinter.fr/emissions/l-invite-de-7h50/l-invite-de-7h50-14-janvier-2021>.

¹¹⁶² J. et A. Pousson, *l'Affectation et le droit*, op. cit., spéc. p. 52.

¹¹⁶³ B. Barraud, *Le droit postmoderne*, l'Harmattan, coll. « Le droit aujourd'hui », 2017, pp. 320. Pour aller plus loin sur ce sujet : J. Chevallier, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP* 1998, p. 659.

¹¹⁶⁴ Sur ce sujet, concernant les dernières années : A. Gogos-Gintrand et S. Moracchini-Zeidenberg (ss. dir.), *2010-2020 : une décennie de mutations du droit de la famille*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2021.

Conclusion titre 2

479. L'effectivité des principes complexifiée. - Comme le démontre notre raisonnement, l'évolution de l'effectivité des principes de droit de la famille leur est globalement défavorable. Malheureusement, les ruptures sociales voir anthropologiques ne sont pas suffisamment assumées et les principes pourtant désavoués par les législations et jurisprudences successives continuent à errer dans les arcades du droit de la famille. Une clarification de leur force normative s'impose¹¹⁶⁵ car malgré les turbulences, leur réalité juridique demeure comme il a été vu tout au long de cette thèse. Malheureusement, cette baisse d'effectivité va de pair avec l'avènement de la famille « moderne » ; la complexification des relations complexifie l'application et l'applicabilité des principes.

480. Une clarification nécessaire du droit pour favoriser l'effectivité des principes. - Cependant, la norme principe est une source du droit qui est source d'enrichissement dans le règlement des conflits. Leur création ne peut se faire que si la société arrive à retrouver un sens commun de la famille. En effet, la vision de la famille est un élément important du « vivre ensemble ». Tel est certainement le défi du droit de la famille pour le XXIème siècle : la famille a été tellement bouleversé, il est temps que le droit fixe des limites claires au cadre familiale pour qu'il reste un minimum de ressemblance entre toutes les familles. Le législateur ne doit pas oublier que par le droit se forme une identité sociale. Pour parvenir à un cadre il faudra nécessairement arrêter les déblocages successifs des interdits. Une fois ces limites tracées, la jurisprudence pourra énoncer des principes clairs qu'elle aura à cœur de rendre effectif.

¹¹⁶⁵ Le professeur Marc Nicod fait le même constat en ce qui concerne le droit patrimonial de la famille : « *On connaît déjà, en droit patrimonial de la famille, trop de principes vidés de leur substance, mais que l'on a conservés dans la législation faut d'une rupture assumée* », « *Vers une mutabilité incontrôlée du régime matrimonial* », Dr. fam., avr. 2018.

Conclusion partie 2

481. Un contrepoids à la loi nécessaire mais une application rigoureuse. - Les principes sont le résultat d'une jurisprudence totalement autonome. Ils sont la preuve que le juge ne fait plus seulement l'application de la loi mais du droit tout entier ce qui inclut les conventions internationales, le droit souple¹¹⁶⁶, mais aussi les principes qu'elle a elle-même proclamée. Par ailleurs, il semble que le juge s'évertue à respecter autant que possible les volontés individuelles¹¹⁶⁷ mais chacun comprendra que ce respect ne peut être que limité sous peine de revenir à l'état de nature et à une dissolution de la société. Il faut donc sans cesse trouver l'équilibre pour que le droit soit pleinement un outil de pacification des conflits familiaux.

Dans ce contexte, les principes sont intervenus sans qu'il soit possible de les classer au sein de la pyramide des normes. En effet, il semble utile d'avoir un contrepoids afin que la loi puisse être ajustée voir même écartée lorsqu'elle est injuste. Il était utopique de penser que la loi puisse être l'unique source du droit¹¹⁶⁸. Pour ce faire, ce contrepoids normatif ne peut être supérieur ou inférieur à la loi. Une fois cette nouvelle norme admise, il faut veiller à ce que leur application ait un minimum d'effectivité sous peine de rendre le droit de la famille toujours plus illisible. Or, dans une société en perte de repère¹¹⁶⁹, la jurisprudence a le devoir d'être ferme dans ses principes directeurs et doit appliquer le plus intelligiblement possible les lois et les principes visés. La multiplication des sources doit s'accompagner d'une rigueur dans leur application. L'étude de l'effectivité des principes démontre que le travail de clarification est encore long. Il ne faut jamais oublier que sans droit il ne peut pas y avoir de vie sociale¹¹⁷⁰ et qu'il n'y a pas plus destructeur qu'un sentiment d'injustice lors de la résolution d'un conflit familial. Pour éviter cela, la connaissance des principes est essentielle.

¹¹⁶⁶ Sur ce sujet, v. : Étude annuelle du Conseil d'État : « le droit souple », La documentation française, 2 oct. 2013 ; S. Cassella, V. Lasserre et B. Lecourt, *Le droit souple démasqué - Articulation des normes privées, publiques et internationales*, éd. Pedone, 2018 ; P. Deumier et J.-M. Sorel (ss. dir.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne européen et international*, LGDJ, 2018.

¹¹⁶⁷ Sur ce sujet, v. : I. Sayn, « L'évolution du rôle de la volonté individuelle dans l'encadrement juridique de l'organisation familiale », *Cahiers philosophiques*, 2008/4, n° 116, pp. 69 – 86.

¹¹⁶⁸ Le législateur lui-même aurait transféré une partie de ses pouvoirs au juge : « reconnaissant son incapacité à embrasser la diversité des situations, (...) délègue en effet ses pouvoirs au juge par l'usage de notions à contenu variable comme celle de l'intérêt de l'enfant », S. Amrani-Mekki, *Gaz. Pal.*, 11 avr. 2017, p. 4.

¹¹⁶⁹ Sur ce sujet, par exemple, v. : A. Ehrenberg, *La fatigue d'être soi, dépression et société*, éd. Odile Jacob, 2000, pp. 414 ; du même auteur, *La société du malaise*, éd. Odile Jacob, 2012, pp. 527 ; Z. Bauman, *La vie liquide*, éd. Fayard, 2013, pp. 266 ; J. Patrick, « La régression de l'humain dans la société occidentale », *Philosophie, science et société*, 2015, <https://philosciences.com/7>.

¹¹⁷⁰ Le professeur Georges Vedel disait à l'arrivée des prisonniers libérés des camps de concentration à la Gare de Lyon : « Je ne sais toujours pas ce qu'est le droit, mais je sais désormais ce qu'est un État sans droit. »

Conclusion générale

482. La naissance de deux types principes de droit de la famille. - « *In hortulo iuris nil spinosum* »¹¹⁷¹ admettait les juristes médiévaux. Il n'est plus temps aujourd'hui de craindre l'action des principes en droit de la famille. Il est vrai que la remise en cause de la famille traditionnelle a bouleversé l'échiquier normatif¹¹⁷². S'attacher uniquement aux lois édictées au sein du Code civil ne permet désormais qu'une lecture partielle de cette branche du droit. Au côté du corps législatif existe aujourd'hui les libertés individuelles, les conventions internationales, les standards mais également les principes. Ces derniers, en entrant comme source de droit de la famille, se sont détachés de leur sens commun pour embrasser une nouvelle nature, non plus philosophique mais juridique. En effet, le terme principe est ancien mais sa définition a évolué. Aujourd'hui deux sous-catégories de principes existent et sont nécessaires. La première afin de maintenir un ensemble uni, la seconde pour pourvoir au règlement des singularités attachées à la famille. Ces principes sont nécessaires, autonomes.

483. Une nouvelle source de droit déjà menacée. - La proclamation des principes coïncide avec le « darwinisme juridictionnel »¹¹⁷³ qu'opère la Cour de cassation désireuse de s'adapter aux revendications individuelles de droits et de liberté. Pourtant, si les principes directeurs de par leur très grande généralité peuvent suivre ce mouvement, il semble que les principes visés à peine énoncés deviennent obsolètes à l'instar de tout ce qui est figé dans un monde en mouvement accéléré. Dans cette révolution, l'avenir des principes est plus que jamais incertain : Il y a d'une part la multiplication des sources déjà évoquée¹¹⁷⁴ et d'autre part la place même du juge interne en droit de la famille qui est questionnée¹¹⁷⁵. En effet, le développement de la médiation familiale¹¹⁷⁶ et la création d'un nouveau degré de juridiction via la Cour européenne des droits de l'homme offrent de nouvelles possibilités d'écartier les principes de droit de la famille. Par ailleurs, la jurisprudence étant à l'origine des principes, si l'influence du juge

¹¹⁷¹ Il n'y a pas de ronces dans le jardin du droit.

¹¹⁷² Sur ce sujet, v. : Ph. Malaurie, « La révolution des sources », in Philippe Malaurie – Écrits d'une vie, LGDJ, 2021, spéc. p. 103 : « *La révolution des sources est une question « archiconnue » et toujours actuelle : les bouleversements qui frappent notre société, la mise en doute et en déroute de beaucoup de nos certitudes, les nouvelles complexités morales, la perte de nombreux points de comparaison, la diminution du sens de l'histoire, le développement de l'Europe et de ses structures juridiques et beaucoup d'autres causes ont produit sur les sources du droit des effets qui ressemblent à une révolution* »

¹¹⁷³ Ainsi qu'en appelait de ses vœux le premier président de la Cour de cassation, M. Bertrand Louvel : « La Cour de cassation face aux défis du XXIe siècle », *Les Cahiers Portalis*, 2016/1 pp. 11-21.

¹¹⁷⁴ V. *supra*, n° 5 et 481.

¹¹⁷⁵ Sur ce sujet, v. : N. Delamarche, « La famille a-t-elle encore besoin de juges ? » ; *Dr. fam.* 2020, n° 12, ét. 27.

¹¹⁷⁶ Sur ce sujet, v. : L. n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, qui permet au juge d'encourager les parties à rencontrer un médiateur pour résoudre leur litige. En particulier en droit de la famille : C. Brunetti-Pons, « De quelques réflexions autour d'un phénomène de déjudiciarisation en droit des personnes et de la famille », *Gaz. Pal.* n° 17, p. 7.

interne diminue ce sont les principes qui seront directement impactés. Le risque est que ce soit désormais la Cour européenne de droits de l'homme qui fixe les principes directeurs du droit de la famille et que ce soit les parties au litige qui imposent leurs principes à leur cas particulier. La force des principes deviendrait alors pleinement relative.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES, ARTICLES ET NOTES JURIDIQUES.

1) OUVRAGES GÉNÉRAUX DE DROIT

Aubry et Rau *Droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 1, éd. Librairie Marchal et Billard, 1936.

Atias (Ch.) *Le droit civil*, éd. Puf, coll. Que sais-je ?, 2004.

Baudry-Lacantinerie (G.) et Honeques-Fourcade (M.) *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. III, éd. Hachette Bnf, 2023.

Bénabent (A.) *Droit de la famille*, éd. LGDJ, coll. Précis Domat, Paris, 2022.

Bentham (J.) *Oeuvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais*, t. 1, 2 et 3, éd. Louis Hauman, Bruxelles, 1832.

Bergel (J.-L.) *Méthodes du droit, Théorie générale du droit*, éd. Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012.

Bernard-Xémard (C.) *Cours de droit des personnes et de la famille*, éd. Gualino, coll. Amphi LMD, 2022.

Binet (J.-R.)

- *Droit et progrès scientifique - science du droit, valeurs et biomédecine*, éd. PUF, coll. Partage du savoir, 2002.
- *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ, coll. Cours, 2022.
- *Droit de la bioéthique*, LGDJ, 2023.

Boulanger (J.) et Ripert (G.) *Traité élémentaire de droit civil – t. 1 : Principes généraux, Personnes et Biens*, éd. LGDJ, 1950.

Capitant (H.) *Introduction à l'étude du droit civil : notions générales*, éd. A. Pédone, 1929.

Carbonnier (J.)

- *Droit civil - Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, t. 1, éd. puf, coll. Quadrige Manuels, 2017.
- *Droit civil, t. II, La famille*, éd. PUF, 2002.

Chabas (F.) *Leçons de droit civil Henri, Jean, Léon Mazeaud et F. Chabas – Introduction à l'étude du droit*, vol. 1, éd. LGDJ, 1999.

Cornu (G.)

- *Droit civil - Introduction, Personnes, Biens*, éd. Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2005.
- *Droit civil – La famille*, éd. Montchrestien, coll. Précis Domat, Paris, 2006.
- *Vocabulaire juridique : Association Henri Capitant*, éd. puf, coll. Quadrige, 2022.

de Constant (B.) *Cours de politique constitutionnelle*, éd. Hauman et Cie, Bruxelles, 1837.

Delvolvè (P.) et Vedel (G.) *Droit administratif*, éd. Puf, 1990.

Demante (A. M.) *Cours analytique de Code civil*, t. IV, éd. Plon, Nourrit et Cie, 1884.

Demolombe (Ch.) *Cour de Code Napoléon*, éd. Durand & Pedone & Hachette, 31 vol., Paris, 1860.

Douchy-Oudot (M.) *Droit civil 1^{ère} année. Introduction Personnes Famille*, éd. Dalloz, coll. Hypercours, 2021.

Égéa (V.) *Droit de la famille*, éd. LexisNexis, coll. Manuels, 4^e éd., 2022

Fabre-Magnan (M.) *Introduction au droit*, éd. PUF, coll. « Que sais-je ? », 2021.

Fenet (P.-A.) *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Titre préliminaire, De la publication, des effets et de l'application des lois en général*, présentation au Corps législatif, exposé des motifs par le conseiller d'État Portalis, 4 ventôse an XI, t. VI, éd. Vidéoq, Paris, 1836.

Fenouillet (D.) et Terré (F.) *Droit civil : les personnes – Personnalité, incapacité, protection*, éd. Dalloz, coll. Précis, 2012.

Fulchiron (H.) et Malaurie (P.) *La famille*, éd. LGDJ, coll. Droit civil, 2022.

Gaudemet (S.), Lequette (Y.) et Terré (F.) *Les successions, les libéralités*, éd. Dalloz, coll. Précis, 2013.

Ghestin (J.) et Goubeaux (G.) avec participation de Fabre-Magnan (M.) *Traité de droit civil – Introduction générale*, éd. LGDJ, 1994.

Grimaldi (M.) *Droit des successions*, éd. LexisNexis, coll. Manuels, 2020.

Kelsen (H.) *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, éd. Bruylant-LGDJ, 1999, pp. 376.

Laroche-Gisserot (F.) *Leçon de droit civil – Les personnes, la personnalité et les incapacités*, t. I, éd. Montchrestien, 1997.

Lemouland (J.-J.) *Droit de la famille*, éd. Ellipses, coll. Cours magistral, 2014.

Lequette (Y.) *Le droit international privé et les droits fondamentaux, Libertés et droits fondamentaux*, éd. Dalloz, 2017.

Lequette (Y.) et Terré (F.)

- *Les successions, les libéralités*, éd. Dalloz, 1997.
- *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, éd. Dalloz, coll. Grands Arrêts, 2015.

Leveneur L.

- *Leçons de droit civil Henri, Jean, Léon Mazeaud et F. Chabas - Successions, libéralités*, t. 4, éd. LGDJ, 1999.
- *Leçons de droit civil Henri, Jean, Léon Mazeaud et F. Chabas – La famille*, vol. 3, éd. LGDJ, 7^{ème} éd.

Lindon (R.) *Dictionnaire juridique sur les droits de la personnalité*, éd. Dalloz, 1983.

Marty (G.) et Raynaud (P.) *Droit civil – t. 1 : Introduction générale à l'étude du droit*, éd. Sirey, 1976.

Mathieu (B.) *La bioéthique*, éd. Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2009.

Parquet (M.) *Droit des personnes*, éd. Bréal, 2010.

Petit (B.) et Rouxel S. *Droit des personnes*, éd. PUG, coll. Droit en +, 2016.

Planiol (M.) *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, éd. LGDJ, 9^e éd., 1922.

Portalis *Discours préliminaire sur le projet de Code civil promulgué le 21 janvier 1801*, préf. M. Massenet, éd. Confluences, coll. Voix de la Cité, 2004.

Pouillet (E.) *Traité de marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres*, éd. Marchal et Billard, Paris, 1883.

Renault (M.-H.) *Histoire du droit de la famille*, éd. Ellipses, coll. Mise Au Point, 2012.

Roy (O.) *Droit de la famille*, éd. Archétype82, coll. Montesquieu, 2015.

Scelle (G.) *Manuel de droit international public*, éd. Domat-Montchrétien, Paris, 1948.

Sourioux (J.-L.) *Introduction au droit*, éd. PUF, coll. Droit fondamental, 1990.

Vedel (G.) *Cours de droit administratif*, Paris, 1951-1952.

2) OUVRAGES SPÉCIAUX ET THESES

Arlettaz (J.), Bonnet (J.), Gahdoun (P.-Y.) et Mouton (S.) (ss. dir.) *Le juge judiciaire et la séparation des pouvoirs*, éd. Fondation Varenne, coll. Colloques et Essais, 2020.

Baby (W.) *Les effets patrimoniaux du PACS. L'invention d'une nouvelle forme de conjugalité*, t. 51, préf. M. Nicod, post B. Beignier, éd. Defrénois, coll. Doctorat et notariat, 2013.

Balaudé (J.-F.) *Les théories de la justice dans l'Antiquité*, éd. Armand Colin, coll. 128, 2005.

Baud (J.-P.) *Le droit de vie et de mort. Archéologie de la bioéthique*, éd. Flammarion, coll. Alto, 2001.

Beccaria (C.) *Des délits et des peines*, préf. R. Badinter, trad. M. Chevallier, éd. Flammarion, Paris, 1979.

Belaid (S.) *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, préf. M. Villey, éd. LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, vol. XVII, Paris, 1974.

Ben Hadj Yahia (S.) et Kessler (G.) (ss. dir.) *Le concubinage : entre droit et non droit*, éd. LexisNexis, 2021.

Bensa (C.) *Famille structurelle, famille fonctionnelle : réflexion sur le travail prétorien d'adaptation de la notion de famille à travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour suprême du Canada*, th. ss. dir. B. de Lamy et M.-C. Belleau, Toulouse 1, 2018.

Bertet (R.) *Essai sur la loi du 6 février 1893 portant modification du régime de la séparation de corps*, th. soutenue le 11 juill. 1895, éd. A. Rousseau.

Berthiau (D.) *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, th. ss. dir. J.-L. Sourioux, éd. LGDJ, 1999.

Binet (J.-R.) et Gouëzel (A.) *La CEDH et le droit de la famille*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, coll. « Colloques & Essais », 2021, pp. 174

Borillo (D.) *La famille par contrat, la construction politique de l'alliance et de la parenté*, préf. G. Koenig, éd. Puf, coll. Génération libre, 2018.

Bouix (C.) *Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne*, préf. P. Deumier, éd. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2017.

Boutin (Ch.), Daugeron (B.) et Rouvillois (F.) (ss. dir.) *Contre le gouvernement des juges ?*, éd. Cerf, coll. Cerf patrimoines, 2023.

Bouvier (F.) *Maternité et liberté : avortement, contraception, statut de l'embryon*, éd. L'Harmattan, 2012.

Boyer (L.) et Roland (H.) *Adages du droit français*, éd. LexisNexis, 1999.

Bressoles (P.) *Théories et pratique des dons manuels*, éd. Arthur Rousseau, Paris, 1885.

Brondel (S.), Foulquier (N.) et Heuschling (L.) (ss. dir.) *Gouvernement des juges et démocratie*, éd. de la Sorbonne, coll. Science politique, 2001.

Brunet (R.) *Le principe d'égalité en droit français*, éd. Félix Alcan, Paris, 1910.

Burlamaqui (J.-J.) *Principes du droit naturel*, éd. Chez Barillot et fils, Genève 1747.

Bureau (C.) *Réflexions sur la légitimité de la magistrature ordinaire depuis la Révolution française*, th. ss. dir. de D. Thomas et P. Vielfaure, Montpellier, 4 déc. 2020.

Bureau (D.) *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, th. ss. dir. Y. Loussouarn, Paris 2, 1992.

Carbognier (J.)

- *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, éd. Y. Cadoret, Bordeaux, 1932.
- *Flexible droit - Pour une sociologie du droit sans rigueur*, éd. LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2013.
- *Essais sur les lois*, éd. LGDJ, coll. Anthropologie du droit, 2013.

Carré de Malberg (R.)

- *La Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données du droit public français*, vol. 2, éd. Sirey, Paris, 1920-1922.
- *La loi, expression de la volonté générale*, préf. G. Burdeau, éd. Economica, Paris, 1984.

Cassella (S.), Lasserre (V.) et Lecourt (B.) *Le droit souple démasqué - Articulation des normes privées, publiques et internationales*, éd. Pedone, 2018.

Champeil-Desplats (V.), Grzegorczyk (C.) et Troper (M.) (ss. dir.) *Théorie des contraintes juridiques*, éd. LGDJ, coll. la pensée juridique, 2005.

Chrétien (A.) *Principes de droit international public*, éd. Chevalier-Marescq et C^{ie}, Paris, 1893.

Daniel (J.) *Les principes généraux du droit en droit pénal interne et international*, th. ss. dir. A. Varinard, Lyon, 2006.

Danielle-Barbier (M.) *La volonté du salarié dans le rapport de travail*, th. ss. dir. G. Borenfreund, Lyon 2, 2010.

de Béchillon (M.) *La notion de principe général en droit privé*, th. ss. dir. B. Saintourens, éd. Presse universitaire d'Aix-Marseille, 1998.

Dekeuwer-Défossez (F.) *L'égalité des sexes*, éd. Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1998.

Delbecque (C.) « La justice est-elle laxiste ? Entre les magistrats et les citoyens, un fossé grandissant », *L'Express* du 18 juill. 2022.

Del Vecchio (G.) *Les principes généraux du droit*, préf. R. Demogue, éd. LGDJ, 1925.

Denoix de Saint Marc (R.) *Histoire de la loi*, préf. D. Kessler, éd. Privat, 2008.

Derrida (F.) *L'Obligation d'entretien, obligation des parents d'élever leurs enfants*, th. Alger, éd. Dalloz, 1952.

- de Tourville (A.)** *Étude sur la législation des noms patronymiques*, éd. Hachette Livre BNF, Paris, 1865.
- Deumier (P.)** *Le droit spontané*, préf. J.-M. Jacquet, éd. Economica, coll. « Recherches juridiques », 2002.
- Deumier (P.) et Sorel (J.-M.) (ss. dir.)** *Regards croisés sur la soft law en droit interne européen et international*, LGDJ, 2018.
- Djoko (E.)** *Essai d'universalisation du principe d'égalité entre époux, Analyse comparative à la lumière des droits français et camerounais*, th. ss. dir. M. Fabre-Magnan, Paris, 2015.
- Domat (V.)** *Oeuvres complètes* par J. Rémy, t. I, éd. Firmin-Didot père et fils, Paris, 1835.
- Dudit (C.)** *La contractualisation du droit de la famille*, th. ss. dir. R. Le Guidec, 2009.
- Dubouchet (P.)** *La pensée juridique avant et après les Code civil*, éd. L'hermès, 1998.
- Dumont (H.), Cartuyvels (Y.), Hachez (I.), Gérard (P.), Ost (F.) et van de Kerchove (M.) (ss. dir.)** *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, éd. Presses de l'Université de Saint Louis, 2012.
- Dworkin (R.)** *L'empire du droit*, trad. Française par É. Soubrenie, éd. PUF, Paris, 1994.
- Égéra (V.)** *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, th. ss. dir. de B. Beignier, éd. Defrénois, 2010.
- Ewald (F.)** *Naissance du Code civil – Travaux préparatoires du Code civil*, éd. Flammarion, 1989.
- Fragu (E.)** *Des bonnes mœurs à l'autonomie personnelle. Essai critique sur le rôle de la dignité humaine*, th. ss. dir. Y. Lequette soutenue le 9 déc. 2015, Paris.
- Frison-Roche (M.-A.) et Haenel (H.)** *Le juge et le politique, les nouvelles règles du jeu*, éd. puf, Paris, 1998, pp. 294.
- Frydman (B.)** *Le sens des lois – histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, éd. Bruylant, 2011.
- Jeanneau (B.)** *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, préf. J. Rivero, éd. Sirey, 1954.
- Gaillard (L.)** *Des dons manuels faits aux personnes morales*, éd. A. Rousseau, Paris, 1896.
- Gayet (M.)** *L'anticipation successorale à l'épreuve de l'allongement de l'espérance de vie*, th. ss. dir. Ph. Pierre, Rennes 1, 2016.
- Gény (F.)**
- *Élaboration scientifique du droit positif : l'irréductible droit naturel*, éd. Recueil Sirey, Paris, 1915.
 - *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, éd. LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2^{ème} éd., 1919.
- Glandier Lescure (N.)** *L'inceste en droit français contemporain*, th. ss. dir. C. Neirinck, éd. P.U.A.M., 2006.
- Gogos-Gintrand (A.) et Moracchini-Zeidenberg (S.) (ss. dir.)** *2010-2020 : une décennie de mutations du droit de la famille*, éd. Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2021.
- Goltzberg (S.)** *100 principes juridiques*, éd. puf, 2021.
- Goubinat (M.)** *Les principes directeurs du droit des contrats*, th. ss. dir. S. Bros, 2016.
- Grandjean (G.)** *Pouvoir politique et audace des juges – Approche européenne comparée*, éd. Larcier, coll. Idées d'Europe, Bruxelles, 2018.

- Habermas (J.)** *Droit et démocratie*, éd. Gallimard, coll. NRF Essais, Paris, 1997.
- Hamadi (H.)** *Recherches sur l'ordre public familial*, th. ss. dir. d'E. Paillet, Toulon, 2009.
- Hennette-Vauchez (S.)** *Disposez de soi ? – Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, préf. E. Picard, éd. l'Harmattan, 2004, pp. 448.
- Houssier (J.)** *Les dettes familiales*, th. ss. dir. A.-M. Leroyer, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, déc. 2014.
- Ionesco (O.)** *Notion de droit subjectif dans le droit privé*, préf. G. Ripert, éd. Recueil Sirey, 1931.
- Jamin (Ch.) et Jestaz (Ph.)** *La doctrine*, éd. Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004.
- Japiot (R.)** *Des nullités en matière d'actes juridiques*, th. Dijon, éd. La mémoire du droit, coll. de la Faculté Jean-Monnet, 1909.
- Ka (I.)** *Le juge face aux principes directeurs du procès civil*, th. ss. dir. O. Salati, 2015.
- Kuhn (C.) et Pomart (C.) (ss. dir.)** *Corps humain, technologie et Droit, Institut francophone pour la justice et la démocratie*, coll. Colloques & essais, 2022.
- Laguerre (A.)** *Étude de la jurisprudence contemporaine sur les dons manuels*, éd. Imp. de la Presse, Montpellier, 1936.
- Lallier (J.-A.)** *De la propriété des noms et des titres*, éd. Hachette livre-BNF, 1890.
- Lambert (É.)** *Le gouvernement des juges*, réimpression éd. 1921, préf. F. Moderne, Dalloz, 2005.
- Lardeux (M.)** *Le pluralisme juridictionnel en droit de la famille*, th. ss. dir. E. Paillet, Montpellier, 2015.
- Law de Lauriston (G.)** *La famille, objet de conventions*, th. ss. dir. J.-R. Binet, Besançon, 2016.
- Lebrun (J.-P.) et Renchon (J.-L.)** *Où va la famille ? Droit et psychanalyse*, éd. Érès, coll. Humus, 2023.
- Loiseau (G.)** *Le nom, objet d'un contrat*, th. ss. dir. J. Ghestin, éd. LGDJ, 1997.
- Maurin (M.-P.)** *L'accès au mariage dans les législations européennes*, th. ss. dir. de Ch. Atias, Aix-en-Provence, 1997.
- Mélin-Soucramanien (F.)** *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, th. ss. dir. de L. Favoreu, éd. Economica, Paris, 1997.
- Menjucq (J.)** *L'attribution du nom par filiation*, th. Paris II, 1975.
- Molfessis (N.)** *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, préf. M. Gobert, éd. LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 287, 1997.
- Montillet de Saint-Pern (L.)** *La notion de filiation en droit comparé*, th. ss. dir. B. Ancel, Paris 2, 2013.
- Morvan (P.)** *Le principe de droit privé*, préface J-L Sourioux, éd. Panthéon-Assas, Paris, 1999.
- Murgue-Varoquier (P.-M.)** *Le précédent en droit français*, th. ss. dir. S. Caudal, Lyon, 2018.
- Nadjar (H.)** *Les principes directeurs en matière d'offres publiques*, th. ss. dir. S. Torck, 2018.
- Nérac (Ph.)** *La protection du droit patronymique en droit civil*, éd. PUF, coll. Travaux de recherches de l'Université Lille II, 1980.
- Ost (F.) et van de Kerchove (M.)** *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, éd. Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, coll. générale, Bruxelles, 2002.

Pacilly (G.) *Le don manuel*, éd. impr. Caron, Caen, 1936.

Pariente-Butterlin (I.) *Le droit, la norme et le réel*, éd. PUF, coll. Quadriges, 2005.

Pélissier (J.) *Les Obligations alimentaires : unité ou diversité*, th. ss. dir. H. Solus, Paris, 1961.

Perelman (Ch.)

- *Logique juridique, Nouvelle Rhétorique*, éd. Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 1978.
- *Éthique et droit*, éd. de l'Université de Bruxelles, 1990, pp. 824.

Perreau (M. E.-H.) *Le droit au nom en matière civile*, éd. Recueil Sirey, 1910.

Peterka (N.) *Les dons manuels*, th. ss. dir. P. Catala, éd. LGDJ, Paris 2, 2001.

Pétroni-Maudière (N.) *Le déclin du principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux*, préf. B. Vareille, éd. Presse Universitaire de Limoges, 2004.

Pierron (A.) *Du sens des mots familia pecuniaque dans l'ancien droit romain et plus spécialement dans les textes de la loi des XII tables*, éd. A. Fontemoing, Paris, 1895.

Pousson (J. et A.) *L'Affection et le droit*, préf. F. Rigaux, éd. du C.N.R.S., 1990.

Prieur (S.) *La disposition par l'individu de son propre corps*, th. ss. dir. É. Loquin, Dijon, 1998.

Quesne (A.) *Le contrat portant sur le corps humain*, th. Caen, 2018, Mare & Martin, 2021, préf. J.-R. Binet et G. Raoul-Cormeil.

Randoulet-Philippot (C.) *Le créancier dans la procédure de saisie du logement*, th. ss. dir. P. Oudot, 2017.

Riancho (S.) *Les principes directeurs du droit du travail*, th. ss. dir. J.-F. Cesaro, 2019.

Ripert (G.) *Les forces créatrices de droit*, éd. LGDJ, 1955.

Roubier (P.) *Droit de la propriété industrielle*, vol. 2, éd. Recueil Sirey, 1952.

Roussel (L.) *La famille incertaine*, Odile Jacob, coll. Hors collection, 1989.

Rouvillois (F.) *Le gouvernement des juges – Histoire d'un mythe politique*, éd. Desclée de Brouwer, 2013.

Salveton (H.) *Le nom, en droit romain et en droit français*, éd. Impr. Nouvelle, 1887.

Sebag (L.) *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, th. Paris, 1938.

Siffrein-Blanc (C.) *La parenté en droit civil français*, th. ss. dir. E. Putman, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009.

Solus (H.) *Les principes du droit civil*, éd. Armand Colin, 1933.

Supiot (A.) (ss. dir.) *La Solidarité. Enquête sur un principe juridique*, éd. Odile Jacob, Paris, 2015, pp. 357.

Tap (F.) *Recherche sur le précédent juridictionnel en France*, éd. mare & martin, 2021.

Thiercelin (H.) *Principes du droit*, éd. Guillaumin, 1865.

Vazquez (G. J.) *Principios jurídicos y pluralidad de racionalidades*, th. ss. dir. V. Champeil-Desplats et J. P. Alonso, Paris, 2022.

Vergès (E.) *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, th. ss. dir. S. Cimaonti, 2000.

Youf (D.) *Penser les droits de l'enfant*, éd. Puf, coll. Questions d'éthique, 2002.

Youhnovski Sagon (A.-L.) *Le droit de la vie humaine - Contribution à l'étude des relations entre la vie humaine et le droit*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2023.

3) ARTICLES

Agostini (E.) « La protection du nom patronymique et la nature du droit au nom », *D.* 1973, chron. p. 313.

Alfandari (E.) « L'obligation alimentaire : des formes de solidarités à réinventer », *RDSS*, 2008.993.

Andreо (G.) « Bigamie et double ménage », *RTD civ.*, 1991. 263.

Atias (C.) « L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé », *JCP* 1984. I. 3145.

Aubert (J.-L.) « Il n'y a pas de concubinage homosexuel », *D.* 1998. 111.

Bacache (M.) « Nouveau préjudice moral pour l'enfant conçu au jour du décès accidentel de son père », *D.* 2018. 386.

Bandrac (M.) « La jurisprudence ? », in *La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée*, *RTD civ.* 1992. 340.

Barabé-Bouchard (V.) « Le changement de signification du principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux », *JCP N*, 1994, 1, p. 111.

Barbiéri (J.-F.) « Les souvenirs de famille : mythe ou réalité juridique », *JCP G* 1984, I, n° 3156.

Barnabé (Q.) « La personnification de la nature, une notion peu utile à la protection de l'environnement en droit français », *RFDA*, août 2009, ét. 9.

Barraud (B.) « Les nouveaux défis de la recherche sur les sources du droit », *Revue de la Recherche Juridique – Droit Prospectif*, 2016-4, n° 164.

Batteur (A.)

- « L'interdit de l'inceste en matière civile », in *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, ss. dir. A. Batteur, éd. LGDJ, coll. Les grandes décisions, 2016.
- « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000. 767.

Baumann (C.), Courcenet (S.) et al. « La prise en charge de la dépendance des personnes âgées en Europe », *AJ fam.*, 2003.261.

Beignier (B.) « Les trentes ans de la Convention internationale des droits de l'enfant », *Dr. fam.*, nov. 2019, repère 10.

Bélanger (C.) et Samson (M.) « La méthode historique ou psychologique ; L'originalisme, les arguments historiques », *Chaire de rédaction juridique Louis-Philippe-Pigeon*, 2016.

Bellivier (F.) et Labrusse-Riou (C.) « Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé », *Revue internationale de droit comparé*, 2002, pp. 579-601.

Béranger (H.) « Trois questions à Françoise Dekeuwer-Deffossez », *JCP G.*, n° 22, 2017.627.

Binet (J.R.)

- « Exceptio est strictissime interpretationis : l'enfant conçu au péril de la biomédecine » *in Libre droit. Mél. en l'honneur de Ph. Le Tourneau*, éd. Dalloz, 2007, pp. 85-115.
- *J-Cl. Civil*, Art. 16 à 16-13, « Fasc. 10 : Protection de la personne », 2008, n° 76 et 77.
- « Pacs et mariage : vingt ans de vie commune » : *Dr. fam.*, 2019, n° 12, pp. 15-18.
- « Le droit d'accéder aux origines personnelles dans la nouvelle loi de bioéthique : un progrès pour les enfants du don », *Dr. fam.*, oct. 2021.
- « Don de gamètes - Consentement du donneur à la transmission de son identité : clé de voûte du droit à la connaissance des origines », *Dr. fam.* sept. 2023, comm. 139.
- « Assistance médicale à la procréation - Procréation post mortem : sera-t-il bientôt interdit de l'interdire ? », *Dr. fam.* nov. 2023, comm. 162.

Blanc (Ph.) « Les adages et la jurisprudence », *RFDA* 2014, p. 14 et s..

Bohuon (C.) et Sarcelet (J.-D.) « Filiation et famille : une vérité qui dérange », *D.* 2009. 2876.

Borrillo (D.)

- « La République des experts dans la construction des lois : le cas de la bioéthique », *Histoire@Politique*, n° 14, 2011, p. 55.
- « Le genre au prisme du droit – Trouble dans la parenté, accouchement sans maternité et maternités masculines », *Revues des Juristes de Sciences Po* n° 15, Juin 2018, 15.

Boulanger (J.) « Principes généraux du droit et droit positif », *in Le droit privé français au milieu du XXe Siècle*, Mél en l'honneur de Georges Ripert, Tome I, éd. LGDJ, Paris, 1950.

Boulouis (J.) « Famille et droit constitutionnel », *in Études offertes à P. Kaiser*, t. 1, éd. PUAM, 1979.

Bourguignon (M.) « Le principe d'anonymat du donneur de gamètes : vérité biologique contre vérité juridique », *Jurisdoctoraria* n° 11, 2014, pp. 19 – 39.

Bréchot (F.-X.) « La constitutionnalité du mariage pour tous en question », *JCP G.*, 2012. 1388.

Bredin (J.-D.) « Un gouvernement des juges ? », *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 68.

Brenner (C.) « Solidarités familiales et mise en commun des biens du couple », *Dr. fam.* 2016, n° 6, pp. 29-33.

Breton (A.) « L'enfant incestueux », *in Aspects nouveaux de la pensée juridique*, mél. en l'honneur de M. Ancel, t. I, éd. A. Pedone, 1975.

Bribosia (E.) et de Schutter (O.) « La Chartre des droits fondamentaux de l'Union européenne », *in Journal des tribunaux*, n° 6005, 2001, pp. 281-297.

Bruguière (J.-M.) « Dans la famille des droits de la personnalité, je voudrais... », *D.* 2011. 28.

Bruguière (J.-M.) et Gleize (B.) « Les droits de la personnalité », *Légipresse* 2015. 71.

Brunet (P.) et Champeil-Desplats (V.) « La théorie de contraintes juridiques face à la théorie des sources du droit », *in Les sources du droit revisitées, vol. 4 : La théorie des sources du droit*, ss. dir. Y. Cartuyvels, Ph. Gérard, I. Hachez, Fr. Ost et M. van de Kerchove, éd. Presses Universitaires de Saint-Louis, 2012.

Brunetti-Pons (C.) « De quelques réflexions autour d'un phénomène de déjudiciarisation en droit des personnes et de la famille », *Gaz. Pal.* n° 17, p. 7.

Caignault (P.) et Guédé (X.) « L'entraide familiale : des enfants envers les parents », *JCP N* n° 17, 1115.

Callejas (A.) « Les sources du droit à travers le prisme du visa dans les arrêts de la Cour de cassation », in *Les sources du droit dans les pays européens et francophones, Troisième journées juridiques franco-polonaise*, ss. dir. J. Leroy, D. Piatek et P. Szwedo, éd. mare&martin, 2016.

Candide (L.) « Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français », *Gaz. Pal.*, 4 oct. 2012, n° 278, p. 7.

Carbonnier (J.)

- « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Mél. Ripert*, t. I, éd. LGDJ, 1950.
- « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variable en droit*, études publiées par C. Perelman et R. Vander Elst, éd. Bruylan, 1984.

Catala (P.) « Prospective et perspectives en droit successoral », *JCP N* 2007, 1206, n° 26.

Catto (M.-X.) « Le principe d'indisponibilité du corps humain – Limite de l'usage économique du corps », *Dr. fam.*, juin 2018. 12.

Ceyhan (A.) « Enjeux d'identification et de surveillance à l'heure de la biométrie », *Cultures & Conflits*, hiver 2006, n° 30.

Chapus (R.) « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.*, 1966, chr. 99.

Chartier (Y.) « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993*, éd. La documentation française, 1994.

Chénedé (F.) « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016. 796.

Chevallier (J.-Y.) « « Naître ou n'être pas », la chambre criminelle et l'homicide du fœtus », in *Droit et actualité : ét. offertes à J. Béguin*, Litec, Paris, 2005, pp. 125-140.

Cicile-Delfosse (M.) « Le beau-parent, serpent de mer du droit civil de la famille », in *Mél. en l'honneur du professeur G. Champenois*, éd. Defrénois, 2012.

Cornu (G.) « Les divers priviléges de la maternité », in *Droit civil – La famille*, éd. Montchrestien, 2006.

Dagot (M.) « Des donations non solennelles », *JCP N* n° 39, 2000. 1392.

Daniel (J.) « Les principes généraux du droit en droit pénal », in *Les principes en droit*, ss. dir. S. Caudal, éd. Economica, coll. études juridiques, Paris, 2008.

Dauriac (I.) « L'ordre et la morale », *Defrénois*, avr. 2021, n° 14.

Debeaurain (V.) « Les formes modernes de don manuel », *JCP N* 1979. 276.

Déchamp-Le Roux (C.) « La quête de l'immortalité et l'utopie transhumanisme », *Gérontologie et société*, 2016/3, pp. 97-111.

Decocq (A.) « La main d'Isabelle », in *mél. en l'honneur de Ph. Malaurie*, éd. Defrénois, 2005, pp. 199 -213.

Dekeuwer-Défossez (F.)

- « Les « droits des femmes » face aux réformes récentes du droit de la famille » in *l'Année sociologique*, éd. PUF, 2003/1, vol. 53, pp.175-195.
- « un divorce sans juge ? » *RLDC* 2016. n° 139.

Delamarche (N.) « La famille a-t-elle encore besoin de juges ? » ; *Dr. fam.* 2020, n° 12, ét. 27.

Demogue (R.) « Les souvenirs de famille et leur condition juridique », *Rev. trim. dr. civ.* 1928, 27.

de Montgolfier (J. F.) « Du PACS au mariage et retour » : *Commentaire*, automne 2008, n°123, pp. 777-784.

de Saint Pern (L.) « Mater semper certa est ? Never ever... », *D.* 2016. 2290.

Desportes (Gal V.) « Quels principes pour la guerre ? », in *Défense& Sécurité internationale*, n° 131, sept-oct. 2017, spéc. p. 80.

P. Deumier et Th. Revet « Sources du droit », in *Dictionnaire de culture juridique*, ss. dir. S. Rials, Paris, PUF, 2003, spéc. p. 1431.

Dionisi-Peyrusse (A.)

- « La reconnaissance en France des situations familiales créées à l'étranger », *AJ fam.* 2011. 250.
- « Le nom de la mère : toujours au second rang », *AJ fam.* 2017.

Dondoux (J.) « Le droit à la vie familiale normale, arrêt du Conseil d'État du 8 déc. 1978 », *dr. soc.* n° 1, 1979. 57.

Douchy-Oudot (M.) « Les solidarités familiales », in *Lien familial, lien obligationnel, lien social*, ss. dir. C. Siffrein-Blanc, J.-Ph. Agresti et E. Putman, éd. Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2013.

Duflos (C.), Dufour (A.) et Kowalski (A.-D.) « Prestations familiales, modes de garde et relations parents/grands enfants », *collection des rapports*, n° R156, déc. 1994.

Égéa (V.)

- « L'indisponibilité de la personne : Confession d'un masque », in *La personnalité juridique*, éd. Presse de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2013.
- « Les solidarités familiales à la suite du divorce », *Dr. fam.* n° 6, juin 2016, dossier 22.

Fabre Magnan (M.)

- préf. *Écrits de bioéthique* par C. Labrusse-Riou, éd. Puf, Paris, 2007.
- « La dignité en droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2007/1 (Vol. 58), pp. 1-30.

Fenouillet (D.) « Le droit civil de la famille hors le Code civil », *LPA* 2005, n° 188, p. 3.

Fombeur (P.) « Titre de séjour dépendant de l'engagement d'un ascendant et versement du revenu minimum d'insertion », *RDSS*, 2002.165.

Fresnel (F.) « Bilan d'un an d'application de la loi du 5 mars 2007 », *RJPF*, 2010, n° 7-8.

Fulchiron (H.)

- « Les paternités forcées : projet parental versus géniteur payeur » : *Dr. fam.* janv. 2017, n°1.
- « Clap de fin pour les paternités forcées ? », *Dr. fam.*, juin 2017, n° 126.
- « L'enfant né d'uninceste », *Dr. fam.*, nov. 2017 comm. 224.

Gailliard (A.) « Sacraliser la nature plutôt que la personnifier (ou les mirages de la personnification) », *D.* 2018. 2422.

Gallmeister (I.) « Jugement de divorce étranger : égalité des parents et respect de la vie privée et familiale » : *D. actualité*, 18 nov. 2010.

Garnerie (L.) « Critiques contre les juges d'instruction : les magistrat inquiets », *Gaz. Pal.* n° 41.

Gayet (M.)

- « Les défis de l'anticipation successorale chez les personnes âgées : gratifier sans s'exposer », *RDSS* 2018. 800.
- « Contribution aux charges locatives entre concubins : absence d'incidence de la clause de solidarité », *Dr. fam.*, oct. 2020, comm. 132.

Gérard (Ph.) « Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit », *Déviance et société*, 1988, vol. 12, n° 1, pp. 75-90.

Ghestin (J.) « La règle « aliments ne s'arréragent pas » », in *Mél. J. Brèthe de la Gressaye*, éd. Bière, 1968.

Girard (P.) « L'évolution du rôle des juges », in *Les Cahiers du droit*, 42.

Gobert (M.)

- « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », in *La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée*, *RTD civ.* 1992. 344.
- « Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, à propos de la maternité de substitution », *RTD civ.* 1992. 489.

Gomar (M.) « Pourquoi du droit dans la famille ? », in *La famille que je veux, quand je veux ?*, ss. dir. C. Neirinck, éd. Érès, coll. question de so, 2003.

Goré (M.) « Requiem pour la réserve héréditaire » : *Defrénois* 12 oct. 2017, p. 26.

Gouëzel (A.) « Réflexions sur la « liberté de mettre fin aux liens du mariage », *Dr. fam.* 2017, n° 11, ét. 19, p. 10.

Gourinat (J.-B.) « Problèmes de la justice dans l'Antiquité », in *Philopsis*, 2011.

Gouttenoire (A.) « La Cour de cassation et les enfants nés de GPA à l'étranger : un revirement a minima », *JCP G* 2015. 965.

Gray (M.) « Le cantonnement de l'émolument du conjoint survivant par le nouvel article 1094-1, alinéa 2, du Code civil », *JCP N*, n° 7, 16 fév. 2017, 1067.

Gridel (J.-P.)

- « Le rôle de la Cour de cassation française dans l'élaboration et la consécration des principes généraux du droit privé », in *Les principes généraux du droit. Droit français, droit des pays arabes, droit musulman*, éd. Bruylants, 2005.
- « Nom de famille – L'exacte écriture des noms de famille : un faux détail », *Comm. com. électr.*, sept. 2015, étude 15.

Grimaldi (M.)

- « Saisie-revendication des souvenirs de famille : opposition des titulaires d'un droit à la conservation à l'aliénation de ces biens », *D.* 1995. 330
- « La réserve ne relève pas de l'ordre public international », *RTD civ.* 2018. 189.

Guerchoun (F.) « La vocation de l'adage « aliments ne s'arréagent pas », *JCP G* 2004, n° 12, comm. 10040.

Guérin (M.-C.) « L'interdiction de la gestation pour autrui : quelles qualifications pénales, quelles victimes », *Dr. fam.*, oct. 2016, ét. 18.

Hammarberg (Th.) « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes », *Journal du droit des jeunes*, 2011/3.

Hauriou (M.)

- « De la personnalité comme élément de la réalité sociale », *Revue générale de droit*, 1898, pp. 5-119.
- « Police juridique et fond du droit », *RTD civ.* 1926. 309.

Hauser (J.)

- « La famille, le temps et la durée », in *Annales de droit de Louvain*, vol. 59, Bruylant, 1999.
- « L'intérêt supérieur de l'enfant et le fait accompli : une filiation quand je veux et avec qui je veux, par n'importe quel moyen », *RTD civ.* 2008. 93.
- « Transsexualisme et preuve du changement (suite) », *RTD civ.* 2013. 344.
- « Le Conseil Constitutionnel et les diverses branches du droit » : *Cahiers du Conseil Constitutionnel* n°16, juin 2014.
« Choix du nom et changement de nom : le nom est à nous, pas à eux et le Conseil d'État a du cœur ! », *RTD civ.* 2014. 332.

Heenen-Wolff (S.) et Moget (E.) « Homoarentalité et sexualité », in *Cahiers de psychologie clinique*, 2011/2, n°37, pp. 231-245.

Hermitte (M.-A.)

- « Le corps humain hors du commerce, hors du marché, in *Archives de philosophie du droit*, t. 33, éd. Sirey, 1988, p. 323.
- « De l'avortement aux procréations artificielles, la toute-puissance du projet parental », *Natures Sciences Sociétés*, 2007/3, vol. 15, pp. 274-279.

Herzog-Evans (M.) « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *RTD civ.* 2000. 65.

Hilt (P.) et Simler (Ph.) « Le nouveau visage du PACS : un quasi mariage » : *JCP G* 2006. I. 161.

Hutcheson (J.-C.) « Le jugement intuitif, la fonction du « hunch » dans la décision judiciaire », trad. par L. Bordonaba, *Cahiers philosophique*, 2016/4, pp. 95-109.

Jeammaud (A.) « De la polysémie du terme « principe » dans les langages du droit et des juristes », in *Les principes en droit*, ss. dir. S. Caudal, Économica, coll. études juridiques, Paris, 2008.

Jestaz (Ph.)

- « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D.* 1989. 25.
- « Pouvoir juridique et pouvoir moral », *RTD civ.*, 1990. 625.

- « Principes généraux, adages et sources du droit en droit français », in *Les principes généraux du droit. Droit français, droit des pays arabes, droit musulman*, éd. Bruylant, 2005.

Josserand (L.) « La personne humaine dans le commerce juridique », *DH* 1932, chr. 1.

Juston (M.) « L'avis d'un magistrat de terrain sur la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel » : *Gaz. Pal.* 15 mars 2014.

Kayser (P.) « La défense du nom de famille d'après la jurisprudence civile et la jurisprudence administrative », *RTD civ.* 1959. 10.

Kermabon (N.) « Les modifications de l'encadrement juridique de l'IVG par la loi du 2 mars 2022 », *Dr. fam.* avr. 2022, ét. 9.

Kessler (G.) « Le droit de ne pas être père », *AJ fam.* 2017. 292.

Kaufmann (A.) « Par-delà le droit naturel et le positivisme juridique vers l'herméneutique juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Université Saint-Louis, 2019.

Khaiyat (L.) « Filiation entre normes et affects », in *Vérité scientifique, Vérité psychique et droit de la filiation*, ss. dir. de L. Khaiyat, éd. Érès, 1995.

Krajeski (D.) « Les outils jurisprudentiels de la moralisation », *Mél. en l'honneur de Ph. Le Tourneau*, éd. Dalloz, Paris, 2008.

Laborde-Barbanègre (M.) « la filiation en question : de la loi du 3 janvier 1972 aux lois sur la bioéthique », in *Adoption, Ethnologie des parentés choisis*, éd. de la Maison des sciences de l'Homme, Paris, 1998.

Labrusse-Riou (C.)

- « Droits de l'homme et institution des liens familiaux : Une relation explosive ou pervertie ? », in *La famille, le lien et la norme, Actes du coll. de L'Institut des Sciences de la Famille du 10 et 11 mai 1996*, ss. dir. G. Eid, L'Harmattan, 1997.
- « Le corps à l'épreuve des biotechnologies. Perspectives juridiques », in *le corps : sujet ou objet ?*, Cahiers de l'école des sciences philosophiques et religieuses, Facultés universitaires Saint-Louis, 18-1995, p. 178.

Laingui (A.) « L'adage, vestige de la poésie du droit », in *Mél. Imbert*, PUF, 1989.

Lagarde (X.) « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du Code civil », *RTD civ.* 1997. 25, 36.

Lamarche (M.)

- « Le Conseil d'État et les résistances du garde des Sceaux en matière de changement de nom pour motifs affectifs », *Dr. fam.* n° 11, nov. 2020, alerte 108.
- « Égalité ou liberté : le double nom de famille doit-il être prioritaire ? », *Dr. fam.*, n° 7-8. 2021.

Larribau-Terneyre (V.) « Les conventions de rupture – État des lieux » : *Dr. fam.* 2015, dossier 4.

Lassalas (Ch.) « Imposer une paternité au nom du seul lien biologique avec un enfant : une injustice au regard des transformations sociales et de l'évolution du droit », *actu-juridique*, 20 mai 2022.

Lebreton (G.) « Les ambiguïtés du droit français à l'égard de la dignité de la personne humaine », *Mél en l'honneur de P. Gélard*, éd. Montchrestien, 1999.

Le Douaron (C.) « L'égalité des sexes impose de laisser le choix du nom de famille aux parents » : *D. actualité*, 31 janv. 2014.

Lecomte (J.) « Le principe de dignité humaine dans les lois de bioéthique », 1^{ère} partie, : *Revue juridique de l'Ouest*, 2004.

Lefebvre-Teillard (A.) « Le nom propre et la loi », in *Mots. Les langages du politique*, 2000, n° 63.

Le Gars (J.) « Homme augmenté, transhumanisme en embuscade », *Dr. fam.*, juin 2018.

Le Gouvello (A.) « Homicide involontaire du fœtus : les limbes du droit pénal », *Dr. fam.* avr. 2015, comm. 85.

Lenoir (R.) « La solidarité familiale : une question morale ? », in *Repenser la solidarité*, éd. PUF, 2011, pp. 169-186.

Le Pourhiet (A.-M.) « Gouvernement des juges et post-démocratie », *Constructif*, vol. 61, 2022/1.

Leprovaux (J.) « Les souvenirs de famille », in *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, ss. dir. A. Batteur, éd. LGDJ, 2016, pp. 574-579.

Lequette (Y.) « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », in *mél. en l'honneur du professeur G. Champenois*, éd. Defrénois, 2012.

Lerebours-Pigeonnière (P.) « La famille et le Code civil », in *Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire*, t.1, éd. Arthur Rousseau, Paris, 1904.

Lescot (P.) « Les tribunaux en face de la carence du législateur », *JCP*, 1966, I, 2007.

Libchaber (R.) « Des successions en quête d'avenir », *RTD civ.* 2016. 729.

Liber (M.) « Napoléon et les juifs – La question juive devant le Conseil d'État en 1806 », in *Revue des études juives*, t. 72, n° 143, 1921.

Lienhard (C.) « Besoin et nécessité d'un juge » : *Gaz. Pal.* 1^{er} avr. 2014.

Lindon (R.) « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP* 1975. I. 2681.

Lion (N.) « Le recouvrement de l'obligation alimentaire par les établissements publics de santé à l'épreuve de la règle « aliments ne s'arréragent pas » », *LPA* 1998, n° 120, p. 120.

Loiseau (G.)

- « Possession et revendication d'un nom de famille », *D.* 2004. 86.
- « Pour un droit des choses », *D.* 2006. 3015.
- « La personnalité juridique des robots : une monstruosité juridique », *JCP G*, n° 9, 2 mars 2020, doctr. 248.

Louis-Pécha (A.) « Les incidences de la réforme de la filiation sur le nom de famille », *Recherches familiales* 2010/1.

Malaurie (Ph.)

- « Couple, procréation et parenté » : *D.* 1998. 127.
- « Les précédents et le droit », *RIDC*, 2006, 58-2, pp. 319-326.
- « Les précédents et le droit », in *Philippe Malaurie – Écrits d'une vie*, éd. LGDJ, 2021 pp. 91 - 98.

- « Libéralité, bonnes mœurs et relations adultères », in *Philippe Malaurie – Écrits d'une vie*, éd. LGDJ, 2021, pp. 329 – 332.

Marguénaud (J.-P.) « La personnalité juridique du fœtus humain », in *Personnes et Famille. Hommages à J. Pousson-Petit*, éd. Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2016, pp. 139-150.

Marguet (L.)

- « Les lois sur l'avortement (1975-2013) : une autonomie procréative en trompe l'œil ? », *La Revue des droits de l'homme*, n° 6, 2014.
- « Loi n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement : un renforcement en demi-teinte », *La revue des droits de l'Homme*, avr. 2022.

Maria (I.) « Seul le requérant initial peut interjeter appel contre un jugement de mainlevée de la mesure de protection », *Dr. fam.*, juill. 2018.

Massip (J.) « Les recours formés par les services de l'aide sociale ou les hôpitaux et hospices contre les débiteurs d'aliments : application de la règle aliments ne s'arragent pas », *D.* 1991. 469.

Mathieu (B.)

- « Conformité à la Constitution des lois relatives au respect du corps humain et au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal », *D.* 1995. 237.
- « Les « questions de société » échappent au contrôle de constitutionnalité », *JCP G* 2013, n° 22, act. 588.

Maulin (E.) « L'invention des principes », in *Les principes en droit*, ss. dir. S. Caudal, éd. Economica, coll. études juridiques, Paris, 2008.

Mayaud (Y.) « Stricte interprétation et triste destin pour l'enfant en voie de naître... », *RSC* 2003. 95.

Mazabraud (B.) « Dernières nouvelles de l'équité », *Cah. Just.* 2022/1, pp. 33-44.

Mémeteau (G.) « La situation juridique de l'enfant conçu. De la rigueur classique à l'exaltation baroque », *RTD civ.* 1990. 611.

Meulders-Klein (M. T.)

- « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », in *mél. en l'honneur de G. Cornu*, éd. PUF, 1994.
- « La production des normes en matière bioéthique », in *De la bioéthique au bio-droit*, ss. dir. C. Neirinck, éd. L.G.D.J., 1994, pp. 21-78.

Millard (E.) « L'évolution du droit de la famille », *Réalités familiales*, 2003. 68.

Mirkovic (A.)

- « Statut de l'embryon, la question interdite ! », *JCP G* n° 4, 25 janv. 2010. 99
- « La protection de la personne en son corps en droit civil », *Dr. fam.*, juin 2018.

Mistretta (P.) « Droit pénal de la bioéthique : le coup de grâce ! », *JCP G*, n° 29-34, 18 juill. 2011. 845.

Moderne (F.) « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA* 1999, p. 722.

Molfessis (N.)

- « L'équité n'est pas une source de droit », *RTD civ.* 1998. 221.
- « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2001, p. 699.

Morel (B.) et Sbaihi (S.) « Supprimer la réserve héréditaire. Pour la liberté, le mérite et la philanthropie », *Génération Libre*, mars 2019.

Morel (M.-F.) « Grossesse, foetus et histoire », in *La grossesse, l'enfant virtuel et la parentalité*, éd. PUF, coll. Monographies de la psychiatrie enfant, 2004.

Morvan (P.)

- « En droit, la jurisprudence est une source du droit », *RRJ*-2001-1, p. 77 et s.
- « Les visas de principes dans la jurisprudence de la Cour de cassation : inventaire d'un droit "hors-la-loi" », *LPA*, 2005, n° 113, p. 5.

Murat (P.)

- « La Cour de cassation et la vie humaine : où va le droit commun ? », *Dr. fam.* 2001, chron. n°24.
- « Couple, filiation, parenté », in *Des concubinages, droit interne, droit international, droit comparé*, Études offertes à J. Rubellin-Devichi, éd. LexisNexis, coll. Mélanges, 2002.
- « Recours des établissements de santé contre les débiteurs alimentaires : vers une extension de la maxime « aliments ne s'arrangent pas » », *Dr. fam.* nov. 2003, comm. 130.
- « La revendication d'un nom tronqué par le jugement d'adoption : l'autorité de la chose jugée surpassé l'immutabilité du nom », *Dr. fam.* mars 2010, comm. 41.
- « Les régimes matrimoniaux et les régimes « pacsimoniaux » à l'épreuve de la rupture des couples » : *JCP N* 2011, 1206.

Neirinck (C.)

- « La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique », in *Mélanges Ch. Bolze, Éthique, droit et dignité de la personne*, ss dir. Ph. Pédrot, éd. Economica, Paris, 1999, pp. 39-50.
- « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ? », *D.* 2003. 841.

Ouedraogo (Y.) « La représentation architecturale du droit », in *Droit et ville*, 2013/2, pp. 89 – 106.

Patarin (J.) « Règles dérogatoires applicables aux souvenirs de famille : opposition à un acte de disposition de l'héritier détenteur, retour aux règles dérogatoires après application du droit commun », *RTD civ.* 1995. 663.

Pédrot (Ph.) « La dignité de la personne : principe consensuel ou valeur incantatoire ? », in *Ethique, droit et dignité de la personne. Mél. Ch. Bolze*, Avant-propos, Economica, 1999.

Perdrau (A.) « Visas, « chapeaux » et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *JCP*, 1986, I, 3257.

Pérès (C.) « Le nom : évolutions et résurgences. Réflexions à propos de la loi n° 2022-301 du 2 mars 2022 relative au choix du nom issu de la filiation », *Droits* 2021/2, n° 74, pp. 105 – 118.

Perfetti (L.) « Don manuel et intérêt de l'enfant », *Prélude au 91^e Congrès des notaires de France*, éd. Défrénois, 30 avril 1995.

Perreau (M. E.-H.)

- « Les droits de la personnalité », *Revue dr. civil*, 1909.
- « Technique de la jurisprudence pour la transformation du droit privé », *Rev. trim. dr. civil*, Recueil Sirey, 1912.

Péterka (N.) « Déjudiciatisation de l'administration légale et renforcement du rôle de la famille dans la protection des majeurs. – À propos de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 », *JCP G* 2015.

Peyrefitte (L.) « Considérations sur la règle « aliments ne s'arréagent pas » », *RTD civ.* 1968. 286.

Pierrat (E.) « Protection des droits de la personnalité », *Legicom*, 1996/2.

Portalis « Exposé des motifs du projet de loi sur le mariage », in *Écrits et discours juridiques et politiques*, éd. Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Publications du Centre de philosophie du droit », 1988.

Pousson-Petit (J.) « Les volontés individuelles et le droit de la filiation charnelle dans les droits européens », in *De la volonté individuelle*, ss. dir. M. Nicod, LGDJ, 2009, pp. 57 – 76.

Pradel (J.)

- « La seconde mort de l'enfant conçu », *D.* 2001. 2907.

Puig (P.) « L'excès de proportionnalité » : *RTD civ.* 2016.70.

Punzi (A.) « Pour une philosophie réaliste du droit. Villey et les équivoques sur le droit naturel », in *Michel Villey, vingt ans déjà !*, texte traduit par A.-J. Arnaud, éd. LGDJ, 2009.

Raoul-Cormeil G.

- « La nullité du mariage posthume : est-ce la fin d'une virtualité ? », *D.* 2006. 2085.
- « L'habilitation familiale : une tutelle adoucie, en la forme et au fond », *D.* 2015. 2335.
- « Les obligations alimentaires », in *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, ss. dir. A. Batteur, éd. LGDJ, 2016.
- « L'habilitation familiale, entre tradition et modernité », *LPA*, 8 sept. 2017, p. 72.

Rassat (M.-L.), Sainte-Rose (J.) et Sargos (P.) « L'enfant à naître peut-il être victime d'un homicide involontaire ? L'assemblée plénière de la Cour de cassation prend position », *JCP G* n° 29, II, 10569.

Raymond (G.) « Le statut juridique de l'embryon humain », *Gaz. Pal.* 24 avr. 1993.

Reigné (Ph.) « Changement d'état civil des personnes transidentitaires : l'injuste équilibre », *JCP G*, 25 fév. 2013. 227.

Reynaud-Chanon (M.) « Les souvenirs de famille, une étape vers la reconnaissance de la personnalité morale de la famille », *D.*, 1987. 264.

Rieg (A.) « Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand », *LGDJ*, 1961, p. 589.

Roberto Grau (E.) « Les principes », in *Pourquoi j'ai peur des juges*, éd. Kimé, coll. Nomos & Normes, 2014.

Robichez (J.) « Les critères de qualification de la notion de souvenir de famille », *D.* 1999.624.

Rodièvre (R.) « Les principes généraux du droit privé français », in *Rev. intern. dr. comp.*, vol. 2, 1980.

Roubier (P.) « Ordre juridique et source du droit », in *Le droit privé français au milieu du XXe Siècle, Mél en l'honneur de Georges Ripert*, T. I, éd. LGDJ, Paris, 1950.

Roy (O.) « Fraudes à l'adoption : quelles réformes ? », *JDJ* 2007/2, vol. 262, pp. 25 – 34.

Rubellin-Devichi (J.) « Le droit et l'interruption de grossesse », *Petites affiches*, 7 juin 1996. 19.

Sagaut (J.-F.) « Le couple conjugal complément ou substitut à la solidarité intergénérationnelle ? », *Dr. fam.*, juill. 2011.

Sargos (P.) « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation – Les gardefous des excès du droit », *JCP* 2001, n° 12, doctr. 306.

Savatier (R.) « Une personne morale méconnue : la famille en tant que sujet de droit », *DH* 1939. 49.

Sayn (I.) « L'évolution du rôle de la volonté individuelle dans l'encadrement juridique de l'organisation familiale », *Cahiers philosophiques*, 2008/4, n° 116, pp. 69 – 86.

Sériaux (A.)

- « Le juriste face au droit de la famille », *Dr. fam.*, juin 2001, chron. 13.
- « Tes père et mère tu honoreras. Réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain », *RTD civ.* 1986. 265.

Sertor (L.) « Non, ils ne le peuvent pas ! », *D.* 2012. 1321

Siffrein-Blanc (C.) « L'identité des personnes : une identité pour soi ou pour autrui ? », *Personnes et Familles - Hommage à Jacqueline Pousson-Petit*, éd. Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2016.

Sohm-Bourgeois (A.-M.) « La personification de l'animal : une tentation à repousser », *D.* 1990. 33.

Sponchiado (L.) « De l'usage des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dans le débat sur le mariage des personnes de même sexe », *RFDC* 2013/4 (n°96), pp. 951-974.

Terré (D.) « Le gouvernement des juges », *Les questions morales du droit*, éd. Presses Universitaires de France, 2007.

Théry (R.) « La condition juridique de l'embryon et du fœtus », *D.* 1982. chron. 231, n° 12.

Thibierge (C.), « Conclusion. Le concept de force normative », in *La force normative. Naissance d'un concept*, ss. dit. Catherine Thibierge, éd. LGDJ, 2009.

Van Gysel (A.-C.) « Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ? » in *Droit des familles, genre et sexualité*, ss. dir. N. Gallus, éd. Anthémis, 2012.

Verdier (P.) « Les dérives de l'utilisation de la notion d'intérêt de l'enfant », in *l'intérêt supérieur de l'enfant en question : leurre et levier au service de ses droits ?*, DEI Assemblé Nationale, Paris, 20 nov. 2010.

Viala (A.)

- « L'interprétation du juge dans la hiérarchie des normes et des organes », *Cahiers du Conseil Constitutionnel* n° 6, janv. 1999.
- « La consécration du droit naturel moderne dans la décision du Conseil constitutionnel relative au mariage gay », in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2015, pp. 77 – 85.

Vincent (D.) « Réserve héréditaire et ordre public international. Mise en œuvre des arrêts du 27 septembre 2017 » : *Dr. fam.* 2018, étude 13.

Vioujas (V.) « Le recouvrement des produits d'hospitalisation auprès de la famille du patient : de nouvelles possibilités pour les établissements de santé », *LPA* 2015, n° 56, p. 4.

Virally (M.) « Le rôle des « principes » dans le développement du droit internationnal », in *Le droit international en devenir : Essais écrits au fil des ans*, éd. Graduate Institute Publications, 1990.

Weber (J.-F.) « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *Bull. d'information de la Cour de cassation*, 2009, p. 6.

Zabalza (A.) « Philosophie juridique des droits de la personnalité », in *Traités de droits de la personnalité*, sous la dir. de J-C. Saint-pau, éd. LexisNexis, coll. Traité, Paris, 2013.

Zenati-Castaing (F.)

- « Choses hors commerce », *RTD Civ.* 1996. 420.
- « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002. 15.
- « Les principes généraux en droit privé », in *Les principes en droit*, ss. dir. S. Caudal, Economica, coll. études juridiques, Paris, 2008.

II. OUVRAGES ET ARTICLES NON JURIDIQUES.

1) OUVRAGES

Aristote

- *Éthique à Eudème*, éd. Flammarion, 2013.
- *Éthique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, éd. Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 1994.

Badiou (A.) *Saint Paul. La fondation de l'universalisme*, éd. Puf, Paris, 1997.

Beaumarchais *Le mariage de Figaro*, éd. Flammarion, coll. Étonnant classiques, 2019.

Choulet (Ph.) *Le principe*, éd. Atlandes, coll. Clef Concours Philosophie, 2022.

Condillac *L'art d'écrire – Cours d'études pour l'instruction du Prince de Parme*, t. II, éd. de l'Imprimerie de Ch. Houel, 1798.

de Chateaubriand (F.-R.) *Mémoires d'Outre-Tombe*, éd. Flammarion, 1997.

Delsol (Ch.) *La fin de la chrétienté ? L'inversion normative et le nouvel âge*, éd. du Cerf, 2022.

de Condillac (Monsieur l'Abbé) *La logique ou les premiers développements de l'art de penser*, éd. Hachette Livre BNF, 2012.

de Gasparin (A.) *La famille : ses devoirs, ses joies et ses douleurs*, t. 1, éd. Librairie nouvelle, 1872.

de Singly (F.) *Sociologie de la famille contemporaine*, éd. Armand Colin, 2007.

Dostoïevski (F.) *Les frères Karamazov*, Extrait de « La parabole du Grand Inquisiteur », éd. Gallimard, 1998.

Fabre-Magnan (M.) *L'institution de la liberté*, éd. Puf, 2018.

Goyard-Fabre (S.) *La philosophie du droit de Kant*, éd. Vrin, 1996.

Greisch (J.) *Le cogito herméneutique. L'herméneutique philosophique et l'héritage cartésien*, éd. Vrin, 2000.

Grosjean (P.-H.) *Catholique, engageons-nous !*, éd. Artège, 2016.

Hayek (F.) *Droit, législation et liberté*, éd. PUF, coll. Quadrige, 2013.

Héritier (F.) *Les deux sœurs et leur mère. Anthropologie de l'inceste*, éd. Odile Jacob, Paris, 1994.

Kant (E.) *Leçons d'éthique* : 1775-1780, traduit par Langlois, éd. Livre de Poche, Paris, 1997.

Lalande (A.) *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, éd. PUF, coll. Quadrige, 2010.

Lavaud-Legendre (B.) *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, éd. Puf, coll. Partage du savoir, 2005, spéc. p. 8.

Levi-Strauss (C.) *La structure élémentaire de la parenté*, éd. Plon, 1982.

Morin (G.) *La révolte du droit contre le Code : les atteintes à la souveraineté des individus, les formes actuelles de la vie économique : les groupements, esquisse d'une structure nouvelle des forces collectives*, éd. Recueil Sirey, Paris, 1945.

Murdock (G.) *Social Structure*, The Macmillan Company, New-York, 1965.

Nikolaïevitch (L.) *Anna Karénine*, trad. S. Luneau, éd. Hazan, 1949.

Pascal (B.) *Pensée*, éd. Lafuma

Plard (M.) *Paternités imposées : un sujet tabou*, éd. Les Liens Qui Libèrent, 2013.

Platon *Timée*, Présentation et trad. L. Brisson, éd. GF-Flammarion, 2017.

Pommier (G.) *Le nom propre - Historique, fonctions linguistiques et psychiques*, éd. PUF, coll. Philosophie d'aujourd'hui, 2013.

Popper (K.) *La société ouverte et ses ennemis*, t. 1 et 2, éd. du Seuil, 1979.

Proudhon *Traité du Domaine privé ou de la distinction des biens*, t. II, éd. V. Lagier, 1839.

Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, éd. Cerf, 2021.

Tarde (G.) *Les transformations du droit – Étude sociologique*, éd. Ancienne librairie Germer Baillièvre, Paris, 1894.

Villeyn (M.) *Critique de la pensée moderne, Douze autres essais*, éd. Dalloz, coll. Biblio dalloz, Paris, 1976.

2) ARTICLES

Bobbio (N.) « Kelsen et les sources du droit », *Archives de philosophie du droit*, t. 27, 1982.

Cometti (L.) « Avortement : La proposition de loi qui sème la zizanie dans la majorité », *20 minutes*, 7 oct. 2020.

Durkheim (É.) « La famille conjugale », cours de 1892, in *Œuvres complètes. Textes III. Fonctions sociales et institutions*, éd. de Minuit, Paris, 1975.

Grégoire (F.) « L'induction », *Revue Philosophique de Louvain*, n° 73, 1964, pp. 108-151.

Momamy (F.) « Les souvenirs de famille, des biens au service de la mémoire », *vmf*, n° 229, sept. 2009.

Péguy (Ch.) « Dialogue de l'histoire et de l'âme charnelle », in *Œuvres en Prose de Charles Péguy* : éd. Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, 1957.

Sintez (C.) et Dorato (J.-A.) « La conception herméneutique du droit de Dworkin. Un autre paradigme », *Archives de philosophie du droit*, vol. 51, 2008.

3) AVIS, DISCOURS, RAPPORTS

Avis CCNE Relatif aux recherches et utilisation des embryons humains *in vitro* à des fins médicales et scientifiques, 15 déc. 1986.

Borillo (D.)

- « La mention du sexe à l'état civil : De l'indisponibilité de l'état des personnes à l'autodétermination », *Conférence in Coll. internat. « De l'hermaphrodisme à l'intersexuation »*, Université Paris Diderot, 24 juin 2017.
- « Réserve héréditaire : une entrave à la liberté, à la solidarité et à l'esprit entrepreneurial », audition devant le groupe de travail portant sur la réserve héréditaire dirigé par Pérès (C.) et Potentier (Ph.), 14 janv. 2020.

Brenner (C.) Audition devant le groupe de travail portant sur la réserve héréditaire dirigé par C. pérès et Ph. Potentier, 14 janv. 2020.

Garbinti (B.), Lamarche (P.) et Salembier (L.) « Héritage, donations et aides aux descendants et descendants », INSEE, 2013.

Lamanda (V.) Discours prononcé lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire du 9 janv. 2014

Rapport du Conseil de l'Europe *Transsexualisme, médecine et loi : XXIIIème colloque de droit européen* (1993), éd. du conseil de l'Europe, 1995.

Rapport annuel de la Cour de cassation *L'ordre public*, éd. La documentation française, 2013.

Rapport du groupe de travail présidé par Dekeuwer-Défossez (F.) *Rénover le droit de la famille : Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Vauvillé, sept. 1999.

Rapport du groupe de travail présidé par Mattei (J.-F.) *Rapport sur le projet de loi relatif à la bioéthique*, sept. 2019.

Rapport d'étude présidé par Pérès (C.) et Potentier (Ph.) Rapport sur la réserve héréditaire, éd. par Ministère de la justice, 14 janv. 2020.

Rapport du groupe de travail présidé par Rebourg (M.) Rapport sur Le recours des établissements publics de santé contre les débiteurs alimentaires, oct. 2003.

III NOTES, CONCLUSIONS ET COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE.

Agostini (É.)

- Note ss. Civ. 6 juill. 1977 : *D.* 1979. 396.
- Note ss. Paris, 10 juill. 1986, *JCP* 1986. II. 20712.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 15 mars 1988, n° 85-17.162 : *JCP* 1989. 21347.

Alexandre (D.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 18 octobre 1988 : *JDI* 1989, p. 349.

Amrani-Mekki (S.) Note ss. Com. 20 sept. 2011, n° 10-22.888 : *JCP* 2011. 1397.

Atias (C.) Note ss. Civ. 1^{ère} 21 mars 2000 : *D.* 2000. 593.

Aubert (J.-L.) Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 13 déc. 1989 : *Defrénois* 1990, art. 34802, n° 55.

Azincourt (J.-D.) Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, n° 11.30.261 et n° 11-30.262 : *JCP N* 2012, 1314.

Bahurel (Ch.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066 : *Defrénois* 2014. 140.

Bakouche (D.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2011, n° 10-20.114 : *JCP* 2012. 9.

Barabé-Bouchard (V.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 14 mars 1995, n° 93-13.410 : *D.* 1996. 137.

Batiffol (H.)

- Note ss. Cass., 4 janv. 1936, *Héranval* : *S.* 1941. I. 25.
- Note ss. Civ. 25 mai 1948 : *Rev. crit. DIP* 1949. 89.

Beignier (B.)

- Note ss. TGI Lille, 5 juin 2002 : *Dr. fam.* 2003, n° 57.
- Note ss. Montpellier, 10 sept. 2002 : *Dr. fam.* n° 4, avr. 2003, comm. 53.
- Note ss. Ass. plén., 29 oct. 2004, n° 03-11.238 : *Dr. fam.* 2004, n° 12, comm. 230.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 21 sept. 2005, n° 03-10.679 : *Dr. fam.* 2005, comm. 251.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 31 mars 2021, n° 20-14.107 : *Dr. fam.* juin 2021.

Ben Hadj Yahia (S.) Note ss. Toulouse, 15 déc. 2015 : *Dr. fam.*, avr. 2016, ét. 16.

Bicheron (F.) Obs. ss. ass. plén., 29 oct. 2004, n° 03-11.238 : *AJ fam.* 2005. 23.

Bigot (C.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 16 déc. 2020, n° 19-19.387 : *D.* 2021. 453.

Binet (J.-R.)

- Note ss. CAA Douai, 2^e ch., 6 déc. 2005, n° 04DA00376 : *Dr. fam.* n° 3, mars 2006.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066 : *Dr. fam.* 2014, n° 1.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 17 déc. 2015, n° 14-29.549 : *Dr. fam.* 2016, comm. 42.
- Note ss. Cons. const., 29 juill. 2016, n° 2016-557 QPC : *dr. fam.* 2016, comm. 194.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 8 déc. 2016, n° 15-27.201 : *Dr. fam.* 2017, n° 24.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 4 mai 2017, n° 16-17.189 : *Dr. fam.* 2017, n° 7-8.
- Note ss. Civ. 2^{ème}, 14 déc. 2017, n° 16-26.687 : *JCP* 2018, n° 204.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 27 juin 2018, n° 17-20.780 : *Dr. fam.* oct. 2018, comm. 238.
- Note ss. Cass., ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19.053, demande d'avis consultatif à la CEDH : *Dr. fam.* janv. 2019, comm. 19.
- Note ss. Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 13 oct. 2020, n° 19/02573 : *Dr. fam.*, fév. 2021, repère 2.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 16 déc. 2020, n° 19-19.387 : *Dr. fam.*, fév. 2021.

Bloch (C.)

- Obs. ss. Civ. 2^{ème}, 4 nov. 2010, n° 09-68.903 : *JCP* 2011. 435.
- Obs. ss. Civ. 2^{ème}, 11 fév. 2021, n° 19-23.525 : *RCA* 2021. comm. 60 et alerte 10.

Boiché (A.) Obs. ss. Civ 1^{ère}, 4 nov. 2010 : *AJ fam.* 2011. 46.

Bonfils (Ph.)

- Note ss. Crim., 10 nov. 2020, n° 19-87-136 : *Dr. fam.* janv. 2021.

- Note ss. L. n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste : *Dr. fam.*, juin 2021, ét. 13.

Bouchard (V.)

- Note ss. Civ. 1^{ère}, 14 mars 1995, n°93-13.410 : *D.* 1996. 137.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 27 janv. 2021, n° 19-26.140 : *Dr. fam.* 2021, n° 52.

Boulanger (F.)

- Note ss. Civ. 1^{ère}, 25 mai 1992 : *D.* 1992. Jur. 445.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 3 nov. 2004, n° 01-15.176 : *JCP N* 2005, n°13, 1209.

Bouloc (B.) Note ss. Crim. 22 oct. 2002, n°02-81.859 : *RTD com.*, 2003. 391.

Breton (A.) Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 10 déc. 1985, n° 84-14.328 : *Defrénois*, 1986. 668.

Burgorgue-Larsen (L.) Chron. ss. CEDH, gde ch., 7 févr. 2013, *Fabris c/France*, n°16574/08 : *AJDA* 2013. 1794.

Carpentier (Y.) Obs. ss. CEDH, 3 oct. 2017, n° 16986/12, *Enache c/Roumanie* : *AJ pénal* 2017. 556.

Casey (J.) Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 27 janv. 2021, n° 19-26.140 : *AJ fam.* 2021. 244.

Chambon (P.) Note ss. Crim., 4 fév. 1991, n° 89-86.575 : *JCP G* 1992. II. 21915.

Champenois (G.)

- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 14 juin 1977 : *Defrénois* 1978, art. 31653, p. 382.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 21 fév. 1978, 76-10.561 : *Defrénois* 1978, art. 31764, n°35, p. 866.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 25 fév. 1997, n° 94-22.022 : *Defrénois* 1997. 1448.

Chénédé (F.)

- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, n° 96-19.878 : *AJ fam.* 2005. 234.
- Obs. ss. Douai, 17 nov. 2008 : *AJFP* 2008. 479.
- Obs. ss. Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2011, n°10-19.053, *Mennesson* et Cass. 1^{ère} civ. 6 avril 2011, n°09-17.130, *Labassé* : *AJ fam.* 2011, p. 262.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2011, n° 10-20.114 : *AJ fam.* 2011. 613.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, n° 11.30.261 et n° 11-30.262 : *JCP G* 2012. 857.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066 : *D.* 2014. 179 et *AJ fam.* 2013. 663.
- Note ss. CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11 et 65941/11, *Mennesson c/Fr. et Labassée c/Fr.* : *D.* 2014, p. 1797.

Chevallier (J.-Y.)

- Obs. ss. Crim., 25 juin 2002, n° 00-81.359 : *Rev. pénit.* 2003, p. 362.
- Note ss. Reims, 3 fév. 2000 : *D.* 2000. 873.

Combaldieu (R.) Note ss. Cass. ch. mixte, 27 fév. 1970 : *D.* 1970. 201.

Corpart (I.)

- Obs. ss. CE 19 fév. 2009 : *RJPF* 2009-6/13.
- Obs. ss. CAA Paris, 10 janv. 2019 : *RJPF* 2019, n° 3.

Courbe (P.) Chron. ss. Civ. 1^{ère}, 17 fév. 2004, n° 01-11.549 : *D.* 2004. 815.

Coursier (Ph.) Note ss. CEDH, 8 déc. 2009, n°49151/07, *Munoz Diaz c/ Espagne* : *JCP S* 2010. 1276.

Cuniberti (G.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 17 fév. 2004, n° 01-11.549 : *JDI* 2004, p. 867.

de Boysson (B.) Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 17 déc. 2015, n° 14-29.549 : *AJ fam.* 2016. 109.

de Lamy (B.) Note ss. CEDH, 1^{er} fév. 2000, n° 34406/97, *Mazurek c/ France* : *Dr. fam.* 2000, comm. 33.

Delebecque (Ph.) Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 12 juill. 1994 : *Defrénois* 1995, art. 36100-69, p. 753.

Delpech (X.) Obs. ss. Com. 20 sept. 2011, n° 10-22.888 : *D.* 2011. 2345.

Delvelvé (P.) Obs. ss. CE, 8 déc. 1978, *Gisti* : *IR*. 94.

de Montecler (M.-C.) Obs. ss. CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848 : *D.* 2016. 1470.

Déprez (J.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 1994, n°92-13523 : *Rev. crit. DIP* 1995. 103.

Dionisi-Peyrusse (A.)

- Note ss. Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, n° 11.30.261 et n° 11-30.262 : *AJF* 2012, p. 397.
- Obs. ss. Lyon, 13 mars 1997 : *AJfam.* 2014. 145.
- Obs. ss. CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848 : *AJfam.* 2016. 360.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 4 mai 2017, n° 16-17.189 : *AJfam.* 2017. 329.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 27 sept. 2017, n° 16-19.654 : *AJfam.* 2018. 41
- Obs. ss. Cass., ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19.053 : *AJfam.* 2018. 569.
- Obs. ss. Montpellier, 14 nov. 2018, n° 16/06059 : *AJfam.* 2018. 641.
- Obs. ss. CEDH, gr. Ch., 24 janv. 2017, n° 25359/12, Paradiso et Campanelli c/ Italie : *AJfam.* 2017. 93.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 16 sept. 2020, n° 18-50.080 : *AJfam.* 2020. 497.
- Obs. ss. Toulouse, 6^e ch., 9 fév. 2022 : *AJfam.* 2022. 109.

Domingo (B.) Avis ss. Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2011, n°10-19.053, *Mennesson* et Cass. 1^{ère} civ. 6 avril 2011, n°09-17.130, *Labassé* : *Gaz. Pal.* 2011, p. 1489.

Doublein (C.) Note ss. CEDH, 7 janv. 2014, n°77/07, *Cusan et Fazzo c/ Italie* : *AJF* 2014. 126.

Douchy-Oudot (M.)

- Note ss. Civ. 1^{ère}, 17 juin 2009, n° 07-21.796 : *Procédures* 2009, comm. 323.
- Obs. ss. Cons. const., 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC : *D.* 2012. 1033.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 25 mai 2016, n° 15-17.993 : *Procédures*, août 2016, comm. 265.
- Note ss. L. n° 2016-1547, du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle : *JCP G* 2016, art. 1268.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 16 sept. 2020, n° 18-50.080 : *D.* 2021. 499.

Dreyer (E.) Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 17 déc. 2015, n° 14-29.549 : *D.* 2016. 277.

Ducrocq-Pauwels (K.) Note ss. CEDH, 7 janv. 2014, n°77/07, *Cusan et Fazzo c/ Italie* : *RLDC*, 2014/03, n° 133.

Dumas-Lavenac (S.) Comm. ss. Civ. 1^{ère}, 8 mars 2017, n°16-18.685 : *Dr. fam.* 2017, comm. 91.

Durry (G.) Obs. ss. Cass. ch. mixte, 27 fév. 1970 : *RTD civ.* 1970. 353.

Dutrieux (D.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 28 janv. 2009, n° 07-14.272 : *JCP N*, 13 mars 2009, act. 250.

Égéa (V.)

- Note ss. Civ. 1^{ère}, 17 déc. 2008, n° 07-10.068 : *D. actualité*, 19 janv. 2009.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 17 juin 2009, n° 07-21.796 : *D. 2009*. 1758.
- Note ss. Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 13 oct. 2020, n° 19/02573 : *Dr. fam.*, janv. 2021, comm. 4.

Eschylle (J.-F.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 14 mai 1992, n° 90-18.967 : *D. 1993*. 247.

Escourrou (J.-F.) Note ss. CEDH, 14 mars 2019, *Quilichini c. France*, n°38299/15 : *D. actualité*, 27 mars 2019.

Eudier (F.)

- Note ss. Versailles, 11 sept. 2003 : *RJPF* 2003-12/30.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 4 juill. 2006 : *RJPF* 2006-11/42.

Fages (B.) Obs. ss. Com. 20 sept. 2011, n° 10-22.888 : *RTD civ.* 2011. 760.

Favier (Y.)

- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 14 fév. 2006, n° 03-19.533 : *JCP* 2006. I. 199, n° 4.
- Obs. ss. Toulouse, 6^e ch., 9 fév. 2022, n° 20/03128 : *JCP G* 2022, doctr. 296, spéc. n° 8.

Fillette (J.-L.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 14 mars 1995, n°93-13.410 : *Defrénois* 1996, art. 36287, p. 468.

Flauss (J.-F.)

- Chron. ss. CEDH, 11 juill. 2002, n° 28957/95, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni* : *AJDA* 2002. 1277.
- Obs. ss. CEDH, 4^e sect. 13 juill. 2004, *Pla et Puncerneau c/ Andorre* : *AJDA* 2004. 1812.
- Chron. ss. CEDH, 8 déc. 2009, n°49151/07, *Munoz Diaz c/ Espagne* : *AJDA* 2010. 997.

Flipo (F.) Concl. ss. Civ. 1^{ère}, 21 mai 1990 : *JCP G* 1990. II. 21588 et *Gaz. Pal.* 1991, 1, p. 33.

Fulchiron (H.)

- Note ss. Civ. 1^{ère}, 17 fév. 2004, n° 01-11.549 et n° 02-11.618 : *JCP G* 2004, II, 10128.
- Note ss. CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11 et 65941/11, *Mennesson c/ Fr. et Labassée c/ Fr.* : *Rev. crit. DIP* 2015, p. 1 et s..
- Note ss. CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848 : *D. 2016*. 1472.
- Note ss. CEDH, 19 janv. 2017, n° 44024/13, *Laborie c/ Fr.* : *Dr. fam.* 2017, n° 2, comm. 34.
- Note ss. Caen, 3^e ch. civ., 7 juin 2017, n°16/01314 : *Dr. fam.* n°224.
- Note ss. Civ 1^{ère}, 13 sept. 2017, n°16-18.277 : *Dr. fam.* 2017, n°11, p. 23.

Gallmeister (I.)

- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2008, n° 06-11.294 : *D. 2009*. 140.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2009, n° 08-20.574 : *D. 2010*. 543.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, n° 08-21.740 : *D. 2010*. 1787.
- Obs. ss. Civ 1^{ère}, 4 nov. 2010 : *D. actualité*, 18 oct. 2010.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, n° 11-22.490 et n° 10-26-947 : *D. 2013*. 499.
- Obs. ss. CEDH, gde ch., 7 févr. 2013, *Fabris c/ France*, n°16574/08 : *D. actualité*, 15 févr. 2013 et obs. *D. 2013*. 434.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 8 déc. 2016, n° 15-27.201 : *D. 2016*. 2568.

Gallois (A.)

- Obs. ss. Civ 1^{ère}, 4 nov. 2010 : *RLDC* 2011/78; n° 4098.

- Obs. ss. Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2011, n°10-19.053, *Mennesson et Cass.* 1^{ère} civ. 6 avril 2011, n°09-17.130, *Labassé : RLDC* 2011/82, n°4244.

Garé (Th.)

- Note ss. CEDH, 25 mars 1992, *Botella c/ Fr. : JCP G* 1992. II. 21955.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 14 fév. 2006, n° 03-19.533 : *RJPF* 2006-5/36.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 25 mars 2009, n° 08-11.126 : *RJPF* 2009. 6128.

Gaudement-Tallon (H.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 25 juin 1991 : *JDI* 1991, p. 975.

Gayet (M.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 11 avr. 2018, n° 17-19.313 : *Gaz. Pal.* 4 sept. 2018.

Giudicelli-Delage (G.) Obs. ss. Crim. 22 oct. 2002, n°02-81.859 : *RSC* 2003. 803.

Goldie-Genicon (Ch.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 27 janv. 2021, n° 19-26.140 : *D.* 2021. 668.

Gouëzel (A.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 8 mars 2017, n°16-18.685 : *D.* 2017. 2038.

Gouttenoire (A.)

- Note ss. CEDH, 1^{er} fév. 2000, n° 34406/97, *Mazurek c/ France : JCP G* 2000, II, 10286.
- Note ss. CEDH, 13 fév. 2003, n° 42326/98, *Odièvre c/ France : JCP* 2003. II. 10049.
- Note ss. CEDH, 13 sept. 2005, n°36536/02, *B. L. c/ Royaume-Uni : dr fam.* 2005, comm. 234.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 17 juin 2009, n° 07-21.796 : *JCP G* 2010, doctr. 34.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 17 mars 2010, n° 08-14.219 : *D.* 2010. 1904.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 6 avr. 2011, n° 09-17.130, n° 09-66.486 et n° 10-19.053 : *D.* 2011. 1995.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 13 sept. 2013, n° 12-18.315 : *JCP G* 2014, doctr. 43, n° 4.
- Note ss. CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11 et 65941/11, *Mennesson c/ Fr. et Labassée c/ Fr. : JCP G* 2014. 877.
- Obs. ss. Cass., ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19.053, demande d'avis consultatif à la CEDH : *JCP* 2018. 1993.

Granet-Lambrechts (F.)

- Note ss. Versailles, 25 juin 1992 : *D.* 1993. 169.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 4 juill. 2006 : *D.* 2007. 1466.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 17 mars 2010, n° 08-14.219 : *D.* 2010. 1442.
- Obs. ss. CEDH, gde ch., 7 févr. 2013, *Fabris c/ France*, n°16574/08 : *D.* 2013. 1436.
- Obs. ss. CEDH, gr. Ch., 24 janv. 2017, n° 25359/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie : D.* 2017. 729.
- Obs. ss. Montpellier, 14 nov. 2018, n° 16/06059 : *D.* 2018.663.

Grimaldi (M.)

- Note ss. Versailles, 15 oct. 1992 : *D.* 1993. 222.
- Note ss. Ass. plén., 29 oct. 2004, n° 03-11.238 : *RTD civ.* 2005. 439.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 27 sept. 2017, n° 16-13.151 et Civ. 1^{ère}, 27 sept. 2017, n° 16-17.198 : *Defrénois* 2017, n° 22, p. 1 et *RTD civ.* 2018. 189.

Guiguet-Schielé (Q.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 11 avr. 2018, n° 17-19.313 : *D. actualité*, 18 mai 2018.

Guiho (P.) Note ss. CE 24 janv. 1994, *M. Cissoko : D.* 1995. 108.

Gutmann (D.) Comm. ss. Civ. 1^{ère}, 16 juin 1998, n° 96-16.277 : *JCP G.*, 1998. I. 10157.

Hacène (A.) Obs. ss. Civ. 2^{ème}, 14 déc. 2017, n° 16-26.687 : *D. actu.* 10 janv. 2018.

Haftel (B.) Obs. ss. Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2011, n° 10-19.053, *Mennesson et Cass.* 1^{ère} civ. 6 avril 2011, n° 09-17.130, *Labassé : AJ fam.* 2011, p. 265.

Hammje (P.)

- Note ss. Civ. 1^{ère}, 17 fév. 2004, n° 01-11.549 : *Rev. crit. DIP* 2004. 423.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, n° 08-21.740 : *Rev. crit. DIP* 2010. 747
- Note ss. Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2011, n° 10-19.053, *Mennesson et Cass.* 1^{ère} civ. 6 avril 2011, n° 09-17.130, *Labassé : Rev. crit. DIP* 2011. 722.

Hamon (L.) Note ss. CE, 8 déc. 1978, *Gisti : D.* 1979. 661.

Hauser (J.)

- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 21 mai 1990 : *RTD civ.* 1991. 289.
- Note ss. Crim., 4 fév. 1991, n° 89-86.575 : *RTD civ.*, 1991. 505.
- Obs. ss. TGI Toulouse, 26 mars 1991 : *RTD civ.* 1991. 310.
- Obs. ss. CEDH, 25 mars 1992, *Botella c/ Fr.* : *RTD civ.* 1992. 540.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 25 mai 1992 : *RTD civ.* 1992. 741 et *RTD civ.* 1994. 563.
- Note ss. Cass. ass. plén., 11 déc. 1992 : *Defrénois* 1993, art. 35502, p. 414.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 18 oct. 1994 : *RTD civ.* 1995. 598.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 16 juin 1998 : *RTD civ.* 1998. 895.
- Obs. ss. Crim., 30 juin 1999, n° 97-82.351 : *RTD civ.* 2001. 560.
- Obs. ss. CEDH, 1^{er} févr. 2000, *Mazurek c/ France*, n° 34406/97 : *RTD civ.* 2000. 311.
- Obs. ss. TGI Lille, 5 juin 2002 : *RTD civ.* 2003. 270.
- Obs. ss. CEDH, 11 juill. 2002, n° 28957/95, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni* : *RTD civ.* 2002. 782
- Note ss. Crim. 22 oct. 2002, n° 02-81.859 : *RTD civ.*, 2004. 68.
- Note ss. CEDH, 13 fév. 2003, n° 42326/98, *Odièvre c/ France* : *RTD civ.* 2003. 276.
- Obs. ss. CE 19 mai 2004 : *RTD civ.* 2004. 481.
- Obs. ss. Ass. plén., 29 oct. 2004, n° 03-11.238 : *RTD civ.* 2005. 104 et *ibid.* 368.
- Obs. ss. Cass., ass. plén., 29 oct. 2004, n° 03-11.238 : *RTD civ.* 2005. 104.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 3 nov. 2004, n° 01-15.176 : *RTD civ.* 2005. 118.
- Obs. ss. CEDH, 13 sept. 2005, n° 36536/02, *B. L. c/ Royaume-Uni* : *RTD civ.* 2005. 758.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 14 fév. 2006, n° 03-19.533 : *RTD civ.* 2006. 293.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 4 juill. 2006 : *RTD civ.* 2006. 751.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2008, n° 06-11.294 : *RTD civ.* 2008. 660.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 28 janv. 2009, n° 07-14.272 : *RTD civ.* 2009. 307.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 17 juin 2009, n° 07-21.796 : *RTD civ.* 2009. 514
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 17 mars 2010, n° 08-14.219 : *RTD civ.* 2010. 521.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, n° 08-21.740 : *RTD civ.* 2010. 547.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2010 : *RTD civ.* 2011. 116.
- Obs. ss. Cons. const., 28 janv. 2011, n° 2010-92 : *RTD civ.* 2011. 326.
- Obs. ss. Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2011, n° 10-19.053, *Mennesson et Cass.* 1^{ère} civ. 6 avril 2011, n° 09-17.130, *Labassé : RTD civ.* 2011, p. 340.

- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2011 n° 10-20.114 : *RTD civ.* 2012. 93.
- Obs. ss. TGI Niort, 17 sept. 2012, n° 11/01855 : *RTD civ.* 2013. 345.
- Obs. ss. CEDH, gde ch., 7 févr. 2013, Fabris c. France, n° 16574/08 : *RTD civ.* 2013. 358.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 23 oct. 2013, n° 12-25.802 : *RTD civ.* 2014. 94.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066 : *RTD civ.* 2014. 88.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 23 janv. 2014, n° 12-27.180 : *RTD civ.* 2014. 343.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 12 fév. 2014, n° 13-13.873 : *RTD civ.* 2014. 340.
- Obs. ss. CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11 et 65941/11, *Mennesson c/ Fr. et Labassée c/ Fr.* : *RTD civ.* 2014. 616.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 17 déc. 2015, n° 14-29.549 : *RTD civ.* 2016. 81.
- Obs. ss. CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848 : *RTD civ.* 2016. 600.
- Obs. ss. Cons. const., 29 juill. 2016, n° 2016-557 QPC : *RTD civ.* 2016. 826.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 8 déc. 2016, n° 15-27.201 : *RTD civ.* 2017. 102.
- Obs. ss. CEDH, gr. Ch., 24 janv. 2017, n° 25359/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie* : *RTD civ.* 2017. 367.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 8 mars 2017, n° 16-18.685 : *RTD civ.* 2017. 358.
- Obs. ss. CEDH, 6 avr. 2017, n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13, A.P., *Garçon et Nicot c/ Fr.* : *RTD civ.* 2017. 350.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 4 mai 2017, n° 16-17.189 : *RTD civ.* 2017. 607.

Hilt (P.)

- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, n° 96-19.878 : *AJ fam.* 2005. 280.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 12 fév. 2014, n° 13-13.873 : *AJ fam.* 2014. 192.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 16 sept. 2020, n° 18-50.080 : *D.* 2021. 657.

Hocquet-Berg (S.)

- Note ss. Civ. 2^{ème}, 24 fév. 2005, n° 02-11.999 : *RCA* 2005. comm. 145.
- Note ss. Civ. 2^{ème}, 14 déc. 2017, n° 16-26.687 : *RCA* 2018, étude 3.
- Note ss. Crim., 10 nov. 2020, n° 19-87-136 : *RCA* 2021. comm. 2.

Houin (R.) Obs. ss. Com. 20 avr. 1948 : *RTD com.* 1948. 697.

Houssier (J.)

- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 8 déc. 2016, n° 15-27.201 : *AJ fam.* 2017.71.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 8 mars 2017, n° 16-18.685 : *RJPF*, 2017, n° 6.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 4 mai 2017, n° 16-17.189 : *AJ fam.* 2017. 354.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 16 déc. 2020, n° 19-19.387 : *AJ fam.* 2021. 61
- Obs. ss. Civ. 2^{ème}, 11 fév. 2021, n° 19-23.525 : *AJ fam.* 2021. 191.

Houtchieff (D.) Note ss. Com. 20 sept. 2011, n° 10-22.888 : *JCP* 2011. 1250.

Hovasse-Banget (H.) Note ss. Paris, 2 juill. 1993, *JCP* 1994. II. 22191.

Huet-Weiller (D.)

- Obs. ss. TGI Strasbourg, 15 sept. 1983 : *D.*, 1984, IR, 317.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 19 mars 1985 : *D.* 1986, IR. p. 61.

- Observ. ss. Ass. plén., 31 mai 1991 : *RTD civ.* 1991. 517.

Ingall-Montagnier (Ph.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 4 mai 2017, n° 16-17.189 : *JCP G* 2017. 696.

Jault-Seseke (F.) Obs. ss. Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2011, n° 10-19.053, *Mennesson* et Cass. 1^{ère} civ. 6 avril 2011, n° 09-17.130, *Labassé* : *D.* 2011.1585.

Jéol (M.) Concl. ss. ass. plén., 11 déc. 1992 : *JCP G* 1993. II. 21991.

Joly (A.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 19 mars 1985 : *JCP* 1986. II. 20665.

Jourdain (P.)

- Obs. ss. Civ. 2^{ème}, 24 fév. 2005, n° 02-11.999 : *D.* 2006. 1929.
- Obs. ss. Civ. 2^{ème}, 14 déc. 2017, n° 16-26.687 : *RTD civ.* 2018. 126.

Kahn (Ph.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 31 janv. 1995 : *JDI* 1995. 343.

Khairallah (G.) Note ss. *Rev. crit. DIP* 1989, p. 360.

Kouteeva-Vathelot (T.) Note ss. CEDH, gr. Ch., 24 janv. 2017, n° 25359/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie* : *Rev. crit. DIP* 2017. 426.

Labbé (J.-E.) Note ss. Req., 15 juin 1892 : *S.* 93. 1. 281.

Labbé (X.)

- Obs. ss. TGI Toulouse, 26 mars 1991 : *D.* 1992, somm. p. 61.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 6 avr. 2011, n° 09-17.130, n° 09-66.486 et n° 10-19.053 : *D.* 2011. 1064.

Lamarche (M.)

- Note ss. CEDH, 13 sept. 2005, *B. L. c/ Royaume-Uni* : *Dr. fam.* 2005 comm. 234.
- Note ss. CE, 31 janv. 2014, n° 362444 : *Dr. fam.*, mars 2014.
- Note ss. CEDH, 4 avr. 2023, n° 7246/20, A.H. et a. c/ Allemagne et CEDH, 4 avr. 2023, n° 53568/18 et 54741/18, O.H. et G.H. c/ Allemagne : *Dr. fam.* juin 2023, alerte 66.

Le Goff (J.) Concl. ss. CAA Douai, 2^e ch., 6 déc. 2005, n° 04DA00376 : *AJDA* 2006. 442.

Le Guidec (R.)

- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 14 mars 1995, n° 93-13.410 : *RD rur.* 1996. 177.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 27 sept. 2017, n° 16-13.151 et n° 16-17.198 : *JCP G* 2018, 123.

Lemouland (J.-J.)

- Chron. ss. CEDH, 11 juill. 2002, n° 28957/95, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni* : *D.* 2003. 1935.
- Obs. ss. Cass., ass. plén., 29 oct. 2004, n° 03-11.238 : *D.* 2005. 809.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, n° 96-19.878 : *D.* 2005. 809.
- Obs. ss. CEDH, 13 sept. 2005, n° 36536/02, *B. L. c/ Royaume-Uni* : *D.* 2006. 1418.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2008, n° 06-11.294 : *D.* 2009. 140.
- Obs. ss. Cons. const., 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC : *D.* 2011. 1040.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2011, n° 10-20.114 : *D.* 2012. 971.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 13 fév. 2013, n° 11-14.515 et 12-11.949 : *D.* 2013. 1089.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 27 janv. 2021, n° 19-26.140 : *D.* 2021. 819.

Léobon (T.) Note ss. Crim. 22 oct. 2002, n° 02-81.859 : *Defrénois* 2004, art. 37893.

Lepage (A.)

- Note ss. Civ. 1^{ère}, 9 juill. 2003, n° 00-20.289 : *Comm. com. électr.* 2003, comm. 115.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 14 juin 2023, n° 22-15.155 : *Comm. Com. élec.* 2023, n° 10, comm. 72.

Lequette (Y.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 6 juill. 1988, pourvoi n° 85-12.743 : *Rev. crit. DIP* 1989. 71.

Lerebours-Pigeonnière (P.) Note ss. Civ. 25 mai 1948 : *D.* 1948. 357.

Leroyer (A.-M.)

- Obs. ss. Civ. 2^{ème}, 14 déc. 2017, n° 16-26.687 : *RTD civ.* 2018. 92.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 26 septembre 2018, n° 17-16089 : *RTD civ.* 2018. 863.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 16 sept. 2020, n° 18-50.080 : *RTD civ.* 2020. 866.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 16 déc. 2020, n° 19-19.387 : *RTD civ.* 2021. 107.
- Obs. ss. Civ. 2^{ème}, 11 mars 2021, n° 19-17.384 et n° 19-17.385 : *RTD civ.* 2021. 388.

Le Tallec (G.) Note ss. Com., 12 mars 1985, *arrêt Bordas* : *Gaz. Pal.* 1985.1.246.

Levillain (N.)

- Obs. ss. CEDH, gde ch., 7 févr. 2013, *Fabris c/ France*, n° 16574/08 : *AJ fam.* 2013. 189.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 11 avr. 2018, n° 17-19.313 : *AJ fam.* 2018. 357.

Libchaber (R.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2011, n° 10-20.114 : *D.* 2012. 59.

Lindon (R.)

- Concl. ss. Cass. ch. mixte, 27 févr. 1970 : *JCP G* 1970, II, 16305.
- Note ss. Paris, 7 déc. 1987 : *D.* 1988.182.

Lion (N.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 21 mai 1997, *Petites affiches* 7 oct. 1998, p. 26.

Loiseau (G.)

- Obs. ss. Ass. plén., 29 juin 2001, n° 99-85.973 : *dr. & patr.* 2001, p. 99.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 3 avr. 2002 : *dr. & patr.* 2003, p. 115-116.

Lucas (L.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 28 janv. 1958 : *JCP*, 1958. II. 10488.

Malaurie (Ph.)

- Note ss. Lyon, 13 mars 1997 : *Defrénois* 1997, art. 36578, p. 640.
- Note ss. Douai, 17 nov. 2008 : *JCP G* 2009. II. 10005.

Maréchal (C.) Chron. ss. Com. 20 sept. 2011, n° 10-22.888 : *D.* 2012. 167.

Marguénaud (J.-P.)

- Note ss. CEDH, 25 mars 1992, *Botella c/ Fr.* : *D.* 1993, jurispr. p. 101.
- Note ss. CEDH, 22 févr. 1994, Burghartz c/ Suisse : *D.* 1995. 5. et *RTD civ.* 2014. 305.
- Obs. ss. Aix-en-Provence, 21 janv. 1981 : *RTD civ.* 1996. 514.
- Obs. ss. CEDH, 1^{er} févr. 2000, *Mazurek c/ France*, n° 34406/97 : *RTD civ.* 2000. 429.
- Obs. ss. CEDH, 11 juill. 2002, n° 28957/95, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni* : *RTD civ.* 2002. 862.
- Obs. ss. CEDH, 13 févr. 2003, n° 42326/98, *Odièvre c/ France* : *RTD civ.* 2003. 375.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 17 févr. 2004, n° 01-11.549 et n° 02-11.618 : *RTD civ.* 2004. 367.
- Obs. ss. CEDH, 13 sept. 2005, n° 36536/02, *B. L. c/ Royaume-Uni* : *RTD civ.* 2005. 735.

- Obs. ss. Cass. ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-17.049 et 10-30.313 : *RTD civ.* 2011. 725.
- Obs. ss. CEDH, gde ch., 7 févr. 2013, Fabris c. France, n°16574/08 : *RTD civ.* 2013. 333.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066 : *RTD civ.* 2014. 307.
- Obs. ss. CEDH, 7 janv. 2014, n° 77/07, *Cusan et Fazzo c. Italie* : *RTD civ.* 2014. 305.
- Obs. ss. CEDH, 19 janv. 2017, n° 44024/13, *Laborie c/ Fr.* : *RTD civ.* 2017. 335.
- Obs. ss. CEDH, gr. Ch., 24 janv. 2017, n° 25359/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie* : *RTD civ.* 2017. 335.
- Obs. ss. CEDH, 6 avr. 2017, n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13, A.P., *Garçon et Nicot c/ Fr.* : *RTD civ.* 2017. 825.
- Obs. ss. Cass., ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19.053, demande d'avis consultatif à la CEDH : *RTD civ.* 2018. 847.

Martine (E.-N.) Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 14 mars 1995, n°93-13.410 : *D.* 1996. 127.

Massip (J.)

- Note ss. Civ. 1^{ère}, 8 fév. 1961 : *D.* 1999, jurispr. p. 386.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 28 janv. 1963 : *D.* 1989. 51.
- Note ss. Civ. 2^{ème}, 29 oct. 1980 : *Petites affiches* 16/3/1994, n° 32, p. 25.
- Note ss. Aix-en-Provence, 21 janv. 1981 : *D.* 1995, Jur. 263.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 19 mars 1985 : *D.* 1985, jurispr. p. 533.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 15 mars 1988, n° 85-17.162 : *D.* 1988. 549.
- Rapp. ss. Civ. 1^{ère}, 5 juill. 1988, n° 86-17.031 : *D.* 1989. 51.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 18 janv. 1989 : *D.* 1989. 383.
- Rapp. ss. Civ. 1^{ère}, 13 déc. 1989 : *D.* 1990. 273.
- Rapp. ss. Civ. 1^{ère}, 21 mai 1990 : *D.* 1991. 169 et *JCP G* 1990. II. 21588.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 25 juin 1991 : *D.* 1992. 51.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 14 mai 1992, n° 90-18.967 : *Defrénois* 1992, p. 1435.
- Note ss. Cass. ass. plén., 11 déc. 1992 : *Defrénois* 1993, art. 35502, p. 414.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 1994, n°92-13523 : *D.* 1995, Jur. 263.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 18 oct. 1994 : *Defrénois* 1995. 721.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 14 fév. 2006, n° 03-19.533 : *Defrénois* 2006. 1325.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 4 juill. 2006 : *LPA* 5 déc. 2006.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 17 juin 2009, n° 07-21.796 : *Defrénois* 2010. 864.

Mathély (P.) Note ss. Com., 12 mars 1985, *arrêt Bordas* : *Ann. propr. ind.* 1985.16.

Mayaud (Y.)

- Obs. ss. Crim., 30 juin 1999, n° 97-82.351 : *RSC* 1999. 813.
- Note ss. ass. plén., 29 juin 2001, n° 99-85.973 : *D.* 2001. 2917.
- Note ss. Crim., 10 nov. 2020, n° 19-87-136 : *AJ pénal* 2021. 31.

Mazeaud (D.) Obs. ss. Civ. 2^{ème}, 14 déc. 2017, n° 16-26.687 : *RTD civ.* 2018. 72.

Mazeaud (J.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 12 juill. 1966 : *D.* 1966, 614.

Mestre (J.) Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 14 mars 1995, n°93-13.410 : *RTD civ.* 1996. 160.

Meyzeaud-Garaud (M.-C.) Obs. ss. Civ 1^{ère}, 4 nov. 2010 : *RJPF* 2011-1/21.

Milleville (S.) Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 17 mars 2010, n° 08-14.219 : *AJ fam.* 2010. 239.

Mirkovic (A.)

- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, n° 08-21.740 : *AJ fam.* 2010. 387.
- Obs. ss. Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2011, n° 10-19.053, *Mennesson et Cass.* 1^{ère} civ. 6 avril 2011, n° 09-17.130, *Labassé : RLDC* 2011/83, n° 4275.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 13 sept. 2013, n° 12-18.315 : *JCP G* 2013. 985.
- Note ss. TC Tarbes, 4 fév. 2014, n° 12021000029 : *Dr. fam.*, juill. 2014, comm. 127.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 19 mars 2014, n° 13-50.005 : *JCP G* 2014, act. 380.

Molière (A.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 25 mai 2016, n° 15-17.993 : *Dr. fam.* sept. 2016, comm. 177.

Monéger (F.)

- Obs. ss. CEDH, 1^{er} févr. 2000, *Mazurek c/ France*, n° 34406/97 : *RDSS* 2000. 607.
- Obs. ss. CEDH, 11 juill. 2002, n° 28957/95, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni* : *RDSS* 2003. 137.

Montanier (J.-C.) Concl. ss. Com., 12 mars 1985, *arrêt Bordas* : *JCP* 1985. II. 20400.

Muir-Watt (H.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 25 juin 1991 : *JCP G* 1992, II, 21798.

Murat (P.)

- Note ss. CEDH, 13 fév. 2003, n° 42326/98, *Odièvre c/ France* : *Dr. fam.* 2003. Comm. 58.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 4 juill. 2006 : *Dr. fam.* 2006, n° 188.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 17 mars 2010, n° 08-14.219 : *Dr. fam.* 2010, n° 102.

Neirinck (C.) Obs. ss. Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2011, n° 10-19.053, *Mennesson et Cass.* 1^{ère} civ. 6 avril 2011, n° 09-17.130, *Labassé : Dr. fam.* 2011, étude 14.

Nerson (R.)

- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 19 déc. 1967 : *RTD civ.* 1968. 538.
- Obs. ss. Civ. 6 juill. 1977 : *RTD Civ.* 1979. 121.

Niboyet (J.-P.)

- Note ss. Civ. 25 mai 1948 : *JDI* 1949. 38 ; *S.* 1949. 1. 21.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 17 fév. 2004, n° 01-11.549 : *Gaz. Pal.* 3-4 sept. 2004, p. 33.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 17 mars 2021, n° 20-14.506 : *Rev. crit. DIP* 2021. 662.

Nicod (M.)

- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 25 fév. 1997, n° 94-22.022 : *D.* 1999. Somm. 309.
- Obs. ss. Com. 19 mai 1998 : *D.* 1999. Som. 308.
- Comm. ss. Civ. 1^{ère}, 27 septembre 2017, n° 16-17.198 : *Dr. fam.* 2017, comm. 230.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 11 avr. 2018, n° 17-19.313 : *Dr. fam.* 2018, comm. 187.

Noual (P.) Obs. ss. Metz, 19 janvier 2017 : *JAC* 2017, n° 44, p. 10.

Paricard (S.)

- Note ss. Montpellier, 14 nov. 2018, n° 16/06059 : *D.* 2019. 110.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 16 sept. 2020, n° 18-50.080 : *D.* 2020. 2096.

Parléani (G.) Note ss. Com., 12 mars 1985, arrêt *Bordas* : *Rev. sociétés* 1985. 607.

Patarin (J.)

- Obs. ss. Cass. req., 30 juin 1942 : *RTD civ.* 1995. 663.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 7 juill. 1959 : *RTD civ.* 1999. 677.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 14 mai 1992 : *RTD civ.* 1993. 171.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 14 mars 1995 : *RTD civ.* 1996. 215.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 25 fév. 1997, n° 94-22.022 : *RTD civ.* 1998. 439.
- Obs. ss. Com. 19 mai 1998 : *RTD civ.* 1999. 677.
- Obs. ss. CEDH, 1^{er} févr. 2000, Mazurek c. France, n° 34406/97 : *RTD civ.* 2000. 601.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 3 avr. 2002 : *RTD civ.* 2002. 554.

Piedelièvre (S.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 10 déc. 1985, n° 84-14.328 : *Gaz. Pal.*, 9-10 juill. 1986.

Philippot (A.) Note ss. TGI Niort, 17 sept. 2012, n° 11/01855 : *RLDC* 2012, n° 99.

Ponsard (A.)

- Note ss. Civ., 24 oct. 1951 : *D.* 1952. 577.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 28 janv. 1958 : *Clunet*, 1958, p. 776.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 19 fév. 1963 : *Clunet*, 1963, p. 986.

Pradel (J.)

- Note ss. Ass. plén., 29 juin 2001, n° 99-85.973 : *D.* 2001. 2907.
- Note ss. Crim., 25 juin 2002, n° 00-81.359 : *D.* 2002. 3099.

Prévault (J.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 18 octobre 1988 : *JCP G* 1989, II, 21259.

Puigelier (C.) Obs. ss. Lyon, 13 mars 1997 : *dr. pénal* 1997, chron. 22.

Raoul-Cormeil (G.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 28 janv. 2009, n° 07-14.272 : *D.* 2009. Jur. 1927.

Rasler (E.) Note ss. Civ. 2^{ème}, 12 fév. 2015, n° 13-19751 : *Rev. crit. DIP* 2015. 621.

Rassat (M.-L.)

- Note ss. Ass. plén., 29 juin 2001, n° 99-85.973 : *JCP* 2001. II. 10569.
- Note ss. Crim., 25 juin 2002, n° 00-81.359 : *JCP* 2002. II. 10155.

Ravanas (J.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 9 juill. 2003, n° 00-20.289 : *JCP G* 2003, II, 10139.

Reigné (Ph.)

- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, n° 11-22.490 et n° 10-26-947 : *Dr. fam.* 2012, comm. 131.
- Obs. ss. Montpellier, 14 nov. 2018, n° 16/06059 : *JCP* 2019, n° 5, p. 91.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 16 sept. 2020, n° 18-50.080 : *JCP* 2020. 1164.

Rein-Lescastereyres (I.) Obs. ss. ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19.053, demande d'avis consultatif à la CEDH : *Gaz. Pal.* 2019. 76.

Rogue (F.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 26 septembre 2018, n° 17-16089 : *LEFP* nov. 2018, n° 111, p. 2.

Rome F. édito ss. Cons. const., 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC : *D.* 2011. 297.

Roussel (F.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 14 mars 1995, n° 93-13.410 : *JCP N* 1995. II. 22516.

Sainte-Rose (J.) Concl. ss. Ass. plén., 29 juin 2001, n° 99-85.973 : *JCP* 2001. II. 10569.

Salvage (P.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 14 mai 1992, n° 90-18.967 : *JCP N* 1993, n° 18, 137.

Saulier (M.)

- Note ss. Civ. 1^{ère}, 8 mars 2017, n° 16-18.685 : *D.* 2017. 1292.
- Obs. ss. Civ. 2^{ème}, 14 déc. 2017, n° 16-26.687 : *AJ fam.* 2018. 48.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 11 avr. 2018, n° 18-40.010 : *AJ fam.* 2018. 342.

Savatier (R.)

- Note ss. Req., 14 mars 1939 : *D.* 1940, 1, 9.
- Note ss. Cass. req., 30 juin 1942 : *JCP G*, 1943, II, 2254.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 7 juill. 1959 : *RTD civ.* 1967. 198.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 14 juin 1977 : *RTD civ.* 1978. 904.
- Note ss. Civ. 6 juill. 1977 : *JCP 1978. II.* 18817 et *D.* 1979. 182.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 31 janv. 1978, n° 75-13.011 : *D.* 1979. 182.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 21 fév. 1978, 76-10.561 : *RTD civ.* 1978. 900.

Savatier (X.) Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 12 juill. 1994 : *Defrénois* 1994, art. 35950, p. 1511.

Savaux (E.) Obs. ss. Civ. 2^{ème}, 27 sept. 2001, n° 00-10.438 : *Defrénois* 2002, art. 37486.

Sériaux (A.)

- Note ss. Civ. 1^{ère}, 13 déc. 1989 : *JCP 1990. II.* 21526.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 12 juill. 1994 : *JCP G 1995. II.* 22425.

Serverin (E.) Note ss. Lyon, 13 mars 1997 : *D.* 1997. 557.

Siffrein-Blanc (C.) Obs. ss. Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2011, n° 10-19.053, *Mennesson* et Cass. 1^{ère} civ. 6 avril 2011, n° 09-17.130, *Labassé* : *AJCT 2011*, p. 301.

Sudre (F.)

- Obs. ss. CEDH, 25 mars 1992, *Botella c/ Fr.* : *JCP G 1993. I.* 3654, n° 19.
- Note ss. CEDH, 1^{er} févr. 2000, n° 34406/97, *Mazurek c/ France* : *JCP G 2000, II.* 10286.
- Note ss. CEDH, 13 févr. 2003, n° 42326/98, *Odièvre c/ France* : *JCP 2003. II.* 10049.
- Note ss. CEDH, 13 sept. 2005, n° 36536/02, *B. L. c/ Royaume-Uni* : *JCP G 2006, I.* 109.
- Obs. ss. CEDH, 6 avr. 2017, n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13, *A.P., Garçon et Nicot c/ Fr.* : *JCP G 2017*, act. 504.

Surrel (H.)

- Obs. ss. CEDH, gde ch., 7 févr. 2013, *Fabris c/ France*, n° 16574/08 : *JCP N* 2019, n° 14, act. 365.
- Obs. ss. CEDH, 3 oct. 2017, n° 16986/12, *Enache c/ Roumanie* : *JCP G 2017*, act. 1097.

Taglione (C.) Note ss. TGI Créteil, 4 avril 1995 : *LPA 24 déc. 1997, n° 154n* p. 28.

Tauran (T.) Obs. ss. Civ. 2^{ème}, 14 déc. 2017, n° 16-26.687 : *RDSS 2018. 178.*

Testu (F.-X.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 14 mai 1992, n° 90-18.967 : *JCP G 1993. II.* 22097.

Teyssié (B.) Obs. ss. CE 21 avr. 1997 : *JCP 1997. I.* 4052, n° 4.

Théry (Ph.) Obs. ss. ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.316 et 09-14.667 : *RTD civ.* 2011. 383.

Thierry (J.) Note ss. CEDH, 1^{er} févr. 2000, *Mazurek c/ France*, n° 34406/97 : *D.* 2000. 332.

Thouret (S.) Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066 : *AJ fam.* 2014. 124.

Tricoire (A.) Note ss. Metz, 19 janvier 2017 : *Légipresse* 2017. 148.

Vareille (B.)

- Chron. ss. CEDH, 1^{er} févr. 2000, *Mazurek c/ France*, n°34406/97 : *D.* 2000. 626.
- Note ss. Crim. 22 oct. 2002, n°02-81.859 : *RTD civ.*, 2004. 127.

Vasseur (M.) Note ss. Civ. 25 mai 1948 : *JCP* 1948. II. 4542.

Véron (M.)

- Note ss. Reims, 3 fév. 2000 : *dr. pénal* 2000. comm. 54.
- Note ss. Crim., 25 juin 2002, n° 00-81.359 : *dr. pén.* 2002, comm. 93.

Vialla (F.)

- Note ss. Civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, n° 11-22.490 et n° 10-26-947 : *D.* 2012. 1648.
- Note ss. CEDH, 6 avr. 2017, n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13, A.P., *Garçon et Nicot c/ Fr.* : *D.* 2017. 1027.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 4 mai 2017, n° 16-17.189 : *D.* 2017. 1399.
- Note ss. Montpellier, 14 nov. 2018, n° 16/06059 : *JCP* 2019, n° 5, p. 95.

Vidal (M.) Note ss. Cass. ch. mixte, 27 fév. 1970 : *JCP G* 1971, I, 2390.

Viganotti (É)

- Obs. ss. Civ 1^{ère}, 4 nov. 2010 : *dr fam.* 2011, n° 47.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066 : *Gaz. Pal.* 2014. 264.
- Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 16 sept. 2020, n° 18-50.080 : *AJ fam.* 2020. 534.

Vigneau (D.)

- Note ss. Crim., 30 juin 1999, n° 97-82.351 : *D.* 1999. 710.
- Note ss. Ass. plén., 29 oct. 2004, n° 03-11.238 : *D.* 2004. 3175.
- Obs. ss. Ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.316 et 09-14.667 : *D.* 2011. 618.
- Obs. ss. Cons. const., 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC : *D.* 2011. 1040.
- Note ss. Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2011, n° 10-20.114 : *Dr. fam.* 2012, n° 2, comm. 21.
- Note ss. CEDH, 7 sept. 2023, *Gauvin-Fournis et Silliau c/ Fr.*, n° 21424/16 et 45728/17 : *D. actualité*, 24 oct. 2023.

Viney (G.)

- Obs. ss. Civ. 2^{ème}, 24 fév. 2005, n° 02-11.999 : *JCP* 2005. I. 249.
- Obs. ss. CEDH, 6 avr. 2017, n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13, A.P., *Garçon et Nicot c/ Fr.* : *AJ fam.* 2017. 299.

Weiss Gout (B.) Note ss. Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2011, n°10-19.053, *Mennesson et Cass.* 1^{ère} civ. 6 avril 2011, n°09-17.130, *Labassé* : *Gaz. Pal.* 2011, p. 1512.

Wiederkehr (G.) Note ss. Civ. 1^{ère}, 6 juillet 1988 : *JDI* 1989, p. 715.

Williatte-Pellitteri (L.) Obs. ss. Civ. 1^{ère}, 17 juin 2009, n° 07-21.796 : *D.* 2010. 1245.

INDEX

A

Accouchement sous X, 230
Acte d'enfant sans vie, 192
Adage, 308 à 310
Adultère, 404, 439 à 440
Aliment ne s'arréagent pas, 263 et s.
Altérité sexuelle, 104 à 106, 369, 472
Assistance médicale à la procréation, 86, 460
Avortement, v. Interruption volontaire de grossesse

B

Beau-parent, 97
Bigamie, 102

C

Changement de sexe, 219 à 229
Common law, 32, 399
Concubinage, 94 à 95, 428
Contractualisation, 79, 423 et s.
Contribution aux charges du mariage, 270
Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 188, 425, 457
Convention internationale des droits de l'enfants, 444
Coparentalité, 68, 75, 83, 447
Cour européenne des droits de l'homme, 417 et s.
Coutume, 315 à 317
Crise du mariage, 446

D

Devoirs conjugaux, 90
Devoir de loyauté, 447, 467
Devoir de secours, 96 à 97
Dignité, 47 et s., 354
Divorce, 54, 79, 173, 270
Don de gamète, 86, 106, 466
Don manuel, 240 et s.
Droit international privé, 295 à 296, 349 à 356
Droit pénal, 210 à 211, 297 à 298
Droits de la personnalité, 154 à 155, 189 à 192
Droit naturel, 11, 137
Dworkin, 19, 321
Dysphorie de genre, v. Transsexualisme

E

École de l'exégèse, 13
École scientifique, 15

Égalité, 58 et s., 354
Égalité des filiations 65 à 68
Enfant à naître 209 à 215
Enfant mort-né, v. enfant sans vie
Enrichissement injustifié, 91, 268, 335, 429
Entraide familiale, 91
Équité, 305 à 307
Estoppel, 408
État civil, 186, 219
Euthanasie, 50, 456
Exogamie, 111 et s., 355

F

Famille recomposée, 446
Féminisme, 76, 83
Fidélité, 404, 439 à 440
Filiation adoptive, 61
Filiation adultérine, 67 à 68
Filiation homosexuelle, 105, 133
Fœtus, v. enfant à naître

G

Garde partagée, 75
Gestation pour autrui, 231, 421, 430, 464

H

Habilitation familiale, 92
Homosexualité, 104 à 106, 471

I

Identité sexuelle, 471
Identité culturelle, 474 à 476
Immutabilité du nom, 179 et s.
Imprescriptibilité du nom, 175 et s.
Incapacités, 92
Inceste, 112 et s.
Indignité, 107
Indisponibilité de l'état des personnes, 118 et s., 419
Indisponibilité du corps humain, 409, 419 à 420
Indisponibilité du nom, 172 et s.
Individualisme, 57,
Infans conceptus, 200 et s., 448
Insémination artificielle, 106, 458
Insémination *post-mortem*, 457
Interdit au mariage, 112
Intérêt de l'enfant, 127 à 130, 449
Internationalisation, 350, 414

Internet, 404, 461
Interruption volontaire de grossesse, 62, 214

K

Kelsen, 247, 340 et s.
Khôl'â, 415

L

Liberté matrimoniale, 121 à 124
Liberté sexuelle, 125 à 126
Loi, 312 à 314, 336 à 338

M

Mariage homosexuel, 4, 105, 398
Mariage mixte, 350, 413
Mariage posthume, 457
Mater semper certa est, 68, 129
Mère porteuse, v. gestation pour autrui
Mœurs, 82
Monogamie, 102 et s., 259, 404
Morale, 301 à 304
Morvan, 35
Mort, 455 à 457

N

Naissance, 205, 207
Nom d'usage, 173
Nom de famille, 167 et s.
Nouvelles technologies de l'informatique et de la communication, 461 et s.

O

Ordonnance d'Amboise, 179
Orientation sexuelle, 73

P

Pacs, 73, 79, 428
Pater is est quem nuptiae demonstrant, 310
Pension alimentaire, 270, 275

Personne morale (famille), 152, 185
Pluralisme familial, 434
Polygamie, 108, 404
Pondération, 396 à 398
Possession d'état, 68, 176, 185 à 186, 216
Préjudice d'affection, 205 à 206
Prénom, 167
Présent d'usage, 262
Présomption de paternité, 86, 369
Principe, 6 à 37
Principe de simultanéité, 207
Principe essentiel, 353
Principe fondamental reconnu par les lois de la République, 346 à 347

Procréation *post mortem*, v. insémination *post-mortem*

R

Réseaux sociaux, 463

S

Soft law, 481
Solidarité familiale, 87 et s., 256 à 257, 355
Souvenir de famille, 141 et s.
Standard juridique, 450
Subsomption, 399 à 401

T

Transsexualisme, 227 à 229, 235 à 236
Troupe, 102

U

Unicité du patrimoine, 191

V

Vérité biologique, 131 à 132, 421
Vie commune, 94
Visa de principe, 322 à 323

Table des matières

Introduction.....	1
I. Définition de la famille.....	1
II. Définition des principes en droit.....	5
A) Définition générale du terme « principe ».....	6
B) Définition juridique du terme « principe ».....	7
1. Le respect du sens premier du terme de principe : le droit naturel.....	8
2. L'école de l'exégèse : des normes au fondement du système juridique.....	9
3. Les principes de droit issus de l'esprit humain : L'école scientifique.....	10
4. L'herméneutique appliquée au droit.....	11
C) Définition du principe au sein du droit privé de la famille	14
1. Les éléments propres aux principes.....	15
2. La double catégorie des principes.....	22
 Partie 1 – L'existence des principes en droit de la famille.....	28
Titre 1 – Les principes directeurs du droit de la famille.....	29
Chapitre 1 Les principes vertueux du droit de la famille.....	31
Section 1. Le principe de dignité	32
§1. Les approches juridiques du principe de dignité	33
A) L'approche subjective du principe de dignité	33
B) L'approche objective du principe de dignité	34
§2. L'inclusion du principe de dignité au sein du droit de la famille.	35
§3. L'évolution du principe de dignité au sein du droit de la famille	38
Section 2. Le principe d'égalité	42
§1. La mise en œuvre du principe d'égalité au sein du droit de la famille.	45
A) Le principe d'égalité des filiations	46
B) Le principe d'égalité dans le couple	50
1. L'égalité entre les membres du couple.....	51
2. L'égalité entre les parents	53
§2. Les nouvelles difficultés dans la mise en œuvre du principe d'égalité	56
A) La contractualisation du droit de la famille face au principe d'égalité.	56
B) Les Mœurs face au principe d'égalité	59
Section 3. Le principe de solidarité familiale	64

§1. L'expression immatérielle du principe de solidarité	66
§2. L'expression économique du principe de solidarité	69
A) Le principe de solidarité motivé par la vie commune.....	70
B) Le principe de solidarité motivé par un devoir de secours	72
Chapitre 2 Les principes structurels de la famille	76
Section 1. Le principe de monogamie	77
§1. Une monogamie reposant sur l'altérité sexuelle	78
§2. Le principe de monogamie : valeur fondamentale de notre droit de la famille ...	81
Section 2. Le principe d'exogamie	85
§1. L'inceste dans notre droit de la famille	86
A) Les fondements de l'interdit de l'inceste.....	86
B) Fonctionnement de l'interdit de l'inceste	89
§2 La portée de l'interdit de l'inceste	91
A) La liberté matrimoniale et sexuelle face à l'interdit de l'inceste	91
1. L'interdit de l'inceste égratigné par la liberté matrimoniale	92
2. L'inceste cachée dans les bras de la liberté sexuelle.	94
B) L'intérêt supérieur de l'enfant face à l'interdit de l'inceste	96
C) La vérité biologique face à l'interdit de l'inceste.....	98
Conclusion titre 1	102
Titre 2 – Les principes topiques du droit de la famille.....	103
Chapitre 1 : Les principes visés de droit de la famille.....	105
Section 1. Le principe de protection des souvenirs de famille.....	106
§1 La notion de souvenirs de famille.....	107
A) Les éléments qui définissent les souvenirs de famille	107
1. La valeur symbolique des souvenirs de famille.....	108
2. La valeur affective des souvenirs de famille	109
B) La nature des souvenirs de famille	110
1. Une controverse doctrinale.....	110
2. Le caractère <i>sui generis</i> des souvenirs de famille	116
§2. Les effets de la qualification de souvenirs de famille	117
A) La protection des souvenirs de famille vis-à-vis de ses membres.....	118
B) La protection des souvenirs de famille vis-à-vis des tiers.....	119

Section 2. Les principes attachés au nom de famille	122
§1 Le contenu des principes relatifs au nom de famille.....	123
A) L'indisponibilité du nom de famille.....	124
B) L'imscriptibilité du nom de famille.....	126
C) L'immutabilité du nom de famille	129
§2 La qualification juridique du nom de famille	131
A) Une controverse doctrinale	132
1. Le droit au nom comme droit de propriété familiale	132
2. Le droit au nom comme une institution de police civile	134
3. Le droit au nom comme un droit de la personnalité.....	136
B) Le caractère <i>sui generis</i> du nom de famille.....	139
Chapitre 2. Les principes visés ayant une résonnance dans le droit de la famille.....	141
Section 1. Les principes à caractère extrapatrimonial substantiel à la famille	142
§1. Le principe <i>infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur</i>	142
A) Les caractéristiques juridiques de la règle <i>infans conceptus</i>	144
1. L'application du principe <i>infans conceptus</i>	144
2. Le statut <i>sui generis</i> de l'enfant conçu	147
B) L'attachement du principe <i>infans conceptus</i> à la famille.....	151
2. L'inscription de l'enfant conçu au sein d'une famille à travers le principe <i>infans conceptus</i>	154
§ 2. Principe de l'indisponibilité de l'état des personnes	155
A) Les vicissitudes du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes	157
1. L'affirmation du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes.....	157
2. La négation du principe d'indisponibilité de l'état des personnes	159
B) L'attachement du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes à la famille.....	165
1. La famille comme élément de l'état des personnes.....	165
2. L'action du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes sur la famille.	
.....	166
Section 2. Les principes substantiels à la famille ayant un caractère patrimonial	169
§1. Les principes relatifs au don manuel	169
A) Le concept de don manuel.....	171
1. Les éléments constitutifs du don manuel.....	171

2. La nature des principes régissant le don manuel.....	173
B) Les principes relatifs au don manuel étroitement lié à la famille.	176
1. Le don manuel comme expression de la solidarité familiale	176
2. Le danger du don manuel pour les familles	178
§2. Le principe selon lequel les aliments ne s'arréagent pas.....	180
A) Le régime juridique du principe selon lequel les aliments ne s'arréagent pas	182
1. La nature du principe selon lequel les aliments ne s'arréagent pas.....	182
2. L'étendue du principe selon lequel les aliments ne s'arréagent pas	184
B) Le lien du principe selon lequel les aliments ne s'arréagent pas avec la famille	186
1. Un principe qui atténue la solidarité familiale	186
2. Des exceptions qui semblent vouloir préserver la solidarité familiale	187
Conclusion titre 2.....	188
Conclusion partie 1	189
 Partie 2 – L'étude normative des principes de droit de la famille.....	190
Titre 1 – La valeur normative des principes de droit de la famille.....	192
Chapitre 1. L'autonomie des principes de droit de la famille.....	195
Section préliminaire. Le cas particulier des principes directeurs	197
§1. Une norme autonome	197
§2. Une norme d'application indirecte.....	198
Section 1. L'indépendance des principes du droit de la famille face aux sources du droit	200
§1 Une normativité différente selon les branches de droit.....	201
A) Les principes au sein du droit international privé	201
B) Les principes au sein du droit pénal	202
§2 La confusion des principes de droit de la famille avec d'autres sources matérielles du droit.....	204
A) La morale comme source des principes ?	204
B) L'équité comme source des principes ?	207
C) Les adages comme source des principes ?	208
§3 La confusion des principes de droit de la famille avec d'autres sources formelles du droit.....	211

A) La loi comme source des principes de droit de la famille	211
B) La coutume comme source des principes de droit de la famille ?.....	213
Section 2. Les principes comme source autonome du droit de la famille	216
§1. Un mode d'action autonome au travers de la jurisprudence : la validité des principes visés par la Cour de cassation	217
A) Le visa de principe en droit de la famille : une légitimité institutionnelle	217
B) La jurisprudence comme vecteur de la norme de principe : une légitimité fonctionnelle.....	219
1. Un cheminement progressif pour la création des principes.....	220
2. Une adaptation continue des principes.....	222
§2. Le champ d'action autonome des principes de droit de la famille	224
A) Le caractère <i>sui generis</i> des principes de droit de la famille	225
B) La symbiose entre le principe de droit et la loi.....	227
Chapitre 2. La force obligatoire des principes de droit de la famille	230
Section 1. La recherche de la place des principes au sein de la pyramide des normes	231
§1. Le degré d'application des principes directeurs du droit de la famille	232
A) Les principes directeurs du droit de la famille et la Constitution	232
B) Les principes directeurs du droit de la famille et le droit international	235
1. L'inexistence de protection textuelle internationale de l'ensemble des principes directeurs.....	235
2. L'inexistence de protection jurisprudentielle de l'ensemble des principes directeurs.....	236
3. La place des différents principes directeurs dans le paysage du droit international	238
§2 Le degré d'application des principes visés par la Cour de cassation.....	239
A) Des principes qui ne peuvent avoir une valeur infra législative	239
B) Des principes qui ne peuvent avoir une valeur supra législative.....	241
Section 2. Une nouvelle vision de la hiérarchie des principes de droit de la famille ..	244
§1. L'inapplicabilité de la théorie pure du droit.....	244
A) Le problème institutionnel que pose la hiérarchie des normes	245
1. L'absence de contrôle dans l'application des principes directeurs	245
2. Le danger de la mise en place d'une hiérarchie institutionnelle	247
B) L'insuffisance de la hiérarchie des normes face à la complexité des normes extra textuelles.....	249

§2. Vers un nouvel ordonnancement de la norme principe en droit de la famille ..	251
A) Le principe comme objet d'un va et vient entre la loi et les faits	251
B) La fonction de contrepoids des principes	253
1. La notion de contrepoids pour définir la place des principes.....	253
2. Les principes directeurs : un contrepoids exempt de contrainte préétablies	254
3. Les principes de droit de la famille consacrés par un visa : un contrepoids doté d'une véritable contrainte juridique	256
Conclusion titre 1.....	258
 Titre 2. L'effectivité des principes en droit de la famille	259
Chapitre 1. La délicate application des principes	260
Section 1. L'effectivité dépendante de la nature de l'application des principes	261
§1 Une application différente selon les principes	262
A) La pondération des principes directeurs : une hiérarchisation axiologique..	262
B) La subsomption des principes visés par la Cour de cassation	264
§2. Le recul de la subsomption au profit de la pondération au sein de la jurisprudence	266
A) La jurisprudence comme moyen herméneutique des principes directeurs...267	
B) Le recul de l'application des principes de droit de la famille visés par la Cour de cassation.....	268
1. L'amoindrissement du périmètre des principes visés par la Cour de cassation	268
2. L'absence de tout nouveau principe visé par la Cour de cassation.....	270
Section 2. L'impact sur les principes de l'application de normes extérieures au droit de la famille.....	274
§1 L'internationalisation des rapports familiaux ou du règlement des conflits	275
A) L'incidence des droits étrangers sur l'application des principes de droit de la famille.....	275
B) L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les principes de droit de la famille	278
1) La supériorité de l'inviolabilité du corps humain sur le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes.....	279
2) L'appréhension de la vérité biologique dans le cadre de la GPA	281
§2 La contractualisation du droit de la famille	283

A) Le recours au mécanisme contractuel dans les rapports familiaux	283
B) L'influence des principes issus du droit des obligations	285
Chapitre 2. La délicate applicabilité des principes	289
Section 1. Les conséquences des mutations familiales sur les principes	290
§1. L'hyper individualisation des membres de la famille	291
A) La multiplication des formes familiales.....	291
B) L'individualisation de la personne au sein de sa famille	294
§2. Un droit de la famille pédocentré	297
A) Les conséquences de la naissance du couple parental sur les principes de droit de la famille.....	297
B) Le standard de l'intérêt supérieur de l'enfant.....	300
Section 2. Les conséquences de la mutation sociale sur les principes.....	304
§1. Les conséquences des révolutions médicales sur les principes	305
A) L'impact de l'augmentation de l'espérance de vie sur les principes en droit de la famille.....	305
B) L'impact de la procréatique sur les principes de droit de la famille	309
§2 La révolution issue des nouvelles technologies de l'informatique et de la communication face aux principes de droit de la famille.....	312
A) Les NTIC au service des principes de droit de la famille	312
B) Les NTIC initiateurs de désordres familiaux	315
§3 La révolution identitaire face au principe de droit de la famille	318
A) L'identité sexuelle face aux principes de droit de la famille.....	319
B) L'identité culturelle face aux principes de droit de la famille	322
Conclusion titre 2.....	326
Conclusion partie 2	327
Conclusion générale.....	328
Bibliographie.....	331
Index.....	367
Table des matières.....	369

Titre : Les principes en droit de la famille

Mots clés : Famille – Droit – Source – Principes

Résumé : Le principe est une norme issue de la jurisprudence dont l'ascendance se caractérise par une grande généralité et par un régime juridique souple. En effet, à partir de la seconde moitié du XX^e siècle, le juge a eu recours à deux types de principes.

Le premier groupe de principes guide la jurisprudence afin d'obtenir un droit de la famille cohérent. Ils sont issus de l'esprit de l'ensemble des normes de droit de la famille. Les uns sont très proches de la morale, ce sont la dignité, l'égalité et la solidarité. Les autres structurent la famille ; il s'agit de la monogamie et l'exogamie.

Le second grand corps de principes permet de régir des objets spécifiques qui nécessitent un régime juridique trop subtile pour être contenu par écrit. Ces derniers sont ceux visés par un arrêt de la Cour de cassation.

Deux d'entre eux sont directement attachés à la famille : les souvenirs de famille et le nom de famille. Les autres ont un impact sur la vie familiale : *infans conceptus*, l'indisponibilité de l'état des personnes, le don manuel et le non arréage des aliments.

L'étude de ces principes a conduit à constater leur autonomie. Leur nature extratextuelle les place en dehors de la pyramide des normes. Ils font plutôt office de contrepoids puisqu'aujourd'hui la résolution des conflits familiaux ne peut se satisfaire d'une norme textuelle toute-puissante.

Pourtant, dans un droit de la famille en constante révolution, les principes voient leur effectivité affectée au fil des décisions. Le risque est de voir alors la force des principes en droit de la famille pleinement relative.

Title : Principles of family law.

Keywords : Family – Law – Source – principles

Abstract : The principle is a standard derived from case law, whose ancestry is characterized by great generality and a flexible legal regime. From the second half of the twentieth century onwards, judges have resorted to two types of principle.

The first group of principles guides jurisprudence in the pursuit of coherent family law. They are derived from the spirit of all family law norms. Some are very close to morality: dignity, equality and solidarity. The others structure the family: monogamy and exogamy.

The second main body of principles governs specific matters that require a legal regime too subtle to be set down in writing. The latter are those covered by a ruling of the Court of cassation.

Two of these are directly related to the family: the family objects and the family name. The others have an impact on family life: *infans conceptus*, unavailability of civil status, manual donation and non-arrears of maintenance.

The study of these principles has revealed their autonomy. Their extratextual nature places them outside the pyramid of norms. Rather, they act as a counterweight, since the resolution of family conflicts today cannot be satisfied with an all-powerful textual norm.

However, in a family law environment that is constantly undergoing revolution, the effectiveness of principles is affected by each new decision. There is a risk that the force of principles in family law will become entirely relative.