

12^e édition des états généraux du droit de la famille et du patrimoine ^{257k3}

Allocution de bienvenue ²⁶⁰ⁿ²

L'essentiel

Le président du Conseil national des barreaux a ouvert ces douzièmes états généraux du droit de la famille et du patrimoine, qui ont rassemblé durant deux jours près de 1 800 participants, sous le signe de l'optimisme, malgré les difficultés rencontrées par le monde judiciaire.



Par
Pascal Eydoux
Président du Conseil
national des barreaux,
ancien bâtonnier de
Grenoble, avocat au
barreau de Grenoble

Nous sommes dans un monde qui bouge largement, politiquement, et les événements que nous avons suivis hier toute la journée (Ndlr : le départ de Christiane Taubira de la Chancellerie) nous démontrent que les personnes bougent. Le monde qui bouge nous impose (parce qu'il impose à l'ensemble de nos interlocuteurs et de nos clients une transformation) une modification de notre approche, de l'ensemble des matières que nous appréhendons dans nos exercices

professionnels respectifs, et par conséquent, celle du droit de la famille. Il en est ainsi, vous le constatez au quotidien. Nos clients changent, et l'époque où nous pouvions leur dire « c'est ainsi » est une époque révolue. Ils ont déjà tout vu sur Internet lorsqu'ils viennent nous voir. Ils font comme en matière de droit pénal où les prévenus viennent tester sur leur avocat la bonne démarche qui pourrait être la leur, dans les aveux qu'ils ne veulent pas présenter. Nos clients viennent tester sur nous la juste interprétation de la vulgarisation qu'ils ont trouvée sur la toile.

Puis nos relations changent aussi, parce que de la relation un peu intellectuellement élevée qui était la nôtre avec nos interlocuteurs, nous sommes devenus des prestataires de droit sur un marché concurrentiel. Cela ne nous convient pas, ne nous plaît pas. Ce ne sont pas nos paradigmes d'origine, mais c'est une réalité économique, sociologique. L'année dernière, nous avons parlé non pas avec le cabinet du ministre de la Justice, mais avec le cabinet du ministre de l'Économie. Ce sont là des réalités qui doivent nous imprégner chaque jour, même si pendant ces états généraux, vous allez aborder la technicité de ce droit de la famille qui évolue non seulement dans ses aspects sociologiques, mais également dans ses aspects juridiques.

Je voudrais saluer quelques personnalités, même si je risque de faire des mécontents, et j'espère qu'ils me pardonneront. Quelques personnalités qui ont créé cet

événement, l'ont porté pendant des années, et nous permettent de le faire vivre encore longtemps. Je pense à Hélène Poivey-Leclercq et Béatrice Weiss-Gout, à mon ami grenoblois Michel Bénichou dont je ne cesse de vanter les mérites, puis Paule Aboudaram, désormais haut conseiller du Conseil supérieur de la magistrature qui nous a accompagnés dans ces états généraux pendant plusieurs années. Naturellement, Madame la bâtonnière du barreau de Lyon, Laurence Junod-Fanget et Olivier Matocq qui l'accompagne. Ils ont été un parfait relais sous la houlette de Régine Barthélémy qui s'est investie dans ces états généraux qu'elle connaissait parfaitement.

*“ Le droit de la famille est
un facteur essentiel de régulation
juridique et sociale ”*

Au-delà du fait de nous retrouver nombreux, ces états généraux démontrent notre capacité à appréhender une matière fondamentale de notre exercice professionnel. Je veux que les avocats continuent à exercer ce métier d'avocat du droit de la famille, en relation avec le juge, comme leur fonction est de l'exercer. Nul autre ne peut le faire à leur place. Il faut que nous le fassions comprendre chaque jour aux pouvoirs publics. Les avocats ont besoin du relais des universitaires, et de tous ceux qui développent la doctrine sur le sujet, des psychologues pour le faire comprendre. Le tribunal ne sera jamais l'antichambre d'un hôpital psychiatrique. Il ne sera jamais une chambre de psychologie collective. Le tribunal est un lieu où l'on dit le droit, et le droit est aussi un régulateur des rapports de la famille. Nous avons pour responsabilité de le rappeler en permanence, tant les mauvais plaisants pourraient penser que nous développons une théorie corporatiste lorsque nous le rappelons.

L'identité du barreau de la famille est aussi essentielle en termes de visibilité de la spécialisation du droit de la famille auprès du public et du pouvoir public. Cette identité est celle de notre compétence, la compétence des avocats qui poursuivent leur nécessaire formation dans cette matière complexe en termes humains et en termes juridiques. Ces états généraux constituent par conséquent, avec l'ensemble des confrères qui y participent,

NDA : Le style oral de l'intervention a été conservé.

un échange où nous rencontrons les professeurs, Natalie Fricero, Michel Grimaldi, et ceux qui les accompagnent, ainsi que l'ensemble des acteurs sociaux, dont les propos que je viens de tenir ne sont pas une négation de leur présence indispensable à nos côtés.

Vous avez choisi cette année, dans le programme notamment, celui de l'anticipation. Anticiper les crises familiales. Ce terme nous permet de signifier par-là que l'avocat ne peut être réduit aux contentieux et aux procès, à l'affrontement, à la tension, termes et réalités qui communément qualifient les conflits du droit en droit de la famille. Le mot « anticiper » signifie que l'avocat est d'abord devenu un conseil dans une situation pour laquelle il entend, avec le juge, conduire vers une solution apaisée. Il apporte sa compétence pour organiser les situations, éviter et limiter les risques et les fractures. Il est stratège, et les familles en ont besoin. Il est en amont des difficultés pour protéger les individus et sécuriser leurs choix. Il en est ainsi dans l'ensemble du droit de la famille, et d'autres exemples qui appellent un vrai développement de nos compétences et de nos inventions, par exemple le mandat de protection future qui permet d'anticiper les difficultés qui peuvent survenir en fin de vie. C'est un domaine sur lequel notre appropriation doit être exemplaire.

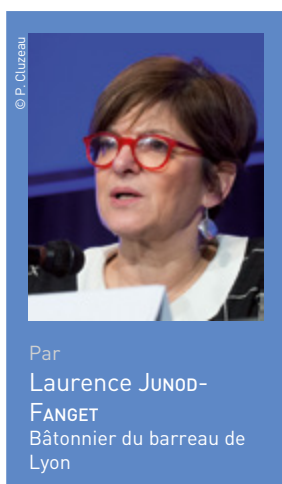
Quoi que l'on en dise, l'avocat intervient avec le recul nécessaire, allié à l'objectivité qui est attendue de lui, et qui lui permettent d'éviter précisément les contentieux longs, aléatoires, parce que la jurisprudence évolue beaucoup, et coûteux. Le droit de la famille est un facteur essentiel de régulation juridique et sociale. Il est tout particulièrement en lien avec l'accès au droit pour chacun de nos concitoyens. Nous sommes ici au creuset de l'accès au droit dont il est en principe question lorsqu'on lit l'exposé des motifs de la loi sur la justice du XXI^e siècle qui nous concerne au premier chef. C'est cette loi qui devait révolutionner le monde, et qui va faire ce qu'elle peut. C'est

un abus de langage, me semble-t-il, d'employer l'expression « justice du XXI^e siècle », pour un texte qui finalement ne semble pas être en mesure de dessiner une vision ou réaliser une ambition. Le Sénat ne s'y est d'ailleurs pas trompé, au terme de la première lecture de ce texte, il a tenu à souligner qu'il fallait en rehausser l'ambition, et l'a rebaptisé « projet de loi relatif à l'action de groupe et à l'organisation judiciaire ». Voilà qui est plus conforme à la réalité décevante de ce texte qui ne parvient pas à traiter de la justice du XXI^e siècle, se limitant peut-être à la justice au XXI^e siècle. Là où nous attendions une vision et des moyens adaptés à la nécessaire évolution, où l'adaptation de la justice et de son service public à ce qu'elle sera dans ce siècle, les mots « organisation judiciaire » nous renvoient à une réalité de gestion et de structuration de l'appareil judiciaire, là où nous aurions dû régler depuis longtemps le dossier du financement, de l'accès au droit. Nous en sommes encore à nous demander si et quand nous allons nous réunir afin de trouver des solutions efficaces pour l'accès au droit de l'ensemble de nos concitoyens. Je ne respire pas plus fort depuis hier qu'avant, et nous verrons ensemble demain si nous pouvons respirer davantage. Là où nous devons replacer le juge dans sa mission fondamentale de régulateur des rapports sociaux et économiques, où nous devons concourir à la restauration de l'autorité judiciaire, nous assistons à des déclarations constantes de principe. Je poursuivrai mon propos tout à l'heure en présence de Laurence Rossignol, secrétaire d'État à la famille. Je souhaite que vous passiez deux journées excellentes, formatrices, mais ce sont des journées qui, par le nombre que nous sommes, doivent nous convaincre que chaque jour nous devons lutter non pas pour nous-mêmes, mais pour le service que nous apportons à nos justiciables que la société et les pouvoirs publics négligent trop souvent, et je le regrette. Ne soyons pas pessimistes, soyons optimistes. La journée sera riche, et je vous souhaite d'excellents travaux.

Ouverture des travaux 260m9

L'essentiel

Les travaux de la plénière étant consacrés à l'anticipation des crises familiales, Laurence Junod-Fanget et Olivier Matocq insistent ici sur le rôle essentiel de l'avocat en la matière.



Laurence Junod-Fanget : Mesdames, Messieurs les professeurs, Monsieur le président, mes chères consœurs, mes chers confrères, ce sont les douzièmes États généraux qui s'ouvrent aujourd'hui. Ils coïncident avec une actualité politique certes attendue, à savoir la démission de Madame Taubira, garde des Sceaux, mais nous n'en connaissons pas l'échéance. Dans son *tweet*, Madame Taubira a indiqué qu'elle laissait le dernier mot à l'éthique et *au droit*, et je trouve que c'est un joli symbole, parce que le droit ne doit pas dépendre que des contingences économiques. Plusieurs questions se posent aujourd'hui, et même si notre nouveau garde des Sceaux, Monsieur Urvoas, indique qu'il va poursuivre le projet de justice du XXI^e siècle, celui-ci a démarré il y a deux ans de façon tonitruante, très intéressante, très collaborative avec les apports des uns et des autres. Aujourd'hui, comme Monsieur le président du Conseil national des barreaux l'indiquait, cette loi est devenue petite. Je me dis que la révolution de la justice du XXI^e siècle va peut-être être faite par les avocats dans le cadre de leurs pratiques professionnelles. Cette loi est pourtant très attendue par tout le monde, mais elle ne pourra se faire que si, en face, nous en avons les moyens. N'oublions pas que la France est le 37^e budget de la justice sur 45 pays, et même s'il y a eu une petite augmentation, les moyens ne sont pas là, nous le voyons tous les jours dans nos barreaux, avec des délais de convocation de plus en plus importants, et une justice qui n'est pas rendue en temps et en heure comme on pourrait l'espérer. 2016 va également être une attente au titre de la « réforme de l'aide juridictionnelle », et il nous faudra être vigilants. Ce qu'il s'est passé en 2015 est intéressant, parce qu'il y a eu une vraie unité des avocats. La première étape a été positive : retrait de la loi, augmentation des UV, aussi minime soit-elle.

Dans l'attente du vote du projet de la justice du XXI^e siècle, il me semble que les avocats ont intérêt à continuer à

se préparer, à accroître leurs compétences techniques tant sur le fond que sur l'accompagnement des clients. Le verbe « anticiper » est extrêmement important, parce qu'on se rend compte qu'au fil des années, le Conseil est de plus en plus en amont, et le recours au juge est évidemment indispensable. On se rend également compte que l'évolution fait que le juge est de plus en plus présent pour homologuer les accords et/ou aider nos clients à trouver des accords. Nous devons donc continuer à nous approprier les modes amiables de résolution des différends. Je vais reprendre une formule-choc de Madame Christiane Taubira : « Il faut donner à voir ». Aujourd'hui, on nous dit que l'avocat est moteur dans les modes amiables, dans la justice du XXI^e siècle, et on lit, de-ci de-là, que les avocats ne se seraient pas véritablement appropriés les modes amiables. On ne donne peut-être pas suffisamment de gage. C'est pour cela qu'anticiper les crises familiales est aussi valoriser le rôle des avocats, montrer qu'ils accompagnent leurs clients pour trouver un accord amiable avant de saisir le juge. Il y a cependant un bémol, puisqu'on voit actuellement une tendance au « tout médiation » sans l'avocat. Il faut donc être extrêmement vigilant, parce que pour des soucis financiers, économiques, de coût, si on peut éviter l'avocat, et donc le coût de l'accompagnement par un avocat, c'est encore mieux. Si on peut faire la médiation conventionnelle en dehors du juge, c'est encore mieux aussi. Comme vous le savez, au niveau du barreau de famille, le contentieux familial est le premier visé, parce qu'on considère qu'il « encombre » beaucoup trop les juridictions et coûte en termes d'aide juridique. Notre vigilance devra donc être extrêmement élevée.

Les états généraux permettent aussi d'anticiper et de voir les nouveaux champs d'activité pour les avocats. Nous avons le marché immobilier de l'avocat. L'an dernier, un atelier avait eu lieu, et un autre aura lieu cette année. Ce marché immobilier des avocats, accessoire de notre mandat civil, correspond aux besoins de nos clients. C'est une activité dans laquelle nous avons tous un rôle à jouer. Nous devons nous l'approprier. Un certain nombre de barreaux (45) ont créé une association du marché immobilier des avocats : le MIA. Ce nouveau champ d'activité des avocats s'organise collectivement. Il est totalement en adéquation avec notre activité du droit de la famille et du patrimoine.

Nous devons aussi aller au-devant des nouveaux besoins des justiciables, notamment procéder à un accompagnement en profondeur. Au départ, pour ces États généraux, nous avions envisagé comme thème celui de la vulnérabilité, aussi bien celle des enfants, des adultes, que surtout celle de nos aînés, des personnes âgées, dépendantes ou non. C'est donc un thème qui n'est pas très gai, mais il est essentiel. La loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015, relative à l'adaptation de la société au vieillissement, est une loi sur l'anticipation. Les États généraux sont là pour

NDA : Le style oral de l'intervention a été conservé.

anticiper les besoins de la société, de façon à ce que nous soyons prêts à y répondre. Ce thème sera, je l'espère, retenu l'an prochain car il correspond à une réalité de plus en plus prégnante. Ces États généraux sont donc la continuité de ce qui a été fait par Hélène Poivey-Leclercq et Béatrice Weiss-Gout, que je remercie encore. C'est toujours essayer d'être dans cette anticipation. Nous sommes au XXI^e siècle, et visiblement, la justice ne se donne pas vraiment les moyens de ses ambitions. Je pense que les avocats et le barreau de famille peuvent se donner les moyens de ses ambitions. C'est peut-être bien nous qui allons la faire cette révolution de la justice du XXI^e siècle...

Olivier Matocq : Permettez-moi à mon tour de vous souhaiter la bienvenue pour nos travaux, pour la 12^e édition de nos États généraux du droit de la famille et du patrimoine. Comme cela vous a été dit, cette édition est placée sous le signe de la justice du XXI^e siècle, et insiste sur le nouveau rôle que doit être celui des avocats, qui a d'ailleurs été rappelé dans son discours introductif par Monsieur le président Eydoux. En effet, le rôle des avocats change. Ils ont désormais plus un rôle d'accompagnateur, pour viser à anticiper, prévenir, éviter les crises familiales, puisque l'avocat d'hier n'est pas l'avocat d'aujourd'hui. Comme le disait la bâtonnière Laurence Junod-Fanget, nous allons devoir investir de nouveaux champs de compétences, de nouveaux champs d'activité, qui ne sont peut-être pas les prés carrés auxquels nous sommes habitués, mais vers lesquels nous devons aller sans crainte, pour autant que nous soyons suffisamment formés pour cela. L'ambition de ces journées est donc aussi d'apporter des réponses en termes de formation.

*“ Il ne faut pas avoir
peur des champs nouveaux
qui s'ouvrent à nous ”*

Il ne faut pas avoir peur des champs nouveaux qui s'ouvrent à nous. Par exemple, Laurence Junod-Fanget parlait du marché immobilier des avocats (MIA), qui est en train de se mettre en place. Un atelier aura d'ailleurs lieu sur ce thème. Lorsqu'on suit les formations dispensées pour le MIA, on nous explique, à juste titre, que grâce à ce nouveau domaine, nous allons pouvoir aborder l'immobilier pour nos clients, et très naturellement pour la vente du domicile conjugal dans le cadre des procédures de divorce. En effet, souvent, lorsque les couples divorcent, ils sont contraints de céder le domicile conjugal, parce que l'un ou l'autre des époux n'a pas forcément les moyens de racheter la part de son conjoint. Dans le cadre de cette nouvelle activité, nous allons recevoir une mission civile confiée par nos clients pour les aider à parvenir à la vente de ce logement. Cette activité d'immobilier, qui peut nous paraître à la fois très annexe et très étrangère, nous allons la pratiquer avec notre déontologie d'avocats. Nous n'allons pas renoncer à ce que nous sommes, nous resterons avocats même dans ces champs nouveaux, que ce soit pour les prises d'accord et autres, avec toutes nos garanties de déontologie, tout notre savoir-faire, et toutes les options habituelles que nous connaissons bien. Encore une fois, il ne faut pas être craintif ou timide par rapport à ces nouveaux champs qui s'ouvrent, qui constituent autant

de chances pour nous, et vers lesquels nous pouvons aller de manière tout à fait naturelle, puisque les justiciables ont de nouveaux besoins. C'est la raison pour laquelle, dans notre programme, nous avons pris tous ces aspects en compte pour vous proposer des choix d'intervention et des ateliers qui répondent au plus près à toutes ces nouveautés.

Ce matin, nous avons une plénière dont le thème est « Anticiper les crises familiales », avec deux intervenants. Irène Théry, sociologue, que nous connaissons bien, qui nous accompagne en droit de la famille depuis fort longtemps, et qui a tout le recul nécessaire pour remettre la matière en perspective. Elle nous parlera des familles en mouvement, du besoin d'anticiper.

Le professeur Grimaldi, professeur de droit civil et de droit patrimonial de la famille, interviendra ensuite sur les crises patrimoniales, et la difficulté d'anticiper. C'est un très grand ami des états généraux, il est fidèle depuis la première édition, et c'est sous son regard bienveillant, et sous son autorité scientifique que les États généraux ont aussi su grandir. Nous aurons ensuite les discours officiels, avec la fin des propos de Monsieur le président Eydoux, et l'intervention de Laurence Rossignol, secrétaire d'État chargée de la famille.

Nous passerons ensuite à l'activité juridique et judiciaire de la famille, rubrique qui a été animée pendant de nombreuses années par Pierre Murat et Adeline Gouttenoire, puis Pierre Murat et Anne-Marie Leroyer. Pierre Murat, qui a assuré toutes les éditions précédentes, a souhaité désormais prendre un peu de recul, mais qu'il soit remercié de son indéfectible fidélité. Cette année, nous avons décidé de confier cette rubrique d'actualité juridique et judiciaire de la famille à Anne-Marie Leroyer. Nous avons également adjoint Nathalie Fricero, pour les aspects de procédure, et Christophe Vernières, pour les aspects patrimoniaux. Ce sont donc trois intervenants qui vont traiter de l'actualité juridique et judiciaire de la famille. Souvent, on nous dit que les interventions de jurisprudence sont trop réduites, faute de temps, ce qui est un peu dommage, parce que cette remise en perspective de la jurisprudence et des changements législatifs est toujours extrêmement intéressante. Nous avons donc décidé de consacrer une heure et demie pour ces interventions d'actualité juridique et judiciaire de la famille, trente minutes par intervenant, afin de bien avoir le temps de mesurer tous les changements.

Ensuite, au cours de la journée, nous aborderons les ateliers. Nous avons ainsi trois sessions d'ateliers, onze ateliers par session, et nous avons conservé l'organisation des ateliers sous forme de filières et de parcours : patrimoine, pratique professionnelle, modes alternatifs de règlement des différends, droit international, divorce, protection des majeurs, enfance, ateliers pratiques. Nous avons véritablement essayé de faire en sorte qu'à l'issue de ces deux jours, vous puissiez suivre sur un ou deux thèmes le maximum d'ateliers sans éprouver trop de frustrations, car il est impossible d'y participer à tous. Je ne vais pas reprendre la liste des ateliers en détail, mais comme vous avez pu le voir, nous avons toujours les grands classiques, comme le cocktail des difficultés liquidatives, par Jérôme Casey, par exemple. Nous avons des ateliers en droit international, le mandat de protection future.

Les professeurs qui interviennent ce matin pour la table ronde, Madame Théry et Monsieur Grimaldi ont accepté de rester cet après-midi pour animer chacun un atelier : Madame Théry animera ainsi l'atelier « Homoparentalité : la place et les droits de chacun », et Monsieur le professeur Grimaldi, avec Hélène Poivey-Leclercq, présentera l'Abécédaire des successions. Ce sont donc des choses intéressantes et utiles, avec un choix d'ateliers qui ouvrent la formation sur tous ces champs nouveaux de l'avocat.

Cette année, notre soirée aura lieu dans le 12^e arrondissement, à la Cour Saint-Émilion, au théâtre du Merveilleux, aux pavillons de Bercy.

Demain, l'assemblée plénière et le forum des barreaux de famille commenceront à 8h30, ce qui permettra à tous les participants de s'exprimer. Cette année, nous avons souhaité que cette assemblée plénière et le forum des barreaux de famille soient un temps d'expression pour la salle. Plusieurs présidents des commissions famille des différents barreaux seront présents, et nous leur donnerons largement la parole. Nous souhaitons partager les retours d'expérience de la part de l'association des spécialistes en droit des personnes et autres, et nous comptons aussi sur les interventions de confrères qui pourront nous dire un peu comment les choses se passent dans leurs barreaux. Les échanges seront certainement très nourris, et participeront aussi à cette table ronde Dominique Attias,

vice-bâtonnière du barreau de Paris, et Laurence Junod-Fanget, bâtonnière du barreau de Lyon.

Pour la fin de la journée, à nouveau des ateliers. Et normalement, si tout s'est déroulé comme nous le voulons, nous devrions vendredi soir avoir fait le plein de connaissances et de formations, et nous devrions tous repartir gonflés à bloc pour rapporter la bonne parole dans nos barreaux respectifs, pour reprendre nos dossiers avec entrain et enthousiasme, et pour faire en sorte que le rôle nouveau et la place nouvelle de l'avocat puissent enfin se développer. J'ai trouvé que Monsieur le président Eydoux avait eu des propos un peu pessimistes tout à l'heure, lorsqu'il nous disait qu'on pouvait peut-être attendre plus de la justice du XXI^e siècle. Il a raison d'un point de vue institutionnel, mais il faut faire confiance aux avocats qui ont une qualité première qu'on ne met peut-être pas assez en avant : la faculté d'adaptation. Je ne crois pas connaître un autre métier qui doit en permanence faire preuve d'adaptation autant que le nôtre. Nous nous adaptons à chaque client, à chaque dossier, à chaque magistrat, à chaque audience...

Nul doute que si nous nous emparons de ces nouveaux mécanismes, nous arriverons à nouveau à nous les approprier, et à faire en sorte, comme le disait Laurence Junod-Fanget, que la justice du XXI^e siècle passe d'abord par l'exercice professionnel de l'avocat du XXI^e siècle.

ANTICIPER LES CRISES FAMILIALES

Les familles en mouvement : le besoin d'anticiper ^{261m4}

L'essentiel

Parmi toutes les façons d'anticiper les crises familiales, l'une consiste à faire en sorte que le droit de la filiation évolue, à la fois pour résoudre ses tensions et contradictions internes, et pour exprimer de façon plus lisible un ensemble de valeurs fortes faisant consensus dans la société contemporaine ; on se penchera ici principalement sur une question : l'engendrement avec tiers donneur dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation.



Par
Irène THÉRY
Sociologue, directrice
d'études à l'EHESS

Permettez-moi, avant de commencer, de saluer la présence de Madame la ministre de la Famille, et de remercier chaleureusement mon amie Régine Barthélémy et l'ensemble des organisateurs de cette invitation qui m'honore beaucoup. Anticiper les crises familiales suppose d'apercevoir que, de fait, le droit et le conflit peuvent être liés de trois façons différentes. Premier cas : la norme sociale est claire,

et bien exprimée en droit, mais cela n'empêche pas les conflits et transgressions... les hommes et les femmes sont ce qu'ils sont. Deuxième cas, la norme sociale est claire, mais mal ou imparfaitement exprimée en droit et ces incertitudes suscitent du conflit. Troisième situation, la norme sociale n'est pas claire, et le droit est pris dans des tensions et contradictions, des conflits individuels mais aussi des controverses collectives. Ce matin, je vous parlerai uniquement de ce dernier cas.

J'ai le sentiment que beaucoup de choses ont changé en droit de la famille, mais qu'on ne retrouve pas, en matière de filiation, le consensus général que notre société a finalement réussi à atteindre en matière de couple, avec la coexistence désormais pacifique de l'union libre, du pacs et du mariage, des couples de même sexe et des couples de sexes différents, des couples unis et des couples séparés. La dimension à la fois commune et plurielle de la filiation ne s'exprime pas aussi aisément. Il me semble que la cohérence d'ensemble qui donne son sens au droit contemporain de la filiation n'est pas lisible, que cela crée des tensions politiques, mais aussi des conflits familiaux. Pourtant, je suis convaincue que le consensus pourrait être relativement à portée de main, si nous acceptions de déplacer notre regard, et de ne pas repartir toujours dans les mêmes ornières conceptuelles. Car il y a une dimension conceptuelle, et pas simplement morale ou politique, à nos embarras d'aujourd'hui. Je partirai d'un cas qui m'a toujours beaucoup frappée, qui est la façon dont notre société s'obstine, contre toute raison, et dans tous ses débats sur la filiation, à opposer deux figures du « vrai parent » qui serait soit le parent « biologique », soit le parent dit « social ». Cette opposition structure les discussions sur

l'adoption, sur l'accès aux origines, sur l'assistance médicale à la procréation (AMP), sur les familles recomposées, sur l'homoparentalité. Entre ces deux représentations contradictoires d'un idéal du vrai parent, chacun se trouve depuis des années, et encore aujourd'hui, sommé de choisir. Pourtant, ces alternatives apparaissent étranges, et même absurdes lorsqu'on a en tête le contexte global d'évolution des familles d'aujourd'hui.

Ces dernières décennies, loin de s'opposer, les valeurs attachées à la filiation charnelle et à la filiation adoptive se sont affirmées simultanément. C'est la même société qui, d'un côté, a institué, organisé, valorisé comme jamais auparavant le lien adoptif, et qui de l'autre, a mis en place des moyens sans précédent pour lutter contre la stérilité, et permettre aux couples qui le souhaitent d'engendrer les enfants tant désirés. Pourquoi opposer, comme si elles étaient nécessairement concurrentes, deux façons d'établir la filiation qui coexistent très pacifiquement dans notre société ? Pourquoi chercher obstinément à les hiérarchiser, alors que nous ne sommes prêts à renoncer ni à l'une ni à l'autre, et que la hiérarchie des filiations est justement ce que nous avons répudié avec la loi de 1972 sur l'égalité des enfants naturels et légitimes ?

Ces interrogations redoublent d'intensité, quand on aborde l'une des questions les plus controversées aujourd'hui, *l'engendrement avec tiers donneur* dans le cadre d'une AMP, que le don reçu soit un don de sperme, d'ovocytes, d'embryons ou même de gestation (dans les pays qui l'autorisent). Lorsqu'un couple fait appel à un tiers donneur, les membres de ce couple sont souvent nommés parents d'intention ou parents sociaux, et le donneur, pour sa part, est ramené du côté du pur biologique. Pourtant, chacun sait que les parents d'intention ne sont pas devenus parents uniquement en faisant acte de volonté. À la différence des adoptants, ils ont fait naître un enfant. De fait, ce couple où l'un procréé et l'autre pas, unit au sein d'un même projet parental, pour que naisse un même enfant, les deux valeurs que le débat français s'obstine à opposer. Il nous signifie aussi bien le prix immense attaché au fait de devenir parents en transmettant la vie à un enfant, que le prix immense attaché au fait de pouvoir devenir parents sans procréer. Ces valeurs que l'on pose comme exclusives l'une de l'autre sont, dans un couple, vécues comme indissociables. Toutes différences qui seraient faites entre les deux parents selon la part respective qu'ils ont prise à la procréation apparaîtraient comme un véritable déni de la particularité du processus complexe qu'ils ont mené ensemble avec l'aide de l'institution médicale, processus qui a conduit à la conception et à la naissance de leur

NDA : Le style oral de l'intervention a été conservé.

enfant commun. Comment expliquer que notre culture ne parvienne toujours pas à mettre des mots sur ces situations particulières ? Pourquoi tendent-elles systématiquement à nous ramener soit du côté du tout biologique, soit à l'inverse, du côté du tout volonté, quitte à imposer au réel de telles distorsions qu'il en devient irréprésentable. Comme vous le savez, ces situations sont très disputées, très passionnelles.

Du point de vue de ma spécialité, qui est une sociologie de l'institution ancrée dans une perspective historique et anthropologique, le premier constat qui s'impose face à ces deux termes est l'oubli de l'institution de la parenté dont témoignent ces discussions. Le parent dit « social » n'a rien de social, au sens où l'on emploie ce terme depuis E. Durkheim et M. Mauss, dès lors qu'il est défini en général simplement par un ressenti affectif et psychologique, ou simplement par un projet, un engagement moral, mais sans aucune référence à ce qui fait un père ou une mère au sein d'un système symbolique de parenté, et qui est tout simplement *un statut*. Le propre d'un statut social de père ou de mère, c'est en effet que l'on ne peut pas décider souverainement de se le donner à soi-même. Il ne peut être conféré à un individu que par d'autres, à travers les rites qu'exige le système de parenté de la société dont il est membre. J'aurai beau prendre tous les engagements à l'égard de tel enfant dont je prends soin, cela ne fera pas de moi un parent tant que la société ne m'accordera pas ce statut. C'est pourquoi penser que l'on peut passer facilement de l'engagement fait dans les règles, par exemple lors d'une adoption, à quelque chose d'autre qui serait de l'engagement en général, pour faire le parent, trouver un fondement à la parenté, nous paraît être une méconnaissance du rôle fondamental de l'institution dans la vie humaine. Je remarque donc que le prétendu parent « social » n'a rien de social au sens sociologique du statut dans l'institution de la parenté, mais il est plutôt un parent *psychologique*.

Mais je remarque aussi que le prétendu parent « biologique » est en réalité tout aussi social que l'autre ! C'est là que git le véritable noyau d'impensé de ce débat, dans une façon presque compulsive de rejeter le corps au loin, avec tant d'unanimité que le biologique pour certains est devenu un véritable repoussoir. Ici, l'analyse sociologique est étonnée des chassés-croisés que l'on peut constater. Alors que chez nous, l'emporte ce terme de « biologique » qui renvoie le corps du côté de la naturalité physique, il se trouve que tous nos travaux en sciences sociales s'efforcent de montrer, surtout ces dernières décennies, que le corps humain est toujours social, toujours investi de sens et de valeur, déjà pris dans un monde institué et signifiant. Le regard du biologiste est parfaitement légitime, mais justement son parti pris est de ne saisir qu'une partie de la réalité vivante d'un corps humain.

Que nous apprennent ces recherches anthropologiques relativement peu connues, mais très développées à propos de sociétés lointaines (Amazonie, Papouasie-Nouvelle-Guinée, etc.), en particulier sur le corps, les techniques du corps, etc. ? Un des résultats très importants de ces travaux est la façon dont ils sont mis à distance, l'opposition classique chez nous entre une maternité dite « naturelle », et une paternité dite « sociale ». Ce schéma s'est imposé dans notre culture, à l'entrée dans la modernité, comme une façon de traduire en langage moderne

l'antique opposition du droit romain entre la mère « toujours certaine », et le père « incertain ». C'est alors que l'on a commencé à opposer deux références radicalement divergentes, d'une part, l'ordre féminin du corps nature et, de l'autre, l'ordre masculin de la volonté culture, essence supposée du social. Mais l'opposition entre une maternité naturelle et une paternité sociale n'est pas une idée éternelle ou universelle. Elle appartient à une ère culturelle, elle a une histoire, et c'est vraiment en Occident, avec l'entrée dans la société individualiste moderne qu'elle se durcit au plan juridique pour la France, avec le Code Napoléon de 1804. Si nous ne prenons pas la mesure de cet héritage, nous ne comprendrons pas les débats qui nous agitent aujourd'hui, et comment se sont formés les rails dans lesquels nous sommes pris, que j'ai évoqués en commençant.

“ *Hierarchie et asymétrie entre les sexes ont toujours été « justifiées » par la nature incontournable qui rend la mère certaine, et le père incertain* ”

Dans les débats actuels, la crainte d'une « biologisation » en marche de la filiation occidentale est omniprésente. La thèse en a été défendue par des juristes aux convictions aussi opposées que Pierre Legendre et Marcela Iacub. Par-delà tel ou tel auteur, on constate vite qu'il s'agit d'une idée très répandue dans l'opinion, qui y voit à la fois la victoire de la technoscience sur les fictions du droit et les montages symboliques de la filiation, et la victoire d'une forme de naturalisme physique, et même génétique. On pense à l'usage des preuves biologiques dans les conflits de filiation, et on accuse très souvent la loi de 1972 sur l'égalité des enfants naturels et légitimes d'avoir « biologisé » définitivement la filiation. Comme je suis très attachée à la loi de 1972, qui est pour moi l'une des plus grandes lois de l'histoire du droit de la famille, je ne manque jamais de m'insurger quand j'entends cela. Mais quoi qu'il en soit, le fait est là : il existe aujourd'hui une sorte de grand récit du changement, la biologisation-de-la-filiation. Ce récit a été absolument dominant lors des débats préparatoires à la réalisation des lois de bioéthique de 2011.

Mais voilà que récemment, avec le débat sur le mariage de même sexe et l'homoparentalité, on a assisté à une sorte de retournement spectaculaire. C'est le récit contraire qui a soudain pris de l'ampleur dans l'opinion, comme si la tendance lourde qui menaçait la parenté n'était plus la biologisation, mais son inverse, ce que l'on pourrait appeler la « mentalisation » de la filiation. Sous l'égide d'une conception radicalement constructiviste de la différence des sexes, complètement détachée du corps et de la nature, une grande « théorie du genre » aurait affirmé que la différence masculin/féminin est une construction sociale absolument arbitraire, permettant à chacun de tenir pour rien le corps par une sorte d'affirmation soudaine de toute-puissance de la volonté pure. Dans une telle perspective, s'est affirmé un autre grand récit, celui d'un lien universel et immémorial entre la procréation et la filiation, enracinant dans l'hétérosexualité reproductive et les liens du sang, la double filiation maternelle et paternelle :

la filiation serait une simple « reprise » culturelle d'une relation naturelle. Cet enracinement de la culture (la filiation) dans la nature (la procréation) aurait jusqu'à présent toujours subsisté, quelles que soient les transformations de la parenté, mais serait menacé d'être aujourd'hui balayé par le mariage et l'adoption pour tous, signant une véritable « rupture de civilisation ». Je signale au passage que l'ancienne garde des Sceaux, Christiane Taubira, n'a jamais parlé de rupture de civilisation, ces propos lui ont été prêtés à tort. Elle avait parlé d'une « réforme de civilisation ». Entre réforme et rupture, reconnaissons qu'il y a plus qu'une nuance.

Quoi qu'il en soit, ces deux thèses opposées affirment a) que le parent biologique va s'imposer au détriment du parent social, et b), à l'inverse, que c'est le parent social qui va renvoyer dans l'inanité le lien charnel. Mais ni l'une ni l'autre ne s'intéresse au fait que l'engendrement humain tel que les anthropologues peuvent le décrire est logiquement indissociable du système de parenté dans lequel il vient s'inscrire, ce qui implique qu'il ne peut jamais se réduire à du biologique. C'est pourquoi la tâche majeure de ma discipline, une socio-anthropologie historique, consiste à s'extirper de l'injonction qui nous est faite de choisir entre l'une et l'autre thèse pour tenter d'élaborer une autre façon plus exacte au plan descriptif de faire le récit du changement. En gros, j'ai l'impression qu'on me demande : préférez-vous être bouillie ou rôtie ? Je réponds que je ne veux pas être mangée, et on me rétorque que je sors de la question ! Tentons de sortir ensemble de la question, de la façon dont j'ai proposé de le faire, en particulier dans le rapport *Filiation origine/parentalité* remis au Gouvernement en avril 2014 (publié la même année chez Odile Jacob). Nous avons coécrit ce rapport, moi-même en tant que présidente et ma collègue et amie Anne-Marie Leroyer comme rapporteure, une sociologue et une juriste chacune assurant sa place.

Le point qui me paraît important est de rappeler qu'à l'entrée dans la modernité, notre système de parenté valorisait aussi bien l'engendrement dans sa dimension la plus charnelle que l'expression de la volonté. Mais, d'une part, il le faisait uniquement *dans le cadre du mariage* et, d'autre part, cette valorisation passait par une opposition majeure entre les filiations maternelles et paternelles, la filiation maternelle étant rapportée à la primauté du *corps et de la procréation*, la filiation paternelle étant rapportée à la primauté de la *volonté et du statut*, opposition qui était posée comme la condition de leur complémentarité hiérarchique. Si l'on peut constater aujourd'hui une véritable métamorphose de la filiation, elle porte sur ces deux caractéristiques. C'est pourquoi ce qu'il se passe aujourd'hui n'est, à mon avis, ni une biologisation, ni une mentalisation de la filiation. C'est ce que nous pourrions appeler une « dématrimonialisation » de la filiation. Elle n'est pas séparable de la mutation générale qui lui donne à la fois son sens et sa formidable énergie, la remise en cause du principe de complémentarité hiérarchique des sexes, qui avait été maintenu par la première phase de la modernité, et incarné évidemment par le Code Napoléon de 1804.

Je n'aurai pas le temps de revenir longuement sur la façon dont, avec l'entrée dans la modernité, la petite famille conjugale, le père, la mère et les enfants a été présentée par les philosophes des Lumières comme la première des sociétés, et la seule naturelle. Je n'aurai pas le temps de

vraiment commenter la phrase très célèbre de Portalis : « Nous sommes convaincus que le mariage qui existait avant l'établissement du christianisme, qui a précédé toute loi positive, et qui dérive de la constitution même de notre être n'est ni un acte civil, ni un acte religieux, mais un acte *naturel* qui a fixé l'attention des législateurs, et que la religion a sanctifié ».

J'irai donc tout de suite à l'organisation institutionnelle de la parenté à laquelle ces déclarations philosophiques voulaient donner leur caution, leur légitimité en référence à la nature humaine. Ce qu'il me paraît important de bien rappeler aujourd'hui est la double asymétrie qui organisait la filiation au temps du mariage moderne du début du XIX^e siècle. La première est l'asymétrie drastique entre enfant nature et légitime. Tout s'est passé comme si la promotion de la petite famille conjugale, à travers la création du mariage civil, l'institution du libre choix du conjoint, avait rendu le sort des bâtards encore pire que sous l'Ancien Régime. Dans la logique de la société aristocratique, une certaine place leur était réservée. Même si l'adage « bâtards ne succèdent point » les laissait au seuil de la transmission lignagère, leur statut n'était pas celui de réprouvés, et leur légitimation était possible. Avec la Révolution puis le Code Napoléon qui renverse ici la logique égalitaire toute récente, promue par le droit révolutionnaire, qui avait tenté de donner quelques droits aux enfants naturels, les bâtards deviennent vraiment des parias sociaux. Ils incarnent par leur personne cette « nature des bêtes », dont on dit qu'elle a présidé à leur conception. Ils sont à la fois le signe du déshonneur féminin, la trace indélébile de la honte, et la personification de cette forme très particulière d'errance dans les limbes du social qu'est l'absence d'état familial.

La seconde est l'asymétrie entre maternité par le corps et paternité par la volonté, qui n'est nulle part aussi forte que dans la filiation hors mariage (qui n'est pas pleinement une filiation puisque, comme vous le savez, l'enfant naturel ne rentre pas dans la famille de son auteur, et demeure donc sans famille, même si les parents qui l'ont reconnu lui doivent soins et aliments). Deux situations opposées se font face lorsqu'une grossesse hors mariage se profile. D'un côté, celle de l'homme géniteur de l'enfant qui, en aucun cas, ne sera amené à admettre sa part dans la procréation et à se reconnaître père selon la filiation s'il n'en a pas envie, et qui, grâce à l'interdiction de recherche en paternité de l'article 340 du Code civil, peut s'écarter tranquillement, en faisant comme si sa relation sexuelle et procréative à la femme qui a donné naissance à l'enfant n'avait jamais existé. De l'autre, la situation de la femme génitrice pour laquelle le droit n'autorise aucun jeu avec la vérité de la procréation, saisie par le fait de l'accouchement. Pour elle, toute feinte avec la vérité est un crime gravement puni, le crime de supposition d'enfant, d'interposition d'enfant. L'empire de la vérité obligatoire ne laisse à la femme qui accouche qu'un choix, devenir la mère au sens statutaire de la parenté, ou abandonner l'enfant. C'est le drame social immense des filles mères, des infanticides et des abandons d'enfants au XIX^e siècle et dans la première moitié du XX^e siècle.

Dans le mariage, la paternité et la maternité sont également asymétriques, mais de façon différente. Là encore, « la mère est celle qui accouche », mais c'est par son statut d'époux que l'homme est désigné comme le père

des enfants, ce qui amène à penser qu'au fond, le mariage est d'abord l'institution qui fabrique la paternité, et vous connaissez tous la formule du doyen Carbonnier : « Le cœur du mariage n'est pas le couple, c'est la présomption de paternité ».

Les immenses questions issues de cette asymétrie entre filiation maternelle et paternelle expliquent que l'anthropologie contemporaine se soit attachée à introduire cette dimension du genre dans l'étude de la parenté. On ne peut pas parler du « parent social » ou du parent « biologique » sans distinguer la filiation selon qu'elle est maternelle ou paternelle. Le point central est de comprendre que le *modèle matrimonial de filiation* qu'a promu le Code Napoléon de 1804 est construit sur une asymétrie drastique entre les sexes et une hiérarchie complète entre maternité et paternité.

Hiérarchie et asymétrie entre les sexes ont toujours été « justifiées » par la nature incontournable qui rend la mère certaine, et le père incertain. Mais en réalité, c'est l'institution de la parenté qui avait toujours déjà prévu la signification sociale d'une naissance, l'état social d'un enfant nouveau-né et ses rapports juridiquement possibles à ses géniteurs, selon que la naissance intervenait dans ou hors mariage. Selon leur contexte institutionnel, les émotions violentes que suscitaient pour les femmes les premiers signes d'une grossesse, terreur ou joie, désespoir ou plénitude, témoignaient de ce que le corps est toujours déjà investi, et même surinvesti de significations, de valeurs et de droit, parce qu'elles savaient à l'avance quel serait le statut social de l'enfant à naître ou possiblement à naître.

“ La fonction du droit ne peut plus être de définir et servir un unique modèle de mœurs familiales ”

Que l'opposition historique entre filiation maternelle et paternelle soit complètement oubliée des débats actuels opposant le tout biologique au tout volonté, alors même qu'elle informe autant les positions des uns et des autres, est une énigme que je ne peux que constater avec vous. Elle a des effets d'autant plus puissants qu'ils ne sont pas contrôlés sur la façon dont est perçue la mutation de la filiation au temps du démariage qui n'est pas la crise du mariage, pas la fin du mariage, mais un bouleversement de sa place dans l'organisation générale de la société. Le *démariage* (I. Théry, éd. Odile Jacob, 1993) est le fait que se marier, ne pas se marier, se démarier, qui était autrefois une obligation sociale impérative, l'horizon indépassable des relations sexuées, le grand organisateur de la dimension sexuée de la vie sociale, est devenu une question de *conscience personnelle*. Le démariage ouvre la question de la cohérence d'ensemble de notre système de parenté qui ne peut plus reposer sur l'hypothèse matrimoniale, qui renvoyait hors de la famille, dans nos propres morales, toutes les relations conjugales et filiales hors mariage. Je dirais qu'il est d'une importance comparable à ce qu'il se passa dans les institutions politiques à l'entrée de la modernité, quand la religion cessa d'être l'horizon indépassable de la vie sociale des humains, et devint une question de conscience personnelle. Les

religions ne disparurent pas, ne furent pas disqualifiées, mais à travers l'avènement des droits de l'Homme apparut un nouveau sacré permettant de dénoncer les valeurs ultimes fondant la vie en commun, tout en séparant l'ordre politique et l'ordre religieux.

En matière de parenté, l'égalité de sexe et le démariage ont mis à l'ordre du jour non seulement des modifications du contenu normatif de tel ou tel statut, une recomposition globale de l'articulation traditionnelle entre couple et filiation à travers le mariage, impliquant l'émergence d'une autre logique normative de la parenté. Désormais, la fonction du droit ne peut plus être de définir et servir un unique *modèle* de mœurs familiales, comme le fit le Code Napoléon, pendant le XIX^e siècle et une grande partie du XX^e siècle, pour défendre le modèle bourgeois de la petite famille conjugale légitime et stable, modèle prétendument ancré dans la nature humaine elle-même. Par-delà l'immense révolution de velours que fut l'égalité entre filiation légitime et naturelle, une autre question a commencé à se poser, celle de la diversité des trajectoires biographiques liant des parents et des enfants.

Je voudrais donc souligner le poids du modèle matrimonial de filiation dont nous sommes les héritiers. En effet, ce modèle reposait sur un idéal que l'on peut présenter par cette formule « un seul père, une seule mère, pas un de moins, pas un de plus ». L'idéal du mariage traditionnel était en effet que les trois grandes composantes de la filiation que l'on peut dire *biologique, sociale-éducative et juridique-symbolique* soient en quelque sorte rassemblées sur une seule tête masculine, le père, et une seule tête féminine, la mère. Un parent devait être idéalement à la fois le géniteur de l'enfant, celui qui le soigne et l'élève dans sa maison, et enfin, celui que le droit désigne en lui accordant, selon des procédures codifiées, le statut de parent dans notre système symbolique de parenté. Nous savons que la réalité n'était pas toujours conforme à cet idéal. Les maris n'étaient pas toujours les géniteurs de leurs enfants, mais dans ces cas-là, on faisait comme si le mariage se devait d'abriter un modèle procréatif de filiation plaçant la valeur suprême du côté des liens du sang. La question est donc complexe. D'un côté, quand on pense à l'interdiction de recherche en paternité, on se dit que l'on n'est pas héritier d'un modèle biologique, puisque justement, être le géniteur ne faisait pas le père. En même temps, à l'intérieur du mariage, on exprimait cet idéal matrimonial à travers la référence à la procréation et aux liens du sang. Ce modèle matrimonial a évidemment été mis en difficulté toutes les fois où, par hypothèse, il n'y avait pas de coïncidence entre les composantes biologiques, sociales, et juridiques, qui faisaient naguère ce que l'on nommait un vrai parent. C'est le cas de l'adoption et de l'AMP.

Pendant longtemps, pour l'adoption plénière, tout a été fait pour effacer l'histoire antérieure de l'enfant, considérer l'adoption comme une deuxième naissance, parfois faire passer les parents adoptifs pour les géniteurs en ne révélant pas à l'enfant qu'il avait été adopté. Tout cela vous montre la prégnance du modèle matrimonial, un seul père, une seule mère, pas un de moins, pas un de plus. Dans l'AMP avec tiers donneur, on est allé encore beaucoup plus loin, en mettant en place un modèle ni vu ni connu, permettant d'escamoter purement et simplement le recours à un don. En droit français, ce modèle

pseudo-procréatif est tellement verrouillé qu'aux yeux du public, mais aussi de l'enfant lui-même, le parent stérile ne peut passer que pour le géniteur de l'enfant. Cependant, tout en enjoignant à ces familles de passer pour des familles fondées sur la procréation, notre société les a longtemps considérées comme de la fausse monnaie, et les a supposées à jamais incapables d'atteindre la perfection du modèle de référence, d'où l'inquiétude et le sentiment de manque de légitimité qui taraude tous les parents qui ne sont pas des géniteurs.

Aujourd'hui, cette représentation, qui était encore dominante dans les années 60 et 70, est très contestée, et ces dernières décennies ont justement été celles de la remise en cause du modèle pseudo-procréatif dans lequel on avait enfermé un certain nombre de parents et d'enfants. Les parents adoptants, les enfants adoptés, et de plus en plus souvent, les enfants nés d'un engendrement avec tiers donneur (du moins ceux qui le savent), ont revendiqué que leur famille puisse exister et être valorisée pour elle-même, sans devoir se couler de force dans un modèle unique. De nombreux pays démocratiques ont abandonné le modèle « ni vu ni connu », en matière d'AMP, et ont fait droit, dans la même logique, à la demande de l'enfant devenu majeur de pouvoir connaître ses origines.

En France, tout se passe comme si nous ne parvenions pas à passer le cap, et à nous défaire véritablement du modèle matrimonial de filiation dont nous sommes les héritiers. Certes, les enfants sont à égalité de droit, que leurs parents soient mariés ou non, cependant, notre droit se refuse toujours à accueillir à égalité toutes les filiations, qu'elles soient fondées sur la procréation charnelle, sur l'adoption ou sur l'engendrement avec tiers donneur. Dit autrement, nous avons réussi à instituer un droit du couple à la fois commun et pluraliste. La coexistence du mariage, du pacs et de l'union libre, aujourd'hui, loin de nous poser problème apparaît à tout un chacun comme le triomphe d'une véritable compréhension collective du sens, de la valeur des différents choix de couple. C'est un espace ouvert à la diversité heureuse des mœurs démocratiques, parce que justement, nous savons qu'au-delà de cette diversité union libre, pacs, mariage, il y a de grands idéaux du couple qui sont l'horizon commun, et ceux qui ont choisi le mariage et ceux qui ne l'ont pas choisi se comprennent parfaitement bien.

En revanche, en matière de filiation, notre droit de l'adoption reste fortement marqué par un modèle pseudo-procréatif ; quant à celui de la procréation assistée, il en relève entièrement. Cette situation crée des tensions de plus en plus fortes qui s'expriment, comme je l'ai dit au début, à travers la recherche désespérée d'un critère du « vrai parent », et l'opposition de plus en plus aiguë entre le parent dit « biologique » et le parent dit « social ». Mais cette alternative est sans issue. C'est pourquoi dans notre rapport *Filiation, origines, parentalité*, nous proposons d'assumer la métamorphose du droit de la famille dont la filiation est devenue « l'axe commun » (je reprends ici l'expression de Jean Hauser) et plus précisément d'assumer cette métamorphose non par fatalisme, mais parce qu'elle porte des valeurs extrêmement fortes de liberté, d'égalité des sexes, d'égalité entre enfants, et aussi d'un pluralisme qui fait sens.

La proposition majeure issue de l'approche de sociologie du droit que je défends, qui est à la source de multiples propositions dans notre rapport, est une idée très simple. Nous n'avons jamais véritablement distingué conceptuellement la *filiation* et ses *modalités d'établissement*. On parlait de filiation légitime, de filiation naturelle. Il y avait à la fois la filiation et ses modalités d'établissement. On peut le comprendre, puisque dans le passé, ces filiations étaient hiérarchisées, leur contenu n'était pas le même. Il y avait donc un rapport direct entre leur mode d'établissement et leur contenu exprimé sous forme de droits et de devoirs. Aujourd'hui, nous sommes dans une situation tout à fait nouvelle. La filiation, en tant qu'elle est un lien de parenté, est désormais définie pour tous par les mêmes droits, les mêmes devoirs, les mêmes interdits. Elle est animée par les mêmes valeurs fondamentales de justice, et de ce point de vue, aujourd'hui, nous devrions assumer plus clairement qu'il n'y a plus qu'une seule filiation commune à tous. Cependant, une place décisive peut et doit être faite à la pluralité quand il s'agit des modalités d'établissement de celle-ci, car rien ne justifie plus de conserver le modèle matrimonial de filiation, ce modèle procréatif, alors que la filiation contemporaine est de plus en plus souvent, même si c'est minoritairement, fondée sur l'engagement parental envers un enfant, et le couple de ses parents ne prétend en aucune manière avoir procréé ensemble.

Cette distinction entre la filiation (une, commune) et ses modalités d'établissement (plurielles, mais pas à l'infini) nous permet de nous émanciper du cadre habituel des débats opposant le vrai parent biologique et le vrai parent social. Loin d'exclure ou de hiérarchiser, nous pensons que le sens d'une réforme de la filiation doit être de *faire exister, à égale dignité, trois modalités d'établissement de la filiation, l'engendrement par procréation charnelle, l'adoption, l'engendrement avec tiers donneur*. Je ne pourrai pas développer tout ceci, mais admettons que cela puisse donner sens à ce qui fait à la fois un droit commun et pluraliste, un même lien de filiation pour tous, plusieurs façons de l'établir : un respect pour l'attachement à devenir parents en transmettant la vie (je me reconnais parent de cet enfant parce que je l'ai fait) un respect pour l'adoption (je me reconnais parent de cet enfant par ce que je n'ai pas fait, mais que j'ai adopté). Enfin, une troisième modalité qui n'existe pas, mais que nous proposons d'instituer, « nous nous reconnaissons parents de cet enfant que nous n'avons pas conçu ensemble, mais que nous avons engendré avec l'aide d'une tierce personne ». Dans ce cas, nous proposons que la filiation soit établie sur une procédure nouvelle et simple, une « déclaration commune anticipée de filiation », et que cette procédure puisse être ouverte aux couples de femmes.

Pour conclure, ce qui me paraît important est de souligner fortement que ces transformations sont indissociables de l'émergence de *nouvelles valeurs familiales* accompagnant la métamorphose contemporaine de la filiation, et plus largement les soins et les relations aux enfants. Les références ne sont plus les mêmes qu'au temps du mariage traditionnel, de la hiérarchie des sexes, de la stigmatisation de l'enfant naturel, de l'interdiction du divorce et de la pathologisation de l'homosexualité. Contrairement à ce que répètent, à l'envi, les nostalgiques de l'ordre matrimonial de la famille, les

valeurs de transmission, de dévouement, d'attention, de soins et d'éducation n'ont pas disparu avec l'avènement du démariage. Je dirais même que transformées et renouvelées, elles sont plus vivantes que jamais. Nous les avons rencontrées avec mes collègues, à chaque étape de notre réflexion, et ce qui rassemble ces valeurs, par-delà les exigences de liberté et d'égalité que j'ai citées et que l'on cite souvent, il me semble que c'est autre chose. C'est un certain rapport au temps, conjuguant différentes dimensions où peuvent s'inscrire les distinctions de sexe, d'âge, de génération.

Tout d'abord, le principe d'indissolubilité du lien n'a pas disparu, il s'est déplacé du mariage vers la filiation. C'est une valeur immense dans une société où l'on peut tout perdre du jour au lendemain, son travail, sa maison, l'amour de son conjoint. La filiation contemporaine veut assurer à tous les enfants la sécurité d'un lien différent de tous les autres, le seul lien social conçu désormais comme inconditionnel, fait pour durer la vie entière, quelles que soient ses modalités d'établissement, quel que soit le sexe des parents ou leur statut conjugal. Je pense que c'est un point de rassemblement en France extrêmement important que le partage, par-delà les camps politiques, les idées différentes sur la famille, de cet idéal d'indissolubilité de la filiation qui est un idéal nouveau.

Deuxièmement, loin d'enfermer l'enfant dans le cercle de la petite famille nucléaire, la filiation, hier comme aujourd'hui vers ses ascendants, ses grands-parents, ses arrière-grands-parents, ses aïeux. La transmission a beaucoup changé, mais elle continue de nous rappeler que la filiation ne se situe jamais seulement au présent, jamais seulement dans la confrontation de deux générations, mais toujours d'au moins trois, et au-delà. Dans ce temps long de la vie, elle participe de la temporalité transgénérationnelle, liant non seulement les enfants à leur grand-mère, mais les vivants à la mémoire de ceux qui ne sont plus, et l'esquisse anticipée de ceux qui ne sont pas encore.

J'ai évoqué le prix accordé à l'engagement parental dans l'établissement de la filiation qui a remplacé, chez les adoptants, l'impératif de mimer une procréation tout en cachant (comme on le faisait autrefois) à l'enfant la réalité de sa propre histoire. Je vous conseille d'aller voir au cinéma : « Je vous souhaite d'être follement aimée », d'Ounie Lecomte, qui raconte justement le drame des enfants privés d'accès à leurs origines. Elle a été adoptée en Corée, et dans le passé, elle avait déjà fait un très beau film « Une vie toute neuve ». Elle est une des porte-parole de cette revendication nouvelle qui n'est toujours pas entendue en droit français. Nous n'avons plus le droit de manipuler l'identité narrative de l'enfant dans l'intérêt bien compris de leurs parents. Nous devons à l'enfant un respect de sa propre histoire. C'est une nouvelle valeur familiale forte.

Enfin, pour terminer, je dirais que la mobilité accrue, l'importance des migrations dans un monde globalisé transforme à son tour la temporalité par la mixité croissante des couples. Le vaste métissage des lignées, l'ouverture de la famille à l'autre, l'étranger, le différend n'est prévu aujourd'hui seulement ou principalement comme un risque pour l'intégrité du groupe, mais aussi comme une chance pour les individus, une chance de changer, d'ouvrir son futur vers des possibilités inconnues. Une chance aussi de se poser, de s'intégrer, de donner à l'insoutenable légèreté d'un présent sans attache le lest de nouveaux enracinements.

Nous tentons aujourd'hui l'aventure d'une nouvelle hospitalité familiale. Le principe de responsabilité au sens fort du verbe latin « *respondeo* », « je réponds de » est le cœur de ces valeurs que je viens d'énumérer, qui lient aujourd'hui les adultes, parents mariés ou non, de même sexe ou non, aux enfants dont ils prennent soin. Il se redouble d'un attachement renouvelé à la transmission entre les générations, dans un monde où l'assignation à un présent sans passé, ni futur, est devenu le symbole même de la relégation sociale. C'est ce double aspect que nous avons voulu souligner en plaçant notre rapport sous le signe des « nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle ».

ANTICIPER LES CRISES FAMILIALES

Les crises patrimoniales : la difficulté d'anticiper ^{260m8}

L'essentiel

L'anticipation, que la mutabilité des situations familiales et l'instabilité du droit de la famille ont rendue à la fois plus utile et plus difficile, consiste parfois à figer les conventions, parfois au contraire à en prévoir l'adaptation. Mais tout n'est pas permis, et ce qui l'est doit être soigneusement mis au point.



Par
Michel GRIMALDI
Professeur à l'université
Panthéon-Assas (Paris 2)

1. Commençons par définir notre sujet.

La *crise patrimoniale* se définit sans trop de peine, comme une phase, un moment d'une particulière gravité pour la valeur, la composition, la structure ou le sort d'un patrimoine. La crise peut être patrimoniale de source : ainsi celle qui naît, pour un particulier, d'un surendettement ou d'une dépréciation de ses actifs, ou, pour un profes-

sionnel, des difficultés de son entreprise. Mais la crise peut aussi être de source personnelle : un divorce accable un époux d'une prestation compensatoire de nature à compromettre la conservation de son outil de travail, ou menace de dislocation le patrimoine commun ; une mort prématurée peut emporter le passage d'un patrimoine entre de jeunes mains inexpérimentées et causer la ruine de l'entreprise dont le *de cujus* était le chef ; plus exceptionnelle (mais illustrée par une récente affaire), la révocation de l'adoption simple de l'enfant du conjoint peut retirer à cet enfant la qualité d'enfant commun qui plaçait l'adoptant bénéficiaire d'un avantage matrimonial à l'abri d'une éventuelle action en retranchement (Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2014, n° 13-19013 : la révocation étant intervenue après le décès du conjoint de l'adoptant, l'enfant, conservant la qualité d'enfant commun qu'il avait au jour de l'ouverture de la succession, n'a pas été admis à agir en retranchement).

L'*anticipation* est plus délicate à définir. Dans son sens le plus général, le mot désigne un mouvement de la pensée qui se représente d'avance un événement et en imagine le cours. Ainsi parle-t-on parfois du roman d'anticipation pour désigner un ouvrage de science-fiction. Dans l'ordre juridique, qui ne s'occupe des pensées que traduites en actes, ce mouvement d'anticipation peut inspirer deux types d'actes juridiques :

– d'abord, un acte qui *règle le cours de l'événement prévu pour le jour où il se réalisera*. Jusque-là, l'acte restera sans effets, et peut-être même sera-t-il librement révocable. Tel est le testament, par lequel le *de cujus* décide du sort des biens qu'il laissera à sa mort. Qu'il s'agisse d'un testament ordinaire par lequel le testateur lègue ses avoirs ou d'un testament-partage par lequel il en fixe la répartition entre ses héritiers, la transmission ou le partage viendra

à son heure : lors de l'ouverture de sa succession. L'acte d'anticipation est un acte de simple prévision ;

– ensuite, un *acte accompli avant l'événement futur qui, suivant l'ordre naturel des choses, le précède* : l'acte vient alors avant l'heure. Ainsi, celui qui consent une donation-partage ne se contente pas de faire lui-même le partage de sa succession, comme le fait celui qui procède par testament-partage. Il fait bien plus : il en fait le partage avant qu'elle ne s'ouvre ; il en fait entre vifs la distribution immédiate et irrévocable. Ici, l'acte est plus qu'un acte de simple prévision : il est un acte anticipé. L'anticipation, prise dans un sens plus étroit, désigne, non plus seulement une projection de la pensée dans le futur, mais l'exécution précipitée d'un acte : il ne s'agit plus d'organiser le futur, mais de le rendre présent.

Sans doute est-ce seulement pour cette seconde catégorie d'actes que le terme d'anticipation prend un sens propre, plus étroit que celui de prévision, avec lequel, autrement il se confond. Il est, à cet égard, révélateur que l'on ait toujours distingué le testament-partage de la donation-partage en parlant, ici de partage anticipé, là de partage testamentaire. Néanmoins, pour rester fidèle à l'esprit des concepteurs de notre sujet, l'on retiendra une acception large de l'anticipation, entendue comme celle que l'on trouve dans tout acte de prévision, et pas seulement dans l'acte anticipé.

Mais ce parti ne peut être pris qu'en raison de la limitation de notre réflexion aux seules situations de crises. Autrement, s'il s'agissait d'embrasser tous les actes de prévision patrimoniale qui marquent le cours de la vie familiale, ce serait l'entier droit des régimes matrimoniaux des successions et des libéralités qu'il faudrait considérer : car tout acte juridique, à commencer par tout contrat de mariage, toute donation en avancement de part successorale, tout testament, est un acte de prévision. C'est des seuls actes accomplis en prévision de crises patrimoniales qu'il s'agira ici.

2. Or, sur le terrain des crises patrimoniales, les difficultés de l'anticipation sont de deux ordres.

Les premières se situent dans l'ordre du *fait*. Les crises qui peuvent venir secouer les familles, les épreuves, personnelles ou patrimoniales, que l'avenir peut leur réserver, sont diverses et variées. Et elles le sont aujourd'hui bien plus qu'hier : l'allongement de la durée de la vie humaine, le libéralisme galopant et l'individualisme triomphant se conjuguent pour provoquer ces décompositions et recompositions familiales qui ont été maintes fois décrites. Aussi bien la diversité des possibles (quoi ? où ? quand ? comment ?) est telle qu'à tout vouloir prévoir, l'on se méfierait de tout et ne ferait plus rien. Comme toute aventure, la vie familiale implique une certaine prise de

NDA : Le style oral de l'intervention a été conservé.

risque. Il appartient à chacun de faire la bonne mesure : de procéder à une sélection des risques pour ne se préoccuper que de ceux-là seuls dont la probabilité et la gravité justifient qu'il les considère.

Cela dit, l'horizon des possibles se rétrécissant inexorablement au fil de la vie, l'anticipation est plus facile au fur et à mesure que l'âge avance et que le terme se rapproche : il est moins aventureux de régler par contrat de mariage la situation du conjoint survivant si les époux le font à l'âge de la retraite, où les jeux sont faits, que s'ils s'y hasardent au printemps de leur vie, professionnelle et sentimentale. Il est moins téméraire de faire le partage anticipé de ses biens au seuil du quatrième âge que d'y procéder au milieu de sa vie : *Qui le sien donne avant mourir bientôt s'apprête à moult souffrir*, nous avertit Loisel. Mais, sur le terrain successoral au moins, l'incitation à transmettre ses biens de bonne heure, à en précipiter le passage entre les mains des jeunes générations est souvent insistante et, lorsqu'elle est fiscale, souvent persuasive : l'obsession de l'impôt, la jubilation de l'impôt évité, conduisent souvent à des transmissions prématurées dont eût détourné une claire conscience des incertitudes de l'avenir.

Les secondes difficultés se situent dans l'ordre du *droit*.

D'abord, l'anticipation en matière de patrimoine familial requiert une forte compétence, voire une certaine virtuosité juridique. Elle implique une maîtrise de l'entier droit patrimonial de la famille – régimes matrimoniaux, successions et indivision – dont la réputation de complexité n'est pas usurpée. Et elle exige une familiarité avec le droit fiscal, dont la simplicité n'est pas la première des qualités, mais qui, on l'a dit, pèse lourd dans les stratégies patrimoniales. Ainsi, choisir un régime matrimonial, c'est décider du statut de biens qui seront, successivement ou cumulativement, biens communs, biens indivis, biens successoraux et biens taxables ; c'est anticiper la situation d'un conjoint survivant qui sera tout à la fois commun en biens, héritier, indivisaire et contribuable.

Prenons l'exemple, suggéré par de récents arrêts, d'un époux commun en biens qui exerce sa profession, séparée de celle de son conjoint, au travers d'une société. *Au cours du régime matrimonial*, s'il s'agit d'une société de capitaux (société anonyme), les actions relèvent de sa gestion exclusive au cours du régime matrimonial et il en dispose librement (C. civ., art. 1421), alors que, s'il s'agit d'une société de personnes (société en nom collectif ou société à responsabilité limitée), les parts relèvent de la cogestion et il ne peut les aliéner sans l'accord de son conjoint (C. civ., art. 1424). Mais, la communauté une fois dissoute, *au cours de l'indivision post-communautaire*, les choses s'inversent : l'époux actionnaire ne peut plus disposer sans l'accord de son conjoint des actions devenues indivises (Cass. 1^{re} civ., 23 oct. 2013, n° 12-17896), cependant que l'époux associé en nom ou à responsabilité limitée peut désormais librement aliéner les parts sociales motif pris que seule leur valeur, leur finance, dépend de la communauté devenue indivision (Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2014, n° 13-16309). On voit ici la nécessité, lors de l'adoption du régime matrimonial ou de la forme sociale, d'anticiper sur l'indivision post-communautaire : non pas sur celle qui, le mariage ayant tenu bon, naîtrait au décès du prémourant

des deux époux alors retraités, mais sur celle qui peut naître à la suite d'un divorce (et dont on sait qu'elle peut alors remonter fort loin en arrière, à la date où cohabitation et collaboration avait cessé).

Ensuite, et dans l'ordre juridique toujours, l'anticipation doit compter avec la mobilité et l'incertitude du droit : avec les cadences législatives et les hésitations jurisprudentielles. Il n'est pas facile d'anticiper en fonction d'un droit mouvant et improbable, alors surtout que le principe de non-rétroactivité qui protège les droits acquis est souvent négligé par le législateur et n'a point de prise, en principe, sur la jurisprudence. Songeons, à ces communautés universelles adoptées au vu d'une loi qui en retirait le bénéfice à l'époux contre qui le divorce était prononcé, mais que, le divorce survenant, l'époux coupable peut finalement conserver malgré un divorce prononcé contre par la grâce d'une loi qui, modifiant entre-temps la règle du jeu, prive le divorce de tout effet sur ce type d'avantage matrimonial (C. civ., art. 265, dans sa rédaction issue de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004).

3. Devant tant de difficultés, une attitude possible est de renoncer à une anticipation hasardeuse : ne sachant de quoi l'avenir sera fait, on laisse les choses suivre leur cours. Cette attitude est respectable, où l'on peut voir, non pas la résignation ou le fatalisme de celui qui s'avoue impuissant, mais la prudence et la sagesse de celui qui s'en remet aux lois et aux juges qui les appliquent. Relisons les propos de Montaigne sur le testament : « En général, la plus saine distribution de nos biens en mourant me semble estre les laisser distribuer à l'usage du pays. Les lois y ont mieux pensé que nous ; et vaut mieux les laisser faillir en leur élection que de nous hasarder de faillir témérairement en la nôtre. (...) C'est folie de faire des triages extraordinaires sur la foi de ces divinations auxquelles nous nous sommes si souvent trompés » (*Les Essais, Livre II, chapitre VIII*).

Une autre attitude, volontariste, consiste à prendre les choses en mains, à se fabriquer son propre droit en fonction de l'avenir que l'on se représente. Après tout, le contrat, comme on l'a rappelé, est fait pour ça : il est œuvre d'anticipation, emprise sur l'avenir. Et si difficile que soit la prévision en droit patrimonial de la famille, l'homme énergique et avisé saura la surmonter.

C'est le parti de cet homme que nous allons adopter.

4. La décision d'anticiper une fois arrêtée, le passage à l'acte (au sens courant et juridique du terme) implique une réflexion sur les diverses anticipations possibles et le choix d'une anticipation efficace. Ce sont donc la diversité des anticipations possibles (I) et l'efficacité de l'anticipation retenue (II) qui nous retiendront tour à tour.

I. LA DIVERSITÉ DES ANTICIPATIONS POSSIBLES

5. L'anticipation peut consister soit à fixer une situation pour l'avenir, soit à en prévoir l'adaptation, selon que l'on entend la soustraire à l'évolution incertaine des choses ou au contraire l'en faire dépendre. L'anticipation peut donc être tantôt une anticipation-fixation (A), tantôt une anticipation-adaptation (B).

A. L'anticipation-fixation

6. Cette forme d'anticipation vise ici à conjurer un risque : par exemple, à prévenir un contentieux ou à sauvegarder l'intégrité d'un patrimoine. Elle se retrouve dans les deux types d'actes qui ont été plus haut évoqués.

7. En premier lieu, elle inspire des *actes anticipés*, qui viennent avant l'heure : pour éviter un mal, on fait tout de suite ce qui ne devrait être fait que plus tard.

En voici deux exemples.

D'abord, l'exemple très classique de la *donation-partage* : ce partage anticipé que le *de cuius* fait de sa succession avant qu'elle ne s'ouvre. On sait que le partage d'une succession ouverte peut mal tourner : si les successeurs ne s'accordent pas, il sera judiciaire, donc long et hasardeux, retardé par l'esprit de chicane, soumis à l'aléa du tirage au sort des lots, propre à provoquer la licitation des biens. La donation-partage prévient ce risque, la distribution des biens étant l'œuvre de l'autorité persuasive du *de cuius*. Ce que nul n'a mieux dit que Bigot de Préameneu lors des travaux préparatoires du Code civil et la Cour de cassation dans un arrêt de 1860 :

– Bigot de Préameneu : « À qui pourrait-on confier avec plus d'assurance la répartition des biens entre les enfants qu'à des père et mère qui, mieux que tous autres, en connaissent la valeur, les avantages et les inconvénients ? À des père et mère qui rempliront cette magistrature non seulement avec l'impartialité du juge, mais encore avec ce soin, cet intérêt, cette prévoyance que l'affection paternelle peut seule inspirer » (Cité in *Locré*, t. 11, p. 414) ;

– la Cour de cassation : « La loi voit avec faveur les partages entre vifs auxquels préside la justice du père de famille, et qui ont pour but et pour résultat, en prévenant toutes difficultés ultérieures, de maintenir entre les enfants la concorde et la bonne harmonie » (Cass. req., 13 févr. 1860 : DP 1860, 1, 169).

Ensuite, un exemple très récent avec la *renonciation anticipée à l'action en réduction pour atteinte à la réserve* (la fameuse « RAAR »), introduite dans notre droit par la réforme des successions du 23 juin 2006 (C. civ., art. 929 et s.). Chacun sait que la réduction pour atteinte à la réserve est de nature à alimenter, au décès du *de cuius*, de redoutables procès, longs et dispendieux, soit que les héritiers se liguent contre le tiers qui a été gratifié, soit, si c'est l'un d'eux qui l'a été, qu'ils se déchirent entre eux. La RAAR, que, par son autorité morale, le père ou la mère peut obtenir de ses enfants, avant même que leur droit à réserve puisse être évalué et même ne soit né, permet d'étouffer dans l'œuf ce contentieux. Et de cette renonciation, il faut évidemment rapprocher la renonciation anticipée par laquelle l'enfant non commun renonce à exercer l'action en retranchement contre un avantage matrimonial tant que le conjoint survivant qui en bénéficie sera en vie (C. civ., art. 1527, al. 3). Étant ici précisé que cette renonciation temporaire ne devrait pas exclure une renonciation définitive en application de l'article 929 : on ne voit aucune raison de mettre l'action en retranchement hors du domaine de la RAAR, alors qu'elle n'est qu'une action en réduction dirigée contre une libéralité particulière.

À ces deux exemples d'anticipation-fixation tirés du droit positif, on pourrait ajouter *de lege ferenda* des contrats d'avant mariage inspirés des *prénuptial agreements* en usage outre-Atlantique, où les conséquences d'un

éventuel divorce se trouveraient réglées par avance. On pourrait, par exemple, y exclure toute prestation compensatoire. Pour l'heure, de telles conventions heurteraient l'ordre public, le droit à prestation compensatoire étant indisponible tant qu'une procédure de divorce n'est pas ouverte. La Cour de cassation décide même que ces conventions, lorsqu'elles relèvent d'une loi étrangère qui les autorise, peuvent porter atteinte à l'ordre public international (Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2015, n° 14-17880).

8. En second lieu, l'anticipation-prévention inspire des actes de *simple prévision* qui aménagent l'avenir.

Citons d'abord les *clauses de consolidation*, qui, stipulées dans un acte juridique, sanctionnent ceux qui viendraient à le critiquer. On songe ici à la *clause pénale* apposée aux libéralités-partages : intitulée « condition de ne pas attaquer le partage », elle prive de tout droit dans la quotité disponible l'héritier, donataire ou héritier copartagé, qui attaquerait le partage anticipé. Et il faut ici rappeler que la Cour de cassation lui reconnaît efficacité alors même que la critique serait justifiée, mais que la disposition irrégulière ne porterait atteinte qu'à des intérêts privés (Cass. civ., 25 févr. 1925 : DP 1925, 1, 185, note R. Savatier) : ainsi, lorsque le testament-partage porte sur des biens de communauté.

Citons ensuite, et surtout, les dispositions par lesquelles le *de cuius* confie à un mandataire la *gestion des biens successoraux* de crainte que ses héritiers ou leurs représentants légaux n'en provoquent la ruine par suite de leur mésentente ou de leur incompétence (notamment s'il s'agit d'une entreprise). C'est évidemment le *mandat à effet posthume* (C. civ., art. 812 et s.), que l'on doit à la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, mais dont on sait la double faiblesse : d'un côté, il n'est pas certain que le mandataire puisse être investi du pouvoir de disposer des biens compris dans le mandat ; d'un autre côté, il est certain, depuis un regrettable arrêt du 12 mai 2010, que l'héritier dessaisi peut *toujours* mettre fin au mandat en disposant de ces mêmes biens (Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2010, n° 09-10556). C'est aussi le mandat de l'article 384 du Code civil (art. 389-3 avant l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015), par lequel le *de cuius* peut confier à un tiers l'administration des biens qu'il lègue à un enfant mineur et qu'il soustrait ainsi à l'administration légale de ses père et mère : mandat fort efficace, puisqu'il peut investir le tiers des pouvoirs les plus étendus, et que l'on sait, depuis d'heureux arrêts des 6 mars 2013 et 10 juin 2015, qu'il peut grever la réserve héréditaire (Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2013, n° 11-26728 – Cass. 1^{re} civ., 10 juin 2015, n° 14-18856).

9. Telle est la grande variété des actes ou clauses qui anticipent en fixant les choses pour l'avenir. Semblable diversité se retrouve du côté des actes ou clauses qui anticipent en organisant une adaptation à l'avenir.

B. L'anticipation-adaptation

10. Cette forme d'anticipation qui consiste à apposer à un acte des clauses qui en permettront l'adaptation à l'évolution des circonstances se présente différemment selon que l'on raisonne sur un acte à effets différés ou sur un acte à effets immédiats.

Actes à effets différés

11. Pour ce genre d'actes, l'anticipation pourra consister à ouvrir des *options* que leur titulaire exercera le moment

venu en fonction de données personnelles, familiales et patrimoniales :

– c'est ainsi que celui qui institue son conjoint, par testament ou institution contractuelle, donataire ou légataire de l'universalité de ses biens peut, pour le cas où la réduction de la libéralité serait demandée, lui déléguer le *choix entre les trois disponibles entre époux* : le disponible ordinaire (1/2, 1/3 ou 1/4 en propriété), le disponible mixte d'un quart en propriété et trois quarts en usufruit, ou le disponible universel en usufruit. Cette clause est, on le sait, usuelle. Au point, d'ailleurs, que, là où elle manque, la jurisprudence la tient pour sous-entendue ;

– c'est ainsi encore que celui qui institue un légataire universel en présence d'héritiers réservataires peut, en attachant au *legs une faculté de choix*, permettre au gratifié de choisir le moment venu les biens qui composeront son lot. Une jurisprudence classique, en effet, considère que le testateur, libre de composer lui-même le lot du légataire par un legs avec assignation de part, peut déléguer à celui-ci cette faculté (Cass. req., 29 juill. 1890 : D. 1891, 1, 28) ;

– c'est ainsi enfin que celui qui *institue son héritier pour légataire* lui ouvre par là même une option à trois branches, qu'il exercera au mieux de ses intérêts : cumuler ses deux vocations, légale et testamentaire ; ou n'accepter que la première ; ou encore se satisfaire de la seconde. Ainsi, en présence d'enfants qui sont tous communs, léguer à son conjoint un usufruit universel n'est pas inutile alors même que la loi lui accorde l'usufruit du tout : si, le moment venu, le conjoint souhaite ne recueillir que l'usufruit de certains biens, il repoussera l'usufruit légal, dont il ne peut limiter l'étendue, et acceptera l'usufruit légué, que, depuis la réforme de 2006, il peut cantonner sur les biens de son choix (C. civ., art. 1094-1, al. 2).

On voit bien ainsi comment l'ouverture d'options permet, dans un acte à effets différés, d'en adapter la portée aux circonstances à venir.

Pour autant, on ne saurait en taire les dangers. Ouvrir des options au gratifié, c'est en effet lui abandonner, dans les limites fixées par le disposant, la détermination de l'objet de la libéralité : l'étendue de la donation ou du legs ne se mesure plus seulement à l'intention libérale de son auteur, mais aussi aux appétits et préférences de son bénéficiaire. Or les héritiers s'inclineront plus volontiers devant la volonté du *de cuius*, qui (après tout) a disposé de ses biens, que devant celle d'un gratifié qui fait son marché dans l'héritage commun. Bref, la paix des familles peut être troublée par un dispositif qui abandonne le sort des biens héréditaires à la discrétion de l'un des successeurs. Le souci de la préserver conduira donc parfois le *de cuius* à délaissier les options qu'il pourrait ouvrir, et même à écarter celles que la loi accorde, telle la faculté de cantonner toute libéralité à cause de mort.

12. Pour les actes à effets différés toujours, l'anticipation peut aussi consister à en prévoir la *caducité au cas de changement de circonstances*. Évidemment utile si l'acte est irrévocable (telle une clause de réversion d'usufruit sur la tête d'un concubin), la stipulation l'est également si l'acte est révocable (tel une clause de réversion sur la tête du conjoint ou toute disposition testamentaire) : elle prévient alors le risque d'un oubli, qui est d'autant plus à craindre que les effets de l'acte sont par hypothèse en suspens.

Certes, parfois la loi prévoit elle-même la caducité de l'acte : ainsi les libéralités à cause de mort entre époux, donations de biens à venir et legs, sont, depuis la réforme du divorce par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, révoqués de plein droit en cas de divorce (C. civ., art. 265, al. 2). Et, pendant un temps, la jurisprudence a admis que les legs pussent être frappés de caducité en cas de disparition de leur cause : ainsi, un legs consenti dans l'ignorance de l'existence d'un enfant (v. les obs. sur Cass. 1^{re} civ., 15 déc. 2010 : RTD civ. 2011, 165).

Mais, d'une part, la prévision de la loi mérite parfois d'être complétée : ainsi, il est utile de stipuler la caducité du legs ou de la donation de biens à venir faite à son conjoint dans le cas où, à la date du décès, une procédure de divorce ou de séparation de corps serait en cours (que la mort aurait interrompue). D'autre part, la jurisprudence sur la caducité du legs pour disparition de sa cause semble abandonnée depuis un arrêt de revirement du 15 décembre 2010, qui décide qu'il appartient exclusivement au testateur, libre de révoquer son testament, de tirer les conséquences de la disparition de la cause qui l'a déterminé à disposer (Cass. 1^{re} civ., 15 déc. 2010, n° 09-70834, préc.).

Actes à effets immédiats

13. Pour ce genre d'actes, l'anticipation-adaptation consiste à y stipuler des clauses de réversibilité : sorte de clauses *rebus sic stantibus* qui permettent de défaire ce qui a été fait si les choses tournent autrement que prévu.

On songe, en matière de *régimes matrimoniaux*, à la fameuse *clause alsacienne* qui, apposée à une communauté universelle, permet, en cas de divorce, à chacun des époux de reprendre les biens qu'il y a apportés, donc les biens qui, sous la communauté légale, lui eussent été propres. Ainsi, dans le cas où l'aventure conjugale tourne court, la communauté à partager par moitié se réduit aux acquêts.

Cette clause est d'autant plus utile aujourd'hui que, depuis 2004, le divorce n'a plus jamais d'incidence sur les avantages matrimoniaux ayant produit leurs effets au cours du mariage et laisse donc à chacun des époux le droit à une moitié de communauté universelle. Moyennant quoi l'époux déserteur peut emporter la moitié d'une communauté composée des biens que l'autre avait acquis avant le mariage ou reçus par succession. D'où, suivant la Cour de cassation, la faute imputable au notaire qui omet d'attirer l'attention des époux sur l'utilité de cette clause (mais on comprend moins que, dans le même arrêt, elle ait curieusement écarté la responsabilité de l'officier public, motif pris que le préjudice n'était pas établi – Cass. 1^{re} civ., 30 avr. 2014, n° 13-16380).

On songe aussi, en matière de *donations de biens présents entre époux*, à la clause qui stipule que la donation sera *résolue en cas de divorce*, ou même dès l'introduction d'une instance en divorce ou en séparation de corps. L'utilité de cette clause de non-divorce est, elle aussi, évidente depuis que la loi du 26 mai 2004 a tout à la fois supprimé la libre révocabilité des donations de biens présents entre époux et décidé leur maintien en cas de divorce quelle que soit la cause de celui-ci. Mais on sait que, par un important arrêt du 14 mars 2012, sur lequel on reviendra, la Cour de cassation a jugé ces clauses nulles (Cass. 1^{re} civ., 14 mars 2012, n° 11-13791).

Certes, la Cour excepte de cette nullité les clauses de non-divorce apposées aux donations de biens présents

ne produisant pas d'effet au cours du mariage (réversion d'usufruit, attribution du bénéfice d'une assurance-vie, donation à exécuter au décès). Mais la loi du 23 juin 2006 ayant rendu ces donations de nouveau librement révoquables (C. civ., art. 1096), l'exception est de portée limitée : la clause qu'elle valide a pour seule utilité de prévenir le risque d'un oubli du donateur, qui, n'ayant plus la donation présente à l'esprit lors du divorce, omet de la révoquer.

On songe encore aux *donations facultatives, alternatives ou substitutives*. La donation alternative ou facultative est une donation assortie d'un terme suspensif et où le donateur peut, à l'échéance du terme, s'exécuter en transférant la propriété soit d'une chose, soit d'une autre chose : ainsi, le père donne son entreprise, en forme individuelle ou en forme sociale, à l'un de ces enfants, mais en lui imposant un délai d'épreuve, de mise à l'essai, à l'issue duquel il aura la faculté de lui transmettre, selon que l'essai aura été ou non concluant, soit l'entreprise, soit sa contre-valeur en argent. La donation substitutive se distingue des précédentes en ce qu'elle est à effet immédiat, et non à terme, le donateur se réservant la faculté, pendant un certain délai, de substituer à la chose donnée et délivrée une autre chose, en fait une somme d'argent d'un montant égal à sa valeur. On soulignera que toute ces donations dépouillent irrévocablement le donateur de la valeur de la chose donnée : si elles elle lui permettent de conserver ou de récupérer la chose, c'est moyennant le paiement au donataire de sa contre-valeur en argent. Leur utilité propre est d'anticiper sur l'évolution des circonstances en ménageant au donateur un droit de reconsidérer l'objet de la donation.

La même observation vaut pour les *donations avec réserve d'un quasi-usufruit*, qui permet au donateur quasi-usufruitier de disposer, sans l'accord du donataire nu-propriétaire, de la chose donnée s'il souhaite, compte tenu de l'évolution des circonstances, personnelles ou familiales, restructurer son patrimoine : par exemple, vendre le portefeuille de valeurs mobilières qu'il a donné pour en remployer le prix à l'acquisition d'une maison située là où il désire désormais résider. Naturellement, conformément aux règles du quasi-usufruit, il sera, lors de l'extinction de son usufruit, lui ou sa succession, débiteur envers le donataire d'une somme d'argent égale à la valeur de la chose donnée.

14. Telle est la vaste gamme des anticipations possibles. Reste à préciser les conditions de leur efficacité.

II. L'EFFICACITÉ DE L'ANTICIPATION RETENUE

15. Pour qu'une anticipation soit efficace, il faut d'abord, s'agissant d'un acte juridique, qu'elle soit valable (A). Il faut ensuite, s'agissant d'une projection dans l'avenir, qu'elle soit précise (B).

A. La validité de l'anticipation

16. L'air du temps est favorable aux anticipations. Un vent de liberté contractuelle souffle en effet sur le droit patrimonial de la famille : l'ordre public y est partout en repli, laissant le champ libre aux volontés individuelles. Il reste peu de l'immutabilité des conventions matrimoniales ; les pactes sur succession future permis se sont multipliés ; la réserve plie et recule, etc.

Pour autant, on ne saurait permettre d'anticiper n'importe quoi et n'importe comment. Les actes d'anticipation stipulent, par hypothèse, pour l'avenir, soit qu'ils ouvrent des options, soit qu'ils portent des renonciations, soit qu'ils fulminent des sanctions. Aussi leur validité doit-elle être vérifiée sous au moins quatre points de vue.

17. Premier point de vue : la *qualité du consentement*. Un consentement pour l'avenir risque, plus qu'un consentement pour l'immédiat, d'être donné à la légère. Souvenons-nous d'Esau, qui vendit à Jacob contre un plat de lentilles son droit d'ainesse dans la succession future de leur père Isaac. Aussi faut-il se préoccuper avec une vigilance particulière de la qualité du consentement.

À cet égard, les dispositions relatives à la RAAR sont particulièrement significatives. S'agissant de la forme, les conditions requises sont exceptionnellement lourdes : un acte notarié reçu par deux notaires, le second étant, non pas choisi par le premier (comme pour un testament authentique), mais désigné par le président de la chambre départementale ; un consentement donné en dehors de la présence du *de cujus* ; la mention dans l'acte des conséquences de la renonciation. S'agissant du fond, la capacité exigée est la capacité de donner et la renonciation est interdite au mineur émancipé comme au tuteur autorisé (C. civ., art. 509). En outre, la loi prend le soin de préciser que la renonciation est nulle en cas d'erreur, dol ou violence : rappel d'une évidence, mais qui sonne comme une mise en garde face à un risque jugé sérieux.

D'aucuns déploieront que la RAAR, qui est un bel instrument d'anticipation, soit ainsi inutilisable en présence de réservataires mineurs ou majeurs protégés. Mais c'est que la protection des personnes passe avant la consolidation des stratégies successorales.

18. Deuxième point de vue : la *sécurité juridique*. Or toute clause de réversibilité compromet peu ou prou la sécurité juridique, qui est devenue l'une des dimensions de l'ordre public, et entrave la libre circulation des biens : un bien restituable n'entre pas aisément dans le commerce juridique.

Ainsi peut s'expliquer la jurisprudence qui annule les clauses de non-divorce apposées aux donations entre époux de biens présents. Si la réforme de 2004 décide du sort de ces donations en cas de divorce à partir d'un critère, non plus moral (la cause du divorce), mais économique (l'objet de la libéralité : biens présents ou biens à venir), c'est en considération de la sécurité juridique qui souffre d'une remise en cause des situations déjà constituées. Dès lors, il n'est pas illogique de refuser aux parties la liberté de se dégager d'une règle fondée sur des considérations d'intérêt général.

Ajoutons qu'il n'y a pas contradiction entre cette interdiction jurisprudentielle dont souffre la clause de non divorce apposée à une donation et la permission législative dont bénéficie la clause de reprise des apports en cas de divorce (C. civ., art. 265, al. 3). Un apport à la communauté est une donation entre époux sont deux choses différentes. Celui qui apporte un bien à la communauté ne s'en défait pas : il n'en perd pas l'administration ; il en récupérera peut-être un jour la propriété exclusive ; et, surtout, la reprise qu'il en fait ne peut préjudicier aux droits des tiers.

19. Troisième point de vue : l'*irrévocabilité spéciale des donations*. Rappelons que cette irrévocabilité n'est pas

l'irrévocabilité ordinaire des contrats, énoncée par l'article 1134 du Code civil, qui interdit au donateur de reprendre ce qu'il a donné, comme au vendeur de reprendre ce qu'il a vendu. L'irrévocabilité spéciale, propre aux donations, est une irrévocabilité renforcée, qui interdit au donateur de se réserver dans l'acte de donation, donc avec l'accord du donataire, la faculté de reprendre ce qu'il a donné : prévue par les articles 943 à 946 du Code civil, non modifiés en 2006, elle interdit diverses donations qui, toutes faites sous une condition potestative de la part du donateur, réserveraient à celui-ci un droit de reprise ou de repentir.

On comprend que cette irrévocabilité condamne certaines clauses de réversibilité : par exemple, la donation d'une voiture faite à une concubine sous la condition du maintien de la relation de concubinage (Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 1986, n° 84-12796 : Bull. civ. I, n° 280).

Mais elle ne les interdit pas toutes. Ainsi, les donations alternatives, facultatives ou substitutives ne la méconnaissent pas, dès lors que les deux branches de l'option que se ménage le donateur sont d'une rigoureuse équivalence économique et de sorte que le sacrifice économique consenti lors de la donation est donc irréversible. Simplement, il convient de bien préciser dans l'acte que, si, le moment venu, le donateur décide de délivrer une somme d'argent plutôt que la chose donnée, ou de l'y substituer, cette somme devra être rigoureusement égale à la valeur du bien estimée le jour où il exercera la faculté qu'il se réserve. Et une estimation par expert pourrait utilement éviter des contestations ultérieures.

20. Quatrième point de vue : les *droits fondamentaux*. Lorsque l'anticipation consiste à sanctionner le fauteur de trouble, la sanction doit être compatible avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, qui a renouvelé l'ordre public. Ainsi, lorsqu'elle vise à prévenir une contestation, elle ne doit point porter une atteinte disproportionnée au droit d'agir en justice protégé par l'article 6 de la Convention européenne.

C'est ce qu'illustre une toute récente décision du 16 décembre 2015, où la Cour de cassation censure pour manque de base légale un arrêt d'appel qui avait reconnu effet à une clause pénale apposée à une libéralité « sans rechercher si l'application de cette clause n'avait pas pour effet de porter une atteinte excessive au droit d'agir en justice » (Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 2015, n° 14-29285). Dans cette affaire, le juge d'appel avait débouté des enfants de leur demande en nullité du partage anticipé fondé sur le dol que leur père aurait commis en dissimulant l'assurance-vie et les dons manuels dont un autre enfant avait, avec son fils, par ailleurs bénéficié. Et, dans la foulée, il leur avait appliqué la clause pénale qui les exhérédait. Or leur infliger *ipso facto* la lourde pénalité de l'exhérédation sur le seul constat de leur débouté, c'était admettre qu'une convention pût retirer purement et simplement à l'une des parties le droit de plaider que son consentement a été surpris par fraude : retrait dont il est juste de considérer que, par son automatisme, il constitue une atteinte excessive au droit d'agir en justice. Restera à préciser le critère de l'excès. Sans doute faudra-t-il considérer le

sérieux de la contestation que la clause pénale visait à empêcher et qui, par hypothèse, a été repoussée. Dans l'affaire jugée en décembre, le moins que l'on puisse dire est que l'allégation de dol n'était pas fantaisiste : n'est-il pas malhonnête de la part d'un père de famille qui, par un acte de magistrature domestique, fait le partage anticipé de ses biens entre ses enfants, d'obtenir le consentement de tous en dissimulant aux uns les bienfaits qu'il a déjà prodigués aux autres ?

B. La précision des anticipations

21. Toutes les fois que l'anticipation se traduit par l'octroi d'une option ou d'une faculté, il convient, dans un souci de sécurité juridique, d'en encadrer précisément l'exercice.

Il faut d'abord l'enfermer dans un certain *délai*, afin d'éviter que l'incertitude ne se prolonge : par exemple, en présence d'une donation facultative, préciser que le donateur devra dans le mois précédant ou suivant l'échéance du terme faire savoir s'il entend se libérer par la remise de la chose donnée ou de sa contre-valeur monétaire.

Il faut ensuite imposer une *forme* à l'exercice de l'option ou de la faculté : par exemple, si la donation est facultative, stipuler que le donateur devra faire connaître sa décision par acte extra-judiciaire ou lettre recommandée avec accusé de réception. Ce formalisme évitera que ne s'ouvre un débat oiseux et aléatoire sur l'exercice tacite de cette option ou de cette faculté.

Il faut enfin prévoir le cas où le titulaire de l'option *décède sans l'avoir exercée ou ne l'exerce pas dans le délai imparti*. Sans doute est-il sage, dans le premier cas, d'exclure la transmission de l'option à ses héritiers, et, dans les deux cas, de la réputer exercée dans tel ou tel sens afin d'éviter la caducité de l'acte dont l'objet deviendrait indéterminable. À cet égard, on sait la formule que l'on trouve d'ordinaire dans les dispositions à cause de mort entre époux qui réservent au conjoint survivant l'option entre les trois disponibles : si le conjoint survivant décède sans avoir opté, il est réputé avoir opté pour l'usufruit du tout, de sorte qu'il n'aura été qu'un simple passant dans la succession... Et, dans une donation facultative, il serait assez naturel de prévoir qu'en cas de décès ou de silence du donateur, celui-ci sera réputé avoir opté pour la livraison de la chose donnée, de sorte que la libéralité produira son effet naturel.

22. Pour conclure, on retiendra que l'anticipation des crises patrimoniales, dont l'utilité est avérée, est un nouveau champ que l'essor de la liberté contractuelle ouvre à l'ingénierie juridique. Il appartient aux avocats de l'occuper, en s'intéressant à l'anticipation, non pas seulement en aval, dans sa phase contentieuse, lorsqu'elle tourne mal, mais aussi en amont, dans sa phase contractuelle, lorsqu'elle s'élabore. Certes, d'autres sont déjà à la manœuvre : les notaires, naturellement, qui sont incontournables lorsque l'anticipation doit prendre la forme de l'authenticité ; mais aussi les experts comptables, les banquiers, les conseillers en gestion de patrimoine et quelques autres encore. Mais il est permis de penser qu'il y a assez de place pour tous et qu'il serait parfois utile de travailler ensemble.

SOUS LA DIRECTION SCIENTIFIQUE DE
MICHEL GRIMALDI

En partenariat avec le Conseil Supérieur du Notariat
et l'Association Henri Capitant

Les FORMATIONS **lextenso**

M A Î T R I S E R E T A G I R

Journée
Programme

8h45 : Accueil des participants

9h00 : Propos introductifs

Un représentant du Conseil Supérieur du Notariat,
Denis MAZEAUD, professeur à l'université Panthéon-Assas [Paris 2],
président de l'Association Henri Capitant.

9h30 : La dévolution successorale

par **Sophie GAUDEMET**, professeur à l'université de Sceaux,
Delphine VINCENT, notaire.

10h25 : Les choix des héritiers

par **Pierre MURAT**, professeur à l'université Grenoble-Alpes,
Jean-François SAGAUT, notaire, président du 111^e congrès des notaires.

11h20 : Pause

11h30 : L'administration de la succession

par **Claude BRENNER**, professeur à l'université Panthéon-Assas [Paris 2],
Jacques COMBRET, notaire honoraire, président du 106^e congrès des notaires.

12h30 : Cocktail déjeunatoire

14h00 : La liquidation et le partage de la succession

par **Bernard VAREILLE**, professeur à l'université de Limoges,
Antoine KROELL, notaire.

14h55 : Les testaments et les libéralités graduelles et résiduelles

par **Christophe VERNIERES**, professeur à l'université Grenoble-Alpes,
Gilles BONNET, notaire.

15h50 : Pause

16h00 : L'évolution de la pratique de la donation-partage

par **Michel GRIMALDI**, professeur à l'université Panthéon-Assas [Paris 2],
Rémy GENTILHOMME, notaire,
Gilles BONNET, notaire.

16h55 : Conclusion : le regard du magistrat sur la réforme

par **Pascal CHAUVIN**, magistrat, président de la 3^e chambre civile
de la Cour de cassation.

17h30 : Fin des travaux

Objectifs

- + Savoir utiliser au quotidien toutes les nouvelles possibilités offertes par la réforme de 2006.
- + Disposer de conseils et de formules de clauses éprouvés par 10 ans de pratique des règles nouvelles.
- + Obtenir des réponses précises aux problèmes rencontrés ces dernières années dans la mise en œuvre du droit nouveau.

ATTENTION NOMBRE DE PLACES LIMITÉ

Informations complémentaires
au 01 40 93 40 81

Fax : 01 41 09 92 10

E-mail : claire.lorentz@lextenso.fr

Forfait journée 550 € HT / 660 € TTC déjeuner inclus

Tarifs groupes et étudiants nous consulter.

Organisme de formation enregistré sous le numéro 11 92 20078 92.

INSCRIPTIONS SUR

<https://www.weezevent.com/formation-defrenois>

DISCOURS OFFICIELS DE LA 12^E ÉDITION DES ÉTATS GÉNÉRAUX DU DROIT DE LA FAMILLE ET DU PATRIMOINE

Discours du président du Conseil national des barreaux 260n1

Par
Pascal Eydoux
Président du Conseil
national des barreaux,
ancien bâtonnier de
Grenoble, avocat au
barreau de Grenoble

Madame la ministre, Mesdames et Messieurs, nous vous remercions de la fidélité que vous réservez à nos États généraux du droit de la famille et du patrimoine, et nous voulons vous dire combien votre présence est utile, puisqu'elle révèle l'intérêt que vous portez au droit, au-delà des missions qui sont les vôtres, qui sont aussi des missions sociales majeures pour l'ensemble des équilibres de notre société. Mes chers confrères, ce que nous venons d'entendre d'Irène Théry et de Michel Grimaldi est assez vertigineux. Merci encore Madame, Monsieur.

Lorsque nous partirons d'ici avec quelques idées juridiques complémentaires, nous partirons aussi avec les notions de mentaliser ou biologiser la filiation, avec la notion de l'aventure que représente la vie matrimoniale, mais aussi la vie patrimoniale, et avec le souvenir que si le mariage est soluble, la filiation ne l'est pas. Tout ceci nous convainc que nous avons, les uns et les autres, et nous les avocats, des champs d'exploration qui nous imposent d'être rigoureusement informés, de suivre pas à pas, et d'anticiper l'ensemble des évolutions dont nous parlons depuis ce jour.

Ce matin, je vous ai parlé de la réforme J21, et des conditions dans lesquelles nous aurions pu espérer que ce texte restaure l'autorité judiciaire, tandis qu'il se contente de déclarations constantes de principe. Monsieur Matocq, je ne suis pessimiste, ni de nature ni en vrai. Je constate aussi, de façon positive, que le texte adopté le 5 novembre 2015, dont nous attendons l'adoption définitive, comporte des dispositifs intéressants qui doivent s'imposer aux praticiens du droit que nous sommes. Il s'agit bien sûr du développement du recours aux modes amiables de résolution des différends (MARD), puisqu'il n'y a plus de litiges, plus que des différends. Madame la ministre, voyez comme nous sommes anticipateurs dans la désignation de difficultés, de façon à ne provoquer personne. Toutefois, devant le ministre de la République, je voudrais rappeler, comme je l'ai déjà fait au ministre de la Justice, que le droit de la famille ne peut pas et ne doit pas échapper à la nécessaire régulation par un juge. Cette présence participe de la régulation et de la pacification des rapports sociaux. Sur un plan purement pragmatique, économique, ordinaire en quelque sorte, nous n'ignorons pas que le contentieux familial est une charge importante pour l'État, qu'il pèse d'autant plus sur le budget de la justice qu'un grand nombre de nos concitoyens sont éligibles pour tout ou partie à l'aide juridictionnelle. La période de crise économique et budgétaire que nous traversons ne doit pas être le prétexte à un abandon juridictionnel des difficultés familiales.

L'accès au juge, qui est le seul personnage libre et indépendant au sens de la constitution de notre République, est un droit protégé par la Convention européenne des

droits de l'Homme, et la charte des droits fondamentaux de l'Union. Qui peut espérer défendre ces droits et connaître ces obligations réelles sans accès au juge ? Nous allons évidemment parler des modes amiables que les avocats ont pris en compte, et pratiquent désormais au quotidien, davantage chaque jour. Mais nous entendons rappeler qu'il n'est pas un professionnel qui puisse avoir l'ambition de se substituer à un juge. Il n'existe pas de juge de l'amiable, comme nous l'entendons parfois, qui voudrait ou pourrait s'ériger en juge prétendument impartial, alors qu'ils sont des prestataires de service rémunérés comme tel par leurs clients. En revanche, nous pensons que les exigences des MARD rejoignent celles de notre état d'avocat, de notre fonction, de notre déontologie, pour conseiller, accompagner, aider à trouver une solution pacifiée, acceptée et durable aux difficultés. C'est ainsi que nous sommes parfaitement d'accord pour que le juge intervienne lorsqu'il convient encore de trancher un différend clairement exposé, et que nous aurons préparé, ou pour homologuer un accord survenu. Telle est sa fonction inaltérable dans un État de droit qui accepte de concevoir qu'un justiciable recherche une solution et qu'un tribunal ne constitue jamais l'antichambre d'un cabinet de psychologue ou de psychiatre.

**“ Il n'est pas un professionnel
qui puisse avoir l'ambition
de se substituer à un juge ”**

C'est sur cette volonté politique de la profession d'avocat que le Conseil national des barreaux représente, que nous pouvons aborder tranquillement, et de façon construite, ces fameux modes amiables, avec trois notions principales que sont l'acte contresigné par avocat, l'acte de procédure d'avocat que nous attendons, et la procédure participative. Merci Hélène Poivey-Leclercq.

Nous nous sommes emparés de ces outils, de ces moyens, de ces méthodes, et nous ne demandons rien d'autre que de nous permettre, pour le bien de tous, justice et finances publiques, juges et justiciables, de les mettre en œuvre. C'est ici que se conjuguent la nécessaire régulation des flux, la nécessaire présence de l'autorité judiciaire qui homologue ou tranche les difficultés pour lesquelles tout est préparé, communiqué, et, par conséquent, allégué en termes de procédures et d'investissements matériels et humains. Madame la ministre, accordez-moi que l'on ne peut espérer mieux !

Je n'insiste pas sur l'acte contresigné par avocat. Il relève de notre responsabilité, mes confrères, de l'utiliser ou pas. Nous pouvons faire le choix de ne pas nous en servir. Comme vous le savez, il a évolué, il est natif, il est complètement numérique, et nous pouvons faire ce choix, parce que nous pouvons considérer que nous sommes déjà rédacteurs d'actes depuis longtemps, et que nous

NDA : Le style oral de l'intervention a été conservé.

n'avons pas forcément besoin de cet outil d'identification. Dès l'instant où nous disposons d'un outil, que nous pouvons le faire évoluer, qu'il comporte désormais la force probante, qu'il peut comporter bientôt la date certaine parce qu'il est complètement numérique, et qu'il n'est pas de nature à combattre inutilement l'acte authentique que nous laissons à ceux dont c'est le monopole, nous devons l'utiliser, parce qu'il est contresigné par l'avocat, et parce qu'il scelle la confiance de nos clients à l'égard de notre compétence. Chacun doit prendre ses responsabilités sur le sujet.

En ce qui concerne l'acte de procédure par avocat, nous verrons ce que le texte finit par nous proposer, mais ce sera la même chose. Pour la convention de procédure participative, nous avons fait ce que nous pouvions pour la développer, mais nous sommes critiqués, notamment par la commission des lois du Sénat, au motif que les justiciables n'y auraient que faiblement recours. Le Sénat n'est, dans son propos, que sur des statistiques de 2013, mais il n'est pas inutile de rappeler que le rapport déposé lors de la première lecture de la réforme J21 indique, pour 2013, « année de mise en place par le ministère de la Justice de l'outil statistique permettant de mesurer le nombre de demandes d'homologation conclues par les parties ». Nous en comptons sept devant le tribunal de grande instance, et 39 devant le tribunal d'instance, toutes matières confondues. Nous pouvons nous consoler en constatant que ce ne sont que les conventions présentées à l'homologation, mais tout de même, nous savons qu'en 2013, à tout le moins, la procédure participative n'avait pas encore transcendé les foules. Afin d'encourager le recours à cette procédure participative, le projet de loi, toujours adopté par le Sénat, prévoit que la convention puisse intervenir à tout stade de la procédure judiciaire. En outre, la convention de procédure participative pourra avoir pour objet la mise en état du litige, alors qu'actuellement, son champ d'application est limité à la résolution amiable des différends des parties. C'est une chance que nous voulons saisir. Nous nous félicitons de ce que l'article 5 du projet modifie les articles 2062, 2063, 2065 et 2066 du Code civil relatifs à la convention de procédure participative, pour autoriser cette conclusion d'une telle convention, même si le juge est déjà saisi. Cela ouvre précisément la voie importante à l'acte de procédure par avocat.

Lorsque nous disons que nous devons prendre nos responsabilités, nous avons raison. Lorsque nous demandons que les moyens soient donnés à la profession d'avocat d'utiliser les vrais outils alternatifs, nous avons également raison. Il conviendra désormais de mettre en place, devant toutes les juridictions, des mécanismes permettant aux parties se dirigeant vers une procédure contentieuse d'être systématiquement informées de la possibilité de régler leur litige par le biais d'une procédure participative. Nous préconisons aussi l'ajout, dans l'assignation, d'une mention indiquant aux parties qu'elles peuvent, à tous les stades de leur procédure, opter pour cette procédure et régler amiablement leurs litiges, assistées par leurs avocats respectifs. Sans doute pourrait-il être utile d'attacher un avantage fiscal, et je rêve, en pensant à ce que disait le professeur Grimaldi tout à l'heure : « Il peut y avoir de la frénésie dans notre république aux avantages fiscaux ». Imaginez qu'il en soit ainsi pour celui-ci. J'en profite pour rappeler une des propositions du Conseil national qui

figure dans le livre blanc de la réforme J21, et qui n'a pas encore été reprise. Nous avons effectivement proposé que les conventions de divorce par consentement mutuel conclues à l'issue d'une procédure participative puissent permettre au juge de statuer sur la requête en homologation, sans comparution des parties. La présence des avocats des parties au cours de la négociation constituant une garantie telle que le juge peut être assuré du consentement éclairé des parties. Il pourrait ainsi être ajouté à l'article 2067 du Code civil, en application de l'article 1566 du Code de procédure civile que le juge pourra statuer sur la requête en homologation sans débat, à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties. Le Conseil national des barreaux considère également que lorsqu'une telle procédure aura porté sur un litige concernant un immeuble (liquidation de régime matrimonial ou succession), le jugement d'homologation pourrait être publié à la conservation des hypothèques sans qu'il soit besoin de réitération coûteuse et inutile.

Madame la ministre, ces propositions sont techniques, politiques. On peut aussi me dire qu'elles sont corporatistes, je l'assume bien volontiers. Lorsque je serai le dernier à être corporatiste, on pourra me le reprocher ! Lorsque je ferai partie de ceux qui le seront, je serai bien à ma place, et je continuerai à le faire. Comme vous le savez, nous demandons que des dispositions réglementaires soient prises dans les meilleurs délais, et à être consultés en amont sur l'ensemble des projets de décret qui seront élaborés sur cette fameuse réforme J21. Dans l'intérêt de la famille, le 12 décembre 2015, au Conseil national, nous avons voté une délibération sans opposition de création d'un centre national de médiation des avocats. L'objectif est de replacer précisément l'avocat au cœur du dispositif de médiation, en informant le public des garanties que lui offre notre déontologie, notre présence, et en mettant à la disposition de chacun de nos confrères les outils propres à développer leurs pratiques en matière de médiation. Nous vous démontrons, et démontrons à l'ensemble des pouvoirs publics, l'importance que nous accordons à la promotion de la médiation, mais aussi à notre rôle. Il n'y a pas de raison que cela n'aille pas ensemble. Enfin, nous travaillons au développement d'une plate-forme internet qui hébergera le Centre national de médiation des avocats. Nous évoluons avec lui. Le public disposera ainsi d'un annuaire des avocats médiateurs, et le Conseil national des barreaux veillera (exigeant, désagréable pour certains, mais responsable) à ce que le nombre d'heures de formations prévues pour être de 200 lorsqu'il s'agit d'être médiateur soit respecté pour pouvoir être identifié sur cette plate-forme.

Madame la ministre, Mesdames, Messieurs, mes chers confrères, le droit de la famille et du patrimoine mérite un investissement que tous les acteurs de ces états généraux développent avec une conviction. Le plus souvent, il ne peut se contenter d'une normalisation des actes et des procédures, mais doit être protecteur de chacun des partenaires, d'une vie qui change. Irène Théry et Michel Grimaldi nous en ont fait la brillante démonstration. C'est ainsi que sans posture, avec conviction, compétences, ambition, les avocats sont les acteurs de ce droit au service des concitoyens et de la régulation sociale. Je vous remercie et vous souhaite encore de beaux travaux.

DISCOURS OFFICIELS DE LA 12^E ÉDITION DES ÉTATS GÉNÉRAUX DU DROIT DE LA FAMILLE ET DU PATRIMOINE

Discours de la secrétaire d'État chargée de la famille 260t4



Par
Laurence Rossignol
Secrétaire d'État chargée
de la famille, de l'enfance,
des personnes âgées et
de l'autonomie, auprès
de la ministre des Affaires
sociales, de la santé, et
des droits des femmes

Monsieur le président du Conseil national des barreaux, Mesdames et Messieurs les avocats, Mesdames et Messieurs les magistrats, Mesdames et Messieurs les universitaires, Mesdames et Messieurs. Les États généraux du droit de la famille et du patrimoine constituent un rendez-vous important, et je vous remercie, Monsieur le président, d'avoir eu la gentillesse de qualifier de « fidélité », ma présence ici pour la seconde fois. Je veux à mon tour vous remercier de la fidélité de votre invitation. Même si je l'ai déjà évoqué l'année der-

nière, votre interlocutrice naturelle est bien évidemment la chancellerie. Pour autant, le champ des magistrats, avocats, universitaires, spécialistes du droit ou de la sociologie de la famille se croisent nécessairement avec le champ d'actions du ministère de la Famille, de l'Enfance, des Personnes âgées et de l'Autonomie.

Je suis particulièrement attentive au regard que vous portez sur vos propres pratiques, aux évolutions que vous pressentez dans le quotidien de l'exercice de vos professions, qui se traduisent dans la diversité des sujets qui seront abordés au cours de ces deux journées de débats. Vous comme moi constatons et accompagnons les mutations permanentes des familles. Les grands mouvements sociaux qui sont opérés, notamment au cours de la deuxième moitié du XX^e siècle, l'émergence de la place des femmes dans la sphère publique, l'affirmation du choix personnel dans la construction de la famille, la possibilité de créer plusieurs familles au cours de sa vie ont naturellement favorisé les occasions de rupture et de crise plus fréquentes dans les trajectoires personnelles et familiales. Vous comme moi cherchons à limiter la brutalité de ces ruptures. Pour cela, nous devons être attentifs aux effets induits, inapparents, des décisions que nous prenons ou que nous contribuons à faire prendre, que ce soit dans la loi, dans les décisions de justice ou dans les politiques publiques. J'ai toujours en tête que les enjeux des conflits familiaux ne sont pas neutres, ni en termes de genres, ni en termes de classes sociales, comme l'a souligné l'enquête du collectif des onze au tribunal des couples. À la lecture des courriers que je reçois, ou des nombreuses personnes que je rencontre dans mes déplacements, j'observe aussi que les conflits familiaux laissent sur le carreau de nombreuses victimes d'abus de droit ou de déni de droit, parfois, et souvent même, par ignorance

de leurs droits, car dans les relations familiales, les enjeux de pouvoir conduisent aussi aux abus de pouvoir.

Je partage le point de vue que vous avez exprimé, Monsieur le président, selon lequel le droit de la famille ne peut pas et ne doit pas échapper à la régulation par le juge. Il vaut mieux une mauvaise décision de justice que pas de juge. Par ailleurs, dans la réforme J21, vous avez évoqué votre proposition d'une homologation des conventions de divorce par consentement mutuel, sans comparution des époux. Quand les époux prennent un seul avocat, n'est-ce pas aussi une façon de faire échapper à la régulation par le juge un conflit du droit de la famille ? Outre l'attention portée à nos propres pratiques, la manière la plus assurée de limiter la brutalité de ces ruptures reste certainement de les anticiper ou anticiper les faits cumulatifs de leurs conséquences. Bien entendu, je ne vais pas aborder tous les thèmes de vos deux journées de colloque, je n'en ai ni le temps ni les compétences. J'ai donc picoré dans vos tables rondes, et j'aborderai quelques sujets qui font écho à ma propre pratique et aux réflexions qu'elle m'inspire. J'évoquerai donc la médiation familiale, les pensions alimentaires, le maintien du lien et ses limites, la place de l'enfant dans la prévention des conflits familiaux, et l'attention accordée à sa parole. Enfin, nous envisagerons la question spécifique de la perte d'autonomie et des droits et protection des personnes vulnérables.

“ *La médiation rend possible
la distinction entre le conflit
et le litige* ”

D'abord, le recours à la médiation familiale répond, quand la situation le permet, au souci de rendre les personnes elles-mêmes davantage actrices de leur situation, et ainsi, de leur permettre de moins subir ou de subir moins violemment les conséquences d'une crise familiale. La médiation va au-delà des seuls paramètres juridiques, elle permet de prendre en compte les histoires personnelles, les parcours de vie, le vécu de chacune et de chacun. Elle peut permettre aux personnes directement concernées de trouver et d'élaborer elles-mêmes des solutions. La médiation rend possible la distinction entre le conflit et le litige, car bien souvent, chercher à obtenir le règlement du litige sans travailler sur le conflit ne suffit pas à trouver une solution pérenne. Une enquête conduite par la Caisse nationale des allocations familiales (CNAF) entre 2005 et 2007 conclut à l'efficacité de la médiation familiale dans 64 % des cas, soit parce qu'elle permet d'aboutir à un accord dans 48 % des cas, soit parce qu'elle contribue à une amélioration significative du conflit. Dans ce cadre, l'État a augmenté les crédits pour le soutien à la médiation familiale qui sont inscrits dans la convention d'objectifs et de gestion, conclus avec la CNAF, pour la période 2013-2017. Ce soutien financier renforcé du Gouvernement montre

que nous avons fait de l'accompagnement à la parentalité une priorité reconnue de la branche famille, de la branche gérant les prestations familiales.

De plus, le décret publié le 11 mars 2015 rend possible, pour le juge, de proposer aux parties une mesure de consignation ou de médiation, préalablement à la procédure judiciaire. Cette disposition qui doit être mise en œuvre de façon à ne pas désorganiser les services de médiation, et qui doit donc être adaptée à leur capacité, contribuera, je n'en doute pas, au développement de la médiation. La médiation familiale est un outil qui permet d'anticiper les crises familiales, et la perspective dans laquelle s'inscrit souvent la justice, à savoir faire en sorte que la séparation parentale ne signifie pas l'exclusion complète d'un des parents de l'éducation des enfants, peut donc plus facilement se réaliser.

Maintenant, un mot des pensions alimentaires. Là encore, des outils sociaux existent pour prolonger l'action de la justice et amortir les violences économiques et sociales qui s'exercent parfois à l'occasion d'une séparation, car parmi les très nombreuses mutations de la famille qui ont été tout à l'heure fort bien évoquées par Irène Théry, il y a un phénomène qui pour moi est probablement le plus spectaculaire, c'est l'augmentation du nombre des familles monoparentales. Pour elles, le Gouvernement a renforcé les prestations familiales. Nous créons actuellement un réseau d'entraide en faveur des familles monoparentales, et pour lutter contre le raisonnement spécifique, au 1^{er} avril 2016, nous allons généraliser une garantie contre les impayés de pension alimentaire, que l'on appelle la GIPA, les impayés de pension alimentaire demeurant « un véritable sport national », comme le disait l'ancien président de l'Union nationale des associations familiales (UNAF), François Fondard. C'est pourquoi nous instaurons une pension alimentaire minimale d'environ 100 € par mois et par enfant, une mise à disposition par les CAF des informations utiles aux parents isolés sur l'autre parent pour fixer la pension alimentaire. Une augmentation de 6 à 24 mois des arriérés de pension alimentaire qui peuvent être recouverts, et les caisses sont subrogées pour le recouvrement. L'instauration d'une pension alimentaire minimale devra appeler au discernement dans la fixation des pensions alimentaires, et ne devra pas constituer une tentation pour en fixer un montant en deçà, considérant que le parent bénéficiera, quoi qu'il arrive, des 100 € par mois versés par les caisses d'allocations familiales.

Je voudrais maintenant dire quelques mots de l'obstination au maintien du lien, et parfois de ses limites. Je suis bien évidemment favorable à une implication accrue des pères dans l'éducation des enfants, mais ces ambitions ne résistent pas toujours à l'épreuve des situations de violence. La protection de l'enfant devrait pourtant l'emporter sur l'application parfois mécanique d'un droit de visite et d'hébergement (DVH) pour un conjoint violent, ou la mise en place d'une résidence alternée prescrite à défaut d'une parentalité partagée. J'ai même parfois observé qu'une résidence alternée imposée à l'un des parents, demandée par l'autre, entretient le conflit et contribue à retarder la reconstruction d'une parentalité partagée. J'ai vu le titre d'un de vos ateliers de demain : « La résidence alternée, l'obtenir et la réussir ». Pour eux, c'est dire : « La résidence alternée, l'obtenir ou la réussir ».

Je voudrais maintenant évoquer la place de l'enfant dans la prévention des conflits familiaux. Les crises familiales ne se réduisent pas en effet aux crises conjugales, pas davantage que les ruptures familiales ne se réduiraient aux ruptures conjugales. La rupture conjugale peut en imposer d'autres quand elle prive l'enfant de la relation avec un parent, avec un grand-parent, ou avec des frères et sœurs. Il arrive aussi que l'enfant soit le sujet principal de la crise familiale. Quand un enfant est confié à l'aide sociale à l'enfance (ASE), c'est aussi, de mon point de vue, une crise familiale. L'enfant doit donc aussi être un sujet de prévention des crises familiales. Il y a deux semaines, j'étais à Genève devant le Comité droit de l'enfant de l'ONU pour vérifier la conformité de la France et le respect de ses engagements internationaux dans l'application de la Convention internationale des droits de l'enfant. Sur un sujet comme la prévention des conflits familiaux, je suis vigilante à ce que l'on cherche la place de l'enfant dans le sujet traité, et je suis également curieuse de savoir où est envisagé son meilleur intérêt. Tout le travail que nous menons sur la proposition de loi relative à la protection de l'enfant, qui a été examinée hier en nouvelle lecture à l'Assemblée nationale, après une commission mixte paritaire non conclusive, qui sera définitivement adoptée dans le mois qui vient. Tout ce travail participe, à mon sens, de l'anticipation des crises familiales. Prévenir l'entrée d'un enfant en protection de l'enfance est prévenir une crise familiale. Magistrats et avocats ont bien évidemment été étroitement associés à la concertation que j'ai menée pendant près d'un an autour de la politique publique de protection de l'enfance. La place importante des décisions judiciaires qui aboutissent à confier l'enfant au service de l'ASE, nous dit à quel point un travail commun est nécessaire au sein d'une politique publique qui mobilise de nombreux acteurs. Le besoin de cohérence, le décloisonnement des interventions sont vite apparus comme un enjeu majeur des évolutions indispensables en matière de protection de l'enfance. J'ai cherché, avec les différents acteurs, après avoir établi ensemble un état des lieux et un diagnostic partagé, quel pouvait être le socle commun, le principe qui pouvait rassembler les différents acteurs, et favoriser un changement de regard et de démarche. Je suis partie du meilleur intérêt de l'enfant pour le remettre au centre d'une politique sociale qui traite parfois tout autant de l'intérêt de l'institution, des droits des parents, que de l'intérêt de l'enfant. Aborder les réponses que nous pouvons apporter aux crises familiales par le prisme du meilleur intérêt de l'enfant ne signifie pas pour autant opposer droit de l'enfant et droit des parents. Au contraire, c'est la recherche des réponses adaptées aux besoins de l'enfant qui guide toutes les décisions. Parents comme professionnels, indépendamment de leurs différences, de leurs oppositions, peuvent construire, dans l'intérêt de l'enfant, des alliances très positives pour lui. Il arrive cependant, pour diverses raisons, que les parents détenteurs de l'autorité parentale ne parviennent pas ou plus à répondre aux besoins fondamentaux de leur enfant, et ce pour une durée plus ou moins longue. D'emblée, des mesures de soutien doivent être mises en œuvre pour les accompagner dans leur responsabilité éducative. C'est la part de la prévention sociale des conflits familiaux. Le temps de l'accompagnement parental n'est pas toujours celui de l'enfant, en particulier du jeune enfant dont la construction ne peut attendre, et dont il faut pouvoir

soutenir le développement, y compris par des mécanismes de substitution parentale quand cela est nécessaire. Les mêmes questions se posent évidemment dans des situations de maltraitance, puisque là j'évoquais plus particulièrement les situations de carence ou de défaillance.

Sur ces sujets très complexes, j'ai observé de forts clivages, souvent idéologiques, et beaucoup de confusion entre des notions pourtant bien différentes, en particulier, filiation, autorité parentale et maintien du lien se confondant. La réponse aux besoins de l'enfant, le soutien de son développement imposent parfois des aménagements de l'autorité parentale qui ne doivent en rien préjuger de la mise en cause de sa filiation. Pour ma part, je suis très réservée quant aux pratiques d'adoption plénière pour des enfants qui ont une filiation établie, et parfois un vécu familial. Les délégations de l'autorité parentale sont possibles, de même que la sécurisation de l'adoption simple qui a été évoquée tout à l'heure dans la proposition de loi relative à la protection de l'enfant, qui ouvre de nouvelles perspectives, en particulier pour les enfants pupilles. J'ai demandé qu'un travail soit conduit avec la chancellerie sur ces questions de statut, tant il me semblait nécessaire de clarifier ces notions et d'accompagner leur mobilisation. J'ai par ailleurs été aussi frappée de nombreuses reprises par une volonté forte, prégnante, de prescrire le maintien du lien entre les parents et les enfants, y compris dans des situations de violence intrafamiliale. L'inflation des visites en présence d'un tiers illustre parfaitement cette dérive, à laquelle participe l'ensemble des acteurs, le juge des enfants qui les décide, mais aussi les services sociaux qui les proposent, le plus souvent par défaut d'une autre solution.

*“ C’est par le dialogue
et le rapprochement entre le JAF
et le juge pour enfants que la parole
de l’enfant peut être mieux comprise
et mieux entendue ”*

Dans le cadre de la réforme de la protection de l'enfance, nous avons indiqué que les visites en présence d'un tiers, les visites médiatisées, devraient désormais faire l'objet d'une motivation spéciale des juges aux affaires familiales, pour que les décisions soient expliquées et comprises, à commencer par les travailleurs sociaux qui ont ensuite la charge de les conduire. Si elles sont très utiles dans certaines situations, les visites médiatisées peuvent aussi être préjudiciables à l'enfant quand elles durent plusieurs années, quand elles n'ont pas de perspective, quand elles sont mobilisées dans des contextes de violence. Nous avons même connu cette année l'extrême tragédie de la mort d'un éducateur spécialisé nantais, Jacques Gasztowtt, qui, au cours d'une visite médiatisée, s'est interposé entre un homme violent et son ancienne épouse. Cet homme voulait assassiner son épouse, du moins lui porter des coups, il possédait une arme blanche, et c'est le travailleur social qui est mort dans cette visite médiatisée.

De ma place, je ne perçois pas uniquement les conflits familiaux, mais j'observe aussi les situations de vie qu'ils enclenchent pour des années, y compris quand

ils semblent être judiciairement réglés, ou quand ils ne reviennent jamais devant la justice. Pour autant, ils font perdurer des situations de conflit très graves et très lourdes. La culture ancrée du maintien du lien familial n'inspire pas uniquement la justice, elle est aussi celle des services sociaux et a fait l'objet de nombreux débats et d'échanges nourris dans le cadre de la réforme de la protection de l'enfant. C'est un sujet sur lequel nous continuerons de travailler. Anticiper les crises familiales, c'est aussi mieux prendre en compte la parole de l'enfant au moment des ruptures, quel que soit le degré de violence dans ces ruptures. Dans les procédures judiciaires qui concernent les familles, cela suppose une meilleure articulation entre le travail du juge aux affaires familiales (JAF) et celui du juge pour enfants (JE) qui, comme je l'ai dit tout à l'heure en signifiant les différents intervenants qui se penchent autour d'une crise familiale, d'un différend familial, ne se parlent pas assez, y compris au sein de la justice. Ainsi, le JAF et le JE ne se parlent pas toujours suffisamment. C'est par le dialogue et le rapprochement entre les deux que la parole de l'enfant peut être mieux comprise et mieux entendue.

Par ailleurs, la France a récemment pris des engagements internationaux importants sur cette question, en signant puis en ratifiant le troisième protocole additionnel de la Convention des droits de l'enfant. Le troisième protocole est tout d'abord une valeur ajoutée en termes de procédure, chaque enfant ou chaque adulte agissant en son nom, pourra désormais déposer une plainte devant les comités des droits de l'enfant, une fois les recours nationaux épuisés. Le troisième protocole a aussi une portée symbolique importante. Il s'agit d'un message fort envoyé à toutes les institutions, qui consiste à remettre l'enfant à sa place, à le considérer comme un sujet de droit, et à lui restituer sa parole. Il y a peu de temps, une jeune fille de 12 ou 13 ans m'a écrit pour me dire qu'elle ne voulait plus retourner chez son père, dans le cadre d'un DVH, et qu'ayant pris connaissance des conventions des droits de l'enfant et de mon rôle dans son aspect et son application, elle me demandait de prendre en compte sa parole. Notre réaction a d'abord été la prudence lorsque nous avons lu ce courrier, et la première question que nous nous sommes posée est si elle était manipulée, et si oui, par qui. Fort heureusement, les services de la permanence ministérielle de l'intervention sociale ont pris contact avec elle, avec sa maman, et ils ont découvert qu'à l'arrivée d'une nouvelle JAF, un DVH avait été instauré, alors que le père avait été condamné pénalement pour avoir poignardé son ex-épouse, et on demandait à la mère, qui a déménagé loin, de laisser son domicile pour que le père puisse venir voir ses enfants une journée. Indépendamment du caractère très ubuesque de la situation, cette jeune fille n'avait pas été écoutée. Elle vit avec le sentiment que la société ne la protège pas de ce père. C'est parce que j'ai conscience des difficultés que rencontrent les JAF pour mener de véritables investigations sociales que j'insiste, par principe comme par pragmatisme, sur le recueil de la parole de l'enfant. Prendre en compte la parole de l'enfant est lui garantir l'effectivité de ses droits, s'inscrire dans une perspective de respect de la personne et de bientraitance. Ce regard que nous portons sur les enfants, sur ces êtres en construction, en acquisition d'autonomie, et donc plus vulnérables, doit être porté de la même manière

sur les personnes âgées qui avancent dans la vieillesse, et dont l'autonomie physique et décisionnelle diminue au point de devoir être protégées.

Le changement de regard sur l'enfance que je viens d'évoquer auprès de vous structure également la politique que je mène en faveur des personnes âgées, et l'ensemble du regard que nous devons porter sur toutes les personnes vulnérables. De la même manière, l'anticipation des crises familiales ne questionne pas uniquement la place des enfants dans les conflits, mais elle questionne aussi la place des personnes en perte d'autonomie. La loi n° 2015-1776 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, promulguée le 28 décembre dernier porte des éléments de réponse, notamment dans le cadre de la promotion du mandat de protection future instaurée par la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007, et de l'instauration d'un registre spécial dans lequel seront inscrits les mandats conclus. L'anticipation des crises familiales au regard de la perte d'autonomie de celui ou de celle qui va devoir porter le maintien à domicile. Là encore, cela m'a fait penser au choix que nous avons fait en matière de droits de l'enfant. Le texte anglais parle de « *the best interests* », que certains traduisent par l'intérêt supérieur, et que je traduis, comme d'autres, par « le meilleur intérêt de l'enfant ». Le meilleur intérêt est celui qui prend en compte des conflits d'intérêts tout aussi valables et légitimes. J'ai évoqué ce sujet à propos du consentement des personnes vulnérables et de l'entrée en établissement pour en souligner la complexité. La personne de confiance peut aussi avoir été désignée par avance dans le cadre d'un mandat de protection futur, mais aussi être désignée au moment de l'entrée en établissement. Les décrets d'application sont en cours de concertation avec l'ensemble des acteurs dans une perspective de publication à la fin du premier semestre 2016, c'est-à-dire dans des délais tout à fait honorables en ce qui concerne l'élaboration et la publication des décrets. Les droits de la personne ont ainsi été renforcés. C'est la bientraitance qui continue d'alimenter mes réflexions, et qui sont bien entendu éclairées et instruites par celles du Comité national de la bientraitance et des droits. Celles-ci ont donné lieu à un rapport qui m'a été présenté le 4 mars dernier par la sous-commission Droit et Éthique de la protection des personnes. Les conclusions de ce rapport croisent l'avis du 16 avril 2015 de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH), que j'avais saisie sur la question du consentement des personnes vulnérables. Ces conclusions dessinent les perspectives

d'un travail plus approfondi sur la protection juridique des majeurs que je souhaite pouvoir conduire en 2016, notamment autour de la définition d'un cadre éthique et déontologique. Un pas a été franchi dans le cadre de l'ordonnance du 15 octobre 2015, portant simplification et modernisation du droit de la famille, avec la création de l'habilitation familiale. Ce nouvel échelon qui précède la curatelle dans la gradation favorise l'anticipation de ses propres fragilités, et permet d'affirmer et d'étendre le travail en commun entre le ministère des Affaires sociales et la justice.

Les solidarités familiales sont, dans ce cadre, mises en lien avec d'autres dispositifs, protection sociale et protection juridique s'agrègent pour une approche globale de la personne vulnérable. De mon côté, et dans cette perspective, je demeure très attentive aux préconisations de la CNCDH, notamment en ce qui concerne l'amélioration de l'articulation entre le Code civil et le Code de la santé publique. En effet, les questions de consentements aux soins médicaux n'ont pas été réformées depuis 2002, et du fait de la prévalence du Code de la santé publique sur le Code civil, en ce domaine, elles ne tiennent pas compte des avancées portées par la loi de 2007. La protection des majeurs recouvre un véritable enjeu d'harmonisation des appréhensions sanitaires, médico-sociales et juridiques des questions de consentement qui occupera très certainement la réflexion de mon secrétariat d'État dans les mois à venir. Le changement de regard que doivent porter nos politiques sociales en se centrant sur l'individu, l'effectivité des droits et de son parcours nécessitent une approche décroisée et interministérielle. Pour cette cohérence, je compte beaucoup sur les avocats qui, dans leur pratique, commencent à tisser des liens entre la famille, l'enfance et les personnes vulnérables. Depuis notre rencontre en 2015, l'ambition que je porte pour les champs famille, enfance et personnes âgées n'a pas changée. Elle est toujours celle d'une approche globale, centrée sur l'individu, avec comme valeur cardinale la bientraitance. Cette ambition est néanmoins enrichie d'une méthode de travail dont je considère qu'elle a fait ses preuves sur la protection de l'enfance. Celle d'une construction des politiques publiques et d'une évolution du droit qui se fait avec l'ensemble des acteurs concernés, ceux qui auront à mettre en œuvre les évolutions législatives, mais aussi avec les bénéficiaires de ces politiques. Vous l'aurez compris, dans les mois à venir, je compte encore beaucoup sur vous et sur nos échanges.

“ Le 1^{er} commentaire approfondi de
l'ordonnance du 10 février 2016 portant
réforme du droit des contrats, du régime
général et de la preuve des obligations ”



Avec les interventions de :

Laurent Aynès
Alain Bénabent
Olivier Deshayes
Jérôme François
Yves-Marie Laithier
Denis Mazeaud
Thierry Revet
Philippe Stoffel-Munck

BON DE COMMANDE

- ☐ Je commande exemplaire(s) du numéro HORS-SÉRIE de la *Revue des contrats* « Réforme du droit des contrats : quelles innovations ? »
Ce numéro présente une version enrichie des actes du colloque de la *Revue des contrats* qui s'est déroulé le 16 février dernier ainsi qu'une
table de concordance développée.
Tarif unitaire de 42 € TTC + 7 € de frais d'emballage et expédition (frais fixes par commande).

CIVILITÉ ☐ Mme ☐ Mlle ☐ M.

NOM PRÉNOM

DÉNOMINATION SOCIALE

FONCTION

ADRESSE

CODE POSTAL VILLE PAYS

ID TVA

TÉL. FAX EMAIL

- ☐ Je joins mon règlement à l'ordre de Lextenso éditions

À retourner à Lextenso 70, rue du Gouverneur Général Éboué 92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

Relation clients 01 40 93 40 40

ACTUALITÉ JURIDIQUE ET JUDICIAIRE DE LA FAMILLE EN 2015

Aspects procéduraux du contentieux familial 261m5

L'essentiel

Si l'avocat joue un rôle essentiel en matière familiale, il doit maîtriser les pièges de la procédure civile, particulièrement en appel, et intégrer dans la défense de son client la jurisprudence de la Cour européenne. Il doit aussi connaître les évolutions législatives fort nombreuses dans ce domaine, qui affectent les pouvoirs du JAF dans la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux et l'aide juridictionnelle !



Par
Natalie FRICERO
Professeur à l'université
Nice Sophia Antipolis
(CERDP, EA 1201),
directeur de l'Institut
d'études judiciaires

I. L'APPLICATION DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME AUX PROCÈS EN MATIÈRE FAMILIALE

Comme nous le savons tous, les aspects procéduraux sont extrêmement importants dans la stratégie de défense des avocats : un procès en matière familiale peut se gagner uniquement sur des questions de procédure. Anne-Marie Leroyer a insisté sur l'incohérence

résultant de l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme, particulièrement *des règles du procès équitable*, en rappelant qu'un procès en matière familiale, c'est d'abord un procès équitable. Je vais positiver cette incohérence, parce qu'il faut absolument que les avocats s'approprient la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) dans leur stratégie de défense. Lorsque vous sentez que votre adversaire va demander au juge aux affaires familiales (JAF) ou au tribunal de grande instance d'appliquer un texte qui ne convient pas aux intérêts de votre client, n'oubliez pas de plaider la disproportion et le caractère excessif de son application dans votre cas d'espèce. Dans l'arrêt *Henrioud c/ France* du 5 novembre 2015 (CEDH, 5 nov. 2015, n° 21444/11 : Procédures 2016, comm. 15, N. Fricero), il s'agissait de l'irrecevabilité du pourvoi en raison de l'absence de signification préalable du jugement. Si cette règle prévue à l'article 979 du Code de procédure civile (CPC) a été abrogée, la CEDH a rappelé que dans le cadre d'un enlèvement d'enfants, on ne peut pas déclarer un pourvoi en cassation irrecevable, au seul motif que la décision n'a pas été signifiée dans les délais prévus préalablement au pourvoi, cette sanction étant disproportionnée eu égard aux enjeux en présence. Une telle appréciation de la proportionnalité concerne les règles de procédure comme les règles de fond, issues des articles 8 de la Convention européenne (vie privée et familiale), 1^{er} du Protocole n° 1 (respect des biens) pour ce qui concerne les partages et les dévolutions successorales. Il faut donc intégrer dans ses moyens le caractère disproportionné de l'application en l'espèce de la règle de droit français par rapport à la vie privée,

au droit au respect des biens, etc. Cela fait partie de la stratégie que l'avocat doit maîtriser, ce qui impose qu'il connaisse la jurisprudence de la CEDH et, le cas échéant, qu'il lise l'anglais, parce que certaines décisions ne sont pas traduites en français. Voilà un élément de la professionnalisation de l'activité d'avocat.

II. LES RISQUES « D'UBÉRISATION » DES PROCÉDURES FAMILIALES

Sur le plan procédural, les avocats doivent également prendre garde à « l'ubérisation des procédures de divorce ». Ainsi, l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 2 avril 2015 (CA Aix-en-Provence, 2 avr. 2015 : AJ famille 2015, p. 285, S. Thouret), sur le fondement de l'article 54 de la loi n° 71-1130 de décembre 1971, a ordonné à juste titre la fermeture du site « divorcer.com », parce que cette activité constituait une entrave au monopole des avocats concernant le conseil et la rédaction d'actes. Les avocats doivent donc être vigilants sur la naissance de ces sites, et en même temps être réactifs sur les actions en justice pour protéger leur activité professionnelle (O. Dufour, « Les avocats à leur tour menacés d'ubérisation ? » : Gaz. Pal. 5 janv. 2016, p. 9, n° 254k8).

III. LES RÉFORMES DE L'AIDE JURIDICTIONNELLE

Je ne reviens pas sur le détail des modifications de la loi n° 2015-1785 du 29 décembre 2015 et du décret n° 2016-11 du 12 janvier 2016 *sur l'aide juridictionnelle*. Vous avez lu avec intérêt l'arrêt du 12 décembre 2015 qui crée trois catégories de groupes de barreaux, des barreaux à 26,50 €, à 27,50 € et à 28,50 € l'unité de valeur. L'aide juridictionnelle partielle est accordée pour les ressources comprises entre 1 001 et 1 500 €. L'État n'assume plus que deux pourcentages, 25 ou 55 %, alors qu'avant, il existait toute une série dégressive d'aides partielles. Les explications fournies sur le site du ministère de la Justice, avec des exemples chiffrés, sont très claires. Je vous rappelle également que cette loi du 29 décembre 2015 a ajouté, dans la loi sur l'aide juridictionnelle, un article 64-5, avec une aide juridictionnelle à la médiation conventionnelle. En effet, l'aide juridictionnelle sera accordée à tout avocat ayant assisté des parties dans le cadre d'une médiation conventionnelle à la condition qu'il présente au juge l'homologation d'un accord de médiation (CPC, art. 1565). Il est donc nécessaire que la médiation conventionnelle aboutisse à un accord... Cette aide à la médiation sera précisée par le décret d'application non encore publié. Le même décret devrait définir la part que l'État prendra en charge au titre de la rémunération du médiateur conventionnel.

NDA : Le style oral de l'intervention a été conservé.

IV. LA PRESCRIPTION DE L'ACTION EN RECOUVREMENT DES HONORAIRES

S'agissant du recouvrement des honoraires par l'avocat, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a décidé, le 26 mars 2015 (Cass. 2^e civ., 26 mars 2015, n^o 14-11599, solution reprise dans un arrêt, Cass. 2^e civ., 14 janv. 2016, n^o 14-26943) que *la prescription de la demande d'honoraires des avocats est de deux ans*, conformément à l'article L.137-2 du Code de la consommation, si le client agit en tant que personne physique pour des besoins non commerciaux, dans le cadre de sa vie personnelle, ce qui est évidemment le cas dans les litiges en matière familiale.

V. LES NOUVEAUX POUVOIRS DU JAF EN MATIÈRE DE LIQUIDATION ET PARTAGE DES INTÉRÊTS PATRIMONIAUX

Une réforme essentielle en matière familiale résulte de l'ordonnance n^o 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, dont le décret d'application n^o 2016-185 daté du 23 février 2016 a été publié au *Journal Officiel* du 25 février 2016. Il est possible d'anticiper sur la mise en œuvre de l'article 267 du Code civil, même si les 1 600 avocats spécialistes ici réunis pourront fournir 1 600 interprétations de l'article 267 nouveau du Code civil !

Les nouveaux principes posés par l'article 267 du Code civil consistent à inciter les parties à régler conventionnellement la totalité des difficultés relatives aux conséquences patrimoniales de leur divorce. À défaut, le JAF se voit attribuer des pouvoirs étendus et soumis à des conditions particulières.

D'abord, « à défaut d'un règlement conventionnel entre les époux, le juge statue sur leur demande de maintien dans l'indivision, d'attribution préférentielle et d'avance sur part de communauté ou de biens indivis ».

Ensuite, « il peut, même d'office, statuer sur la détermination du régime matrimonial applicable aux époux ». Ce dernier pouvoir est essentiel, il permettra, notamment, de procéder à la liquidation des intérêts patrimoniaux conformément au régime matrimonial choisi par les ex-époux bi-nationaux.

Enfin, de nouveaux pouvoirs lui sont conférés : « Il statue sur les demandes de liquidation et de partage des intérêts matrimoniaux », dans les conditions prévues aux articles 1361 à 1378 du Code de procédure civile, si certaines conditions sont remplies. L'alinéa 2 de l'article 267 « consacre ainsi le principe d'une séparation entre le prononcé du divorce et le partage des biens des ex-époux ». Tous ceux qui pensaient qu'il y aurait un *continuum* dans l'instance, au cours de laquelle le JAF aurait prononcé le divorce et serait resté saisi d'une instance en liquidation qui aurait peut-être pu prendre la forme d'une mise en état, seront déçus, puisqu'il y a séparation entre la procédure de divorce, le prononcé du divorce, et la période de liquidation des intérêts patrimoniaux des époux.

Toutefois, le JAF est compétent pour statuer sur l'ensemble de la liquidation, selon deux processus. Dans une première série de situations, le juge peut globaliser la réponse, c'est-à-dire prononcer le divorce, et en même temps, statuer sur la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux aux conditions énoncées dans le texte.

En effet, il statue sur les demandes de liquidation s'il est justifié par tous moyens des désaccords subsistant entre les parties, notamment en produisant une déclaration commune d'acceptation d'un partage judiciaire indiquant les points de désaccord entre les époux, ou le projet établi par le notaire, désigné sur le fondement du dixième de l'article 255-10^o du Code civil. Cela suppose qu'avant l'audience, en amont, il y ait déjà eu désignation d'un notaire sur le fondement de l'article 255-10^o, lequel a pu établir un projet de liquidation. Il se peut aussi que les époux aient tenté un règlement conventionnel de la liquidation, mais qu'ils soient en désaccord sur un certain nombre de points, qu'ils listent dans une déclaration écrite qui sera annexée lors de la saisine du juge dans le cadre du prononcé du divorce. Le JAF disposant des éléments nécessaires à sa décision pourra, à la fois, prononcer le divorce et régler les intérêts patrimoniaux. Cependant, ce n'est pas toujours le cas. Dans une deuxième série de situations, les époux n'auront pas pu lister leurs désaccords ou faire établir un projet par un notaire, ce qui obligera le JAF à prononcer le divorce et à liquider ultérieurement. En attendant, il pourra statuer sur les demandes de maintien dans l'indivision, d'attribution préférentielle, d'avance sur part de communauté ou de biens indivis. Il pourra aussi statuer sur la détermination du régime matrimonial applicable aux époux. Ayant prononcé le divorce, le JAF a vidé sa saisine : il devra être saisi par assignation ultérieurement pour la liquidation des intérêts patrimoniaux, au vu de la déclaration commune d'acceptation d'un partage judiciaire listant les points de désaccords ou d'un projet établi par le notaire sur le fondement de l'article 255-10^o du Code civil. L'article 267 du Code civil ne renvoie plus à l'article 1360 du CPC, il indique que le JAF statue sur les demandes de liquidation dans les conditions fixées aux articles 1361 et 1378 du CPC : la réforme n'a pas organisé une procédure spécifique de partage post-divorce, elle renvoie au droit commun du partage successoral (sauf en ce qui concerne les modalités de l'assignation). Ces dispositions ne manqueront pas de soulever de nombreuses interrogations : sur quoi peuvent porter les points de désaccord ? Sur le régime, la valeur, la nature des biens ? Une telle déclaration doit-elle nécessairement être « commune » et signée par les deux ex-époux et leurs avocats respectifs ou le JAF pourrait-il statuer sur une déclaration émanant d'un seul époux ? Quels autres documents pourront-ils être fournis (l'article 267 indique « la justification par tous moyens des désaccords, notamment », termes qui laissent entendre que d'autres justifications pourront être apportées au JAF) ? Les points de désaccord mentionnés dans la déclaration ne constituent pas des prétentions au sens de l'article 4 du CPC : l'assignation devra donc définir les prétentions (demande de partage judiciaire, ou toute autre difficulté liquidative).

La désignation du notaire sur le fondement de l'article 255-10^o du Code civil devrait être demandée par les parties afin de faciliter la liquidation ultérieure : lorsque le défendeur qui n'est pas l'auteur de la requête en divorce est convoqué, il sera informé de la possibilité de désignation d'un notaire sur le fondement de l'article 255-10^o (CPC, art. 1108). Les divorçants pourraient également être incités à mettre en place avec leurs avocats une procédure participative assistée par avocat pour trouver une issue consensuelle au partage. L'article 757 du CPC précise à cet égard que l'assignation doit être enrôlée dans

les quatre mois, mais que la signature d'une convention de procédure participative suspend ce délai de caducité jusqu'à son terme.

VI. LES DÉCISIONS DU JAF « DANS LES FORMES PRÉVUES POUR LES RÉFÉRÉS »

Dans certaines procédures (CPC, art. 1137), le JAF statue dans les formes prévues pour les référés, alors que sa décision relève du fond (les conditions de droit commun du référé ne sont pas applicables). La question se pose de savoir si la référence aux référés influe sur la procédure d'appel ? L'appel des ordonnances de référé se déroule selon la procédure prévue à l'article 905 du CPC, alors que l'appel ordinaire suit la procédure prévue aux articles 902 et suivants du CPC. On note des variations jurisprudentielles, certaines cours d'appel faisant application de l'article 905, d'autres plutôt du droit commun. Le projet de réforme de l'appel résoudra cette difficulté, en intégrant les décisions rendues en la forme des référés dans le champ de l'article 905 du CPC. Il envisage d'instaurer un délai de deux mois pour l'appelant pour conclure à peine de caducité de la déclaration d'appel, et un délai de deux mois pour l'intimé pour conclure à peine d'irrecevabilité...

VII. LES PIÈGES DE LA PROCÉDURE D'APPEL

L'actualité relative à la *procédure d'appel* mérite quelques précisions. Les appels sont nombreux en matière familiale, le plus souvent avec représentation obligatoire par avocat. Depuis le décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009, les obligations procédurales mises à la charge des parties se sont multipliées et sont sévèrement sanctionnées par la caducité ou l'irrecevabilité. Par exemple, dans un arrêt de la deuxième chambre civile du 19 février 2015 (Cass. 2^e civ., 19 févr. 2015, n° 14-11551), la caducité de la déclaration d'appel a été prononcée sur le fondement de l'article 908 du CPC : l'avocat de l'appelant avait déposé des conclusions et s'était trompé de numéro RG. Il avait indiqué celui que portait l'affaire devant le JAF au premier degré, ce qui avait empêché de les enregistrer dans le bon dossier dans le délai de trois mois. Une réforme de la procédure d'appel est en cours, et dans l'avant-projet de décret, il est prévu que le délai de trois mois passera à quatre mois. À peine d'irrecevabilité, l'intimé doit conclure,

former appel incident, remettre ses conclusions au greffe de la cour d'appel et les notifier à l'avocat constitué de l'appelant dans les deux mois à compter de la notification des conclusions de l'appelant (CPC, art. 909 : ce délai passera également à quatre mois). Dans une procédure ayant donné lieu à un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 16 décembre 2015 (Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 2015, n° 14-24642), un JAF avait statué sur l'exercice de l'autorité parentale et la résidence de l'enfant. Un appel avait eu lieu, et l'intimé avait développé des conclusions en réponse, au-delà du délai de deux mois prévu à l'article 909 du CPC. Or, le conseiller de la mise en état n'avait pas relevé d'office l'irrecevabilité des conclusions, et l'appelant n'avait pas saisi le conseiller du prononcé de l'irrecevabilité. La cour d'appel avait donc statué au vu des conclusions pourtant théoriquement irrecevables de l'intimé. L'appelant avait ensuite fait un pourvoi en cassation en invoquant le moyen selon lequel la cour d'appel aurait dû relever d'office l'irrecevabilité. La Cour de cassation répond qu'il n'avait pas usé de la faculté de saisir le conseiller de la mise en état de l'irrecevabilité des conclusions, et qu'il n'est donc pas recevable à invoquer ce grief devant la Cour de cassation.

Avocats, vérifiez bien votre assurance professionnelle, et surtout, quand vous faites appel, restez connectés. Il faut surveiller les avis du greffe et instaurer un échéancier bien strict pour respecter les délais afin d'éviter une caducité, qui risque d'être une sanction irrémédiable. En effet, la question se pose de savoir, quand un appelant principal est caduc, s'il peut réitérer son appel dès lors que le jugement n'a pas été signifié. Pour l'instant, la réponse est positive. En revanche, l'intimé incident qui a omis de faire un appel incident dans le délai de l'article 909 du CPC et qui est irrecevable ne peut pas faire d'appel principal en raison d'une décision de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 4 décembre 2014 (Cass. 2^e civ., 4 déc. 2014, n° 13-25684). Malheureusement, la réforme risque de prévoir que tout appelant caduc, tout intimé irrecevable ne pourra plus former un appel principal, même si le jugement n'a pas été signifié.

Monsieur le président du CNB nous a précisé que l'avocat avait un rôle important à jouer en matière familiale : sur le plan strictement procédural, la présence de l'avocat s'avère même être une impérieuse nécessité tant la matière est une source de nombreux pièges !

ACTUALITÉ JURIDIQUE ET JUDICIAIRE DE LA FAMILLE EN 2015

Nouvelles difficultés pour anticiper le droit de la famille 261m3

L'essentiel

L'actualité du droit extrapatrimonial de la famille pour l'année 2015 laisse percevoir combien il peut être difficile d'anticiper et de comprendre son évolution. Le droit de la famille se complexifie en raison de la très grande profusion des sources, de la difficulté de saisir les valeurs qu'il porte, et de l'évolution de ses modèles.



Par
Anne-Marie LEROYER
Professeure à l'école
de droit de la Sorbonne
(Paris 1)

Madame la Ministre, Monsieur le président, Mesdames, Messieurs, je suis évidemment très heureuse de vous retrouver à nouveau cette année sur ce thème difficile de l'anticipation.

Puisqu'il s'agit d'aborder ce thème de l'anticipation, mon ouverture est toute faite : il est impossible aujourd'hui d'anticiper en droit de la famille !

En effet, l'anticipation est difficile et ce pour diffé-

rentes raisons, quel que soit le prisme par lequel est saisie l'actualité du droit extrapatrimonial de la famille pour cette année 2015.

Il est impossible d'anticiper, en raison du désordre manifeste des sources du droit. Il est impossible d'anticiper, car on ne sait plus bien quelles sont les valeurs qui président à l'élaboration du droit de la famille, en particulier quelle est la place exacte des valeurs d'égalité et de liberté. Enfin, il est plus que délicat de comprendre quels sont les grandes évolutions du droit de la famille, car on pouvait croire certains modèles disparus, comme le mariage, ou la filiation fondée sur la procréation charnelle, mais ces derniers sont plus que présents. C'est la raison pour laquelle nous allons essayer de nous attaquer à ces trois mouvements, les sources, les valeurs, les modèles, trois façons d'aborder l'actualité du droit de la famille de l'année 2015.

I. LES SOURCES DU DROIT DE LA FAMILLE

Il faut constater à la fois le signe d'un fort désengagement du législateur, la très grande diversité des décisions de jurisprudence qui manquent de cohérence et de nouvelles méthodes à la disposition des juges, tels le contrôle de proportionnalité, dont il est difficile de mesurer la portée.

1. Est ainsi un signe manifeste du désengagement du législateur, l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015, portant simplification et modernisation du droit de la famille. Voilà ce qui apparaît en guise de simplification à l'article 494-1 nouveau du Code civil : « Lorsqu'une personne est hors d'état de manifester sa volonté pour l'une des causes prévues à l'article 425, le juge des tutelles peut habiliter une ou plusieurs personnes choisies parmi ses

proches au sens du 2 et 1 de l'article 1^{er} de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015, à la représenter ou à passer un ou des actes en son nom, dans les conditions, et selon les modalités prévues à la présente section, et à celle du titre 7 du livre III ». C'est dire qu'il ne faut pas moins de trois renvois pour comprendre le sens d'un texte par ailleurs censé avoir pour objet la protection des plus vulnérables. Cela se passe de commentaire !

2. La jurisprudence n'est souvent guère plus lisible. D'abord, parce qu'il y a une telle profusion de décisions, tant au plan européen qu'intérieur, qu'il devient presque impossible de les connaître toutes.

Il est vrai que l'on est habitué désormais à lire les décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), particulièrement prolixe en droit de la famille sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (Convention européenne). Ainsi, s'agissant du couple, la CEDH est toujours aussi vigilante pour rappeler que le mariage n'est valable qu'à la condition qu'un âge minimal légal soit respecté et elle n'admet pas la validité d'un mariage célébré avec une mineure de 14 ans. Elle l'a ainsi énoncé, dans une décision du 8 décembre 2015 (CEDH, 8 déc. 2015, n° 60119/12, Z.H. et R.H. c/ Suisse), où était en cause la validité d'un mariage conclu par des époux de nationalité afghane en Iran, l'épouse étant âgée de 14 ans. La CEDH est aussi assez constante sur le statut des couples de même sexe. L'Italie a ainsi été condamnée dans une décision du 21 juillet 2015, *Orioli c/ Italie* (CEDH, 21 juill. 2015, n° 18776/11) pour ne pas proposer de statut, tel un partenariat à ces couples, ce qui conduit le pays à tenter à grand-peine une réforme. En ce qui concerne la filiation, il est assez intéressant de voir que la CEDH met souvent en avant la vérité biologique. C'est notamment le cas dans sa jurisprudence relative à la gestation pour autrui. On sait ainsi qu'à la suite des arrêts *Mennesson* (CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11) et *Labassée* (CEDH, 26 juin 2014, n° 65941/11), la paternité doit pouvoir être établie dès lors qu'elle est fondée sur la vérité biologique, alors que rien n'est dit précisément de la maternité d'intention. Dans la même ligne s'inscrit l'affaire *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, du 7 janvier 2015 (CEDH, 7 janv. 2015, n° 25358/12), où le couple d'Italiens qui avait eu recours à une gestation pour autrui en Russie, alors que ni l'homme, ni la femme n'avait de lien biologique avec l'enfant, n'a pu obtenir la condamnation de l'Italie, au motif que les juges italiens avaient refusé la transcription de l'acte de naissance de l'enfant sur les registres d'état civil. L'absence de lien biologique entraîne l'absence de lien juridique de filiation. Cette prépondérance de la vérité biologique se vérifie aussi dans le contentieux relatif à l'expertise

NDA : Le style oral de la conférence a été conservé.

biologique. La jurisprudence de la Cour de cassation se trouve en quelque sorte confortée par cette décision de la CEDH du 2 juin 2015 *Cannone c/ France* (CEDH, 2 juin 2015, n° 22037/13). Il s'agissait de savoir quelles conséquences pouvaient être tirées du refus de se soumettre à l'expertise biologique. La CEDH considère qu'un refus corroboré par d'autres éléments de preuve doit pouvoir permettre au juge d'en tirer comme conséquence la paternité de l'homme qui s'y refuse. Concernant l'autorité parentale, la CEDH a statué dans pléthore de décisions, relativement au respect du droit des pères. Le 30 juin 2015, dans l'affaire *Khoroshenko c/ Russie* (CEDH, 30 juin 2015, n° 41418/04), la Russie est condamnée sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne, pour ne pas avoir respecté le droit à la vie familiale d'une personne incarcérée. Sur ce terrain, il n'est pas certain que notre jurisprudence interne relative au droit de visite des pères détenus soit tout à fait conforme à cette solution, même si évidemment, le droit russe est beaucoup moins protecteur des détenus que le droit français. Il faut aussi relever une décision de la CEDH du 15 janvier 2015, *Kuppinger c/ Allemagne* (CEDH, 15 janv. 2015, n° 62198/11), où la Cour, condamnant l'Allemagne sur le fondement de l'article 8, rappelle qu'il convient de respecter les décisions relatives à l'autorité parentale qui accordent un droit de visite et d'hébergement au père. Enfin, dans un arrêt du 16 juillet 2015, *Nazarenko c/ Russie* (CEDH, 16 juill. 2015, n° 39438/13), la CEDH considère que la Russie a violé l'article 8 en ne permettant pas à un homme dont la paternité a été contestée avec succès de maintenir des liens familiaux avec l'enfant qu'il avait élevé depuis plusieurs années. Dans un autre domaine, la CEDH est aussi vigilante au maintien des liens de l'enfant avec ses grands-parents, comme en atteste la décision du 20 janvier 2015, *Manuello et Nevi c/ Italie* (CEDH, 20 janv. 2015, n° 107/10) où les autorités italiennes sont condamnées parce qu'elles n'ont pas pris toutes les mesures pour permettre aux grands-parents de voir leur petite-fille, alors qu'ils en ont été empêchés pendant douze ans, en dépit de leurs efforts répétés pour maintenir le lien familial.

En matière familiale, il faut aussi se saisir également des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne, qui construit, au prisme de la libre circulation et de l'égalité de traitement, un droit européen de la famille. Ces décisions n'ont toutefois pas toujours la portée qu'elles devraient avoir, comme en témoigne une controverse récente en droit social sur le jeu de la bonification d'ancienneté concernant les droits à pension de retraite des fonctionnaires. La Cour de justice de l'Union européenne, dans l'arrêt *Leone* du 17 juillet 2014 (CJUE, 17 juill. 2014, n° C-173/13), avait considéré que la législation française attribuant une bonification de retraite aux parents qui s'étaient arrêtés de travailler pendant deux mois consécutifs constituait une discrimination indirecte fondée sur le sexe, à partir du moment où statistiquement, ces deux mois étaient pris par les femmes, en vertu du congé maternité obligatoire. Cette législation avait donc été considérée comme contraire aux principes d'égalité entre l'homme et la femme du point de vue des droits sociaux. Mais statuant sur cette même question, le Conseil d'État n'a pas suivi la position de la Cour de justice. Dans une décision du 27 mars 2015 (CE, 27 mars 2015, n° 372426), le Conseil d'État considère que la loi accordant une bonification aux fonctionnaires qui se sont arrêtés de travailler deux mois

consécutifs, bien qu'elle soit applicable statistiquement de manière évidemment plus importante pour les femmes, ne constitue pas une discrimination indirecte fondée sur le sexe, parce qu'elle est justifiée par un objectif légitime de politique sociale, qu'elle est propre à garantir cet objectif et nécessaire à cet effet. Outre que cette position du Conseil d'État force à une interrogation sur la cohérence des sources du droit, elle soulève aussi une question de fond sur les moyens choisis pour promouvoir l'égalité. Car il nous semble que la solution en faveur de l'égalité ne serait pas d'accorder une bonification aux femmes parce qu'elles s'arrêtent de travailler pour élever leurs enfants, mais de voir quelle politique sociale devrait être mise en place pour inciter les hommes à faire de même !

3. Le dernier point sur lequel il convient d'attirer l'attention est celui des méthodes du juge et en particulier du contrôle de proportionnalité. On sait qu'une des premières décisions de la Cour de cassation mettant en œuvre le contrôle de proportionnalité sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne, a été celle du 4 décembre 2013 relative à l'inceste (Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2013, n° 12-26066). La nullité du mariage entre un beau-père et sa belle-fille est écartée, compte tenu de la longue durée du mariage. Un tel contrôle a aussi été effectué dans une décision du 13 novembre 2014 où la Cour de cassation s'interroge sur la recevabilité d'une demande d'expertise aux fins de connaître son ascendance génétique (Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2014, n° 13-21018). Sur le fondement de l'article 8, une telle recevabilité est subordonnée par la Cour à la mise en cause des ayants droit du défunt. Assurément la décision est curieuse. Il s'agissait d'un enfant dont la filiation paternelle était établie et incontestable, mais qui voulait faire la lumière sur son père biologique alors décédé. Comme il ne s'agissait pas de contester ou de faire établir la filiation, les conditions de l'article 16-11 du Code civil n'étaient pas réunies. Pourtant, est soulignée l'importance de l'atteinte résultant de l'interdiction d'avoir accès à son ascendance pour un enfant dont la filiation est par ailleurs établie à l'égard d'un homme qui n'est pas son père biologique. Une autre décision sous-tendue par ce contrôle de proportionnalité est celle du 10 juin 2015 (Cass. 1^{re} civ., 10 juin 2015, n° 14-20790). Dans cette affaire, la filiation paternelle établie n'est plus contestable, une possession d'état de plus de cinq ans conforme au titre étant constatée. Mais il est demandé au ministère public de contester la filiation, afin de pouvoir en établir une autre conforme à la vérité biologique et de surcroît emportant des conséquences successorales, le père biologique étant décédé. Alors que la cour d'appel avait rejeté l'action du ministère public sur le fondement de l'article 336 du Code civil, les conditions n'étant pas remplies, la Cour de cassation effectue une cassation disciplinaire pour défaut de réponse aux conclusions des parties qui faisaient valoir qu'un juste équilibre devait être ménagé dans la mise en œuvre de l'article 8 entre le droit revendiqué par l'enfant de voir établir sa filiation, et les intérêts des enfants de ce père biologique. Autrement dit, au regard de l'article 8, aurait dû être apprécié, d'une part, l'intérêt de l'enfant de voir établie sa filiation et, d'autre part, l'intérêt des autres enfants au plan successoral. L'ensemble de ces décisions atteste, s'il en était besoin, la difficulté nouvelle de prévoir les solutions juridiques en matière de filiation. Mais les juges ne pourront désormais se passer de faire ce contrôle, comme l'a rappelé la CEDH qui a condamné la France

dans un arrêt *Henrioud* du 5 novembre 2015 (CEDH, 5 nov. 2015, n° 21444/11), considérant que la prescription d'une action relative à un retour d'enfant était trop rigoureuse au regard des conséquences très graves et délicates que pouvait avoir cette solution sur les personnes concernées.

II. LES VALEURS DU DROIT DE LA FAMILLE

Il est classique de penser que le droit de la famille est sous-tendu, dans son évolution au cours des principales réformes des XX^e et XXI^e siècles, par une forte philosophie individualiste prônant des valeurs d'égalité et de liberté. Égalité entre les enfants depuis les lois de 1972 et 2001, entre les époux avec celles de 1965 et 1985, entre les couples principalement avec la loi de 2013. Liberté encore de divorcer (1975), de s'accorder sur l'autorité parentale (2002), de choisir son régime matrimonial, de faire plus de libéralités (2001, 2006). On aurait donc pu penser que ces deux valeurs continueraient de présider aux actuelles évolutions du droit de la famille, mais il est intéressant de relever qu'elles se trouvent souvent face à des fortes résistances et difficiles à articuler.

Ainsi, en matière d'égalité, on peut noter une certaine difficulté à promouvoir l'égalité réelle du père et de la mère quant à leur rôle et leur place au sein de la famille. On sait ainsi que c'est afin de modifier les rôles sociaux fondés sur le genre, qu'a pu être créé le congé de paternité et qu'a été modifié récemment le congé parental. Ces mesures sont destinées à inciter les pères à s'investir dans l'éducation des enfants, afin de libérer les mères et leur permettre de retourner plus aisément sur le marché du travail. Ces mesures prises laissent toutefois de côté la question prégnante de l'exercice effectif du droit des pères en matière d'autorité parentale. D'après une enquête réalisée en 2012 par le ministère de la Justice, en cas de divorce, la résidence chez la mère est prononcée dans 69 % des décisions prises par le juge aux affaires familiales, la résidence en alternance dans 21 % des situations, et la résidence chez le père dans 6 % des cas (Carrasco et Dufour, 2015). Pourtant la nécessité d'assurer cet exercice est rappelé de manière fréquente par la CEDH, comme dans cette décision du 2 avril 2015, *Ribic c/ Croatie* (CEDH, 2 avr. 2015, n° 27148/12), où la violation de l'article 8 est constatée, les autorités n'ayant pas pris les mesures nécessaires pour rendre effectif le respect de la vie familiale qui imposait le respect du droit du père en matière d'autorité parentale. Ce respect peut également conduire à retenir une faute cause de divorce lorsque la mère n'informe pas le père de son état de grossesse et le prive ainsi « d'une tranche de vie qu'il était justifié de considérer comme essentielle pour un futur père » (CA Poitiers, 14 janv. 2015, n° 14/02361 – v. aussi CA Versailles, 22 janv. 2015, n° 13/09492).

Il n'en reste pas moins des situations dans lesquelles le père n'assume ni l'établissement de la filiation qui sera judiciaire, ni l'exercice effectif de l'autorité parentale. Les juges trouvent alors d'autres moyens de consacrer la présence symbolique du père auprès de l'enfant, comme en témoigne cette décision de la Cour de cassation à propos du nom (Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2015, n° 14-20417). À la suite d'un établissement judiciaire de paternité, l'enfant demande à porter le nom de son père. Ce dernier s'y opposant, les juges vont considérer qu'il est toutefois de l'intérêt de l'enfant de porter le nom de son père, quoiqu'il

refuse toute relation avec l'enfant, afin que ce dernier puisse être rattaché à ce père de manière apparente et symbolique.

S'agissant de la liberté en droit de la famille, la question du divorce et de la liberté de divorcer reste d'actualité. En atteste cette controverse autour du divorce pour altération définitive du lien conjugal, dont certains ont voulu faire juger qu'il était contraire aux articles 8 et 9 de la Convention européenne, car portant atteinte à la vie privée et familiale et à la liberté religieuse. La Cour de cassation a répondu à cette question par la négative dans un arrêt du 15 avril 2015 (Cass. 1^{re} civ., 15 avr. 2015, n° 13-27898) : « Le prononcé du divorce pour altération définitive du lien conjugal, qui implique une cessation de la communauté de vie entre des époux séparés depuis deux ans lors de l'assignation en divorce, ne peut être contraire aux dispositions de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Un peu en marge, se pose aussi la question du maintien du divorce pour faute, parce que si ce dernier a été conservé, reste à savoir si les juges lui donnent une effectivité en consacrant toujours avec la même prégnance les fautes causes de divorce. Or sur ce point, on peut constater une nette évolution, en particulier sur la fidélité. D'abord, parce que la Cour de cassation se réfugie toujours derrière l'appréciation de juges du fond pour admettre que la séparation de fait peut enlever tout caractère de gravité aux fautes (Cass. 1^{re} civ., 11 sept. 2013, n° 12-16862 – Cass. 1^{re} civ., 1^{er} avr. 2015, n° 14-12823). Ensuite, parce que les juges invoquent souvent plutôt que l'obligation de fidélité, l'obligation de respect ou même de loyauté attestant par là même d'une nouvelle inflexion de l'appréciation de la fidélité (v. par ex. CA Bourges, ch. civ., 9 juill. 2015, n° 14/01066, où en l'occurrence la faute est admise. Les juges du fond considèrent que « le comportement du mari et le temps passé par ce dernier devant son ordinateur démontrent à tout le moins son désintérêt et son manque de respect pour son épouse. Quant aux conversations osées de celui-ci avec d'autres femmes, elles caractérisent un défaut de loyauté de l'appelant vis-à-vis de celle-ci et des obligations du mariage »). Enfin, la libéralité du divorce soulève encore la question du maintien de l'article 266 relatif aux dommages et intérêts. Largement critiquée dans l'application qui en est parfois faite par les juges du fond, la disposition n'a de sens que si elle est très nettement distinguée de celle de l'article 1382. C'est ce que rappelle la Cour de cassation dans un arrêt du 15 avril 2015 (Cass. 1^{re} civ., 15 avr. 2015, n° 14-11575).

III. LES MODÈLES DU DROIT DE LA FAMILLE

L'actualité du droit de la famille force aussi à s'interroger sur l'évolution de ses modèles. C'est ainsi que pourraient être décrites plusieurs évolutions : celle d'un droit prônant la primauté du modèle matrimonial, vers un droit admettant la pluralité des modèles conjugaux, celle d'un droit fondé sur une autorité parentale uniquement dévolue aux père et mère, vers un droit accueillant les multiples formes de parentalité (homoparentalité et la beau-parentalité), ou encore celle d'un droit prônant le modèle de la filiation fondé sur la procréation charnelle à celui plus ouvert d'une filiation fondée sur la volonté. Ces évolutions du mariage à la conjugalité, avec l'émergence d'un droit

commun des couples, de l'autorité parentale à la parentalité, de la filiation fondée sur la procréation charnelle à celle fondée sur la volonté ne sont cependant pas véritablement abouties.

On ne reviendra pas sur les étapes de l'élaboration d'un droit commun des couples et l'alignement progressif du pacte civil de solidarité sur le mariage. Ce qui est intéressant, c'est de constater que ce droit commun peine désormais à s'élaborer. En atteste cette décision de la chambre criminelle du 24 juin 2015 (Cass. crim., 24 juin 2015, n° 14-88175) sur le délit d'abandon de famille. La question prioritaire de constitutionnalité suivante était posée à la Cour : « L'article 227-3 du Code pénal est-il conforme au principe constitutionnel d'égalité devant la loi pénale consacré par les articles 1^{er} et 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, en ce qu'il permet la condamnation pénale de toute personne n'exécutant pas une décision judiciaire ou une convention judiciairement homologuée lui imposant de verser au profit d'un enfant mineur, d'un descendant, d'un ascendant ou du conjoint une pension, une contribution, des subsides ou des prestations de toute nature dues en raison de l'une des obligations familiales prévues par le Code civil, à l'exclusion des obligations familiales dues entre partenaires liés par un pacte civil de solidarité ? » À cette question, la Cour de cassation répond notamment qu'elle ne présente pas de caractère sérieux « dès lors que le législateur a pu, sans méconnaître le principe d'égalité devant la loi pénale, instituer pour le mariage et le pacte civil de solidarité, qui relèvent du libre choix des personnes concernées, des régimes distincts comportant des conséquences juridiques différentes ». Ce n'est pas la première fois que l'accent est ainsi mis sur les régimes nécessairement distincts de ces deux modes de conjugalité, comme si désormais un coup d'arrêt était mis à leur alignement progressif.

L'évolution de l'autorité parentale vers la parentalité passe par la prise en considération des tiers, spécialement dans les familles homoparentales ou recomposées. Cela étant dit, elle reste encore très embryonnaire. Nulle réforme n'est venue consacrer les droits de tiers dans ces familles, en dépit de propositions de lois en ce sens l'an dernier, de sorte que le juge se sert des outils actuellement disponibles dans le Code civil, que sont le droit aux relations personnelles de l'article 371-4, alinéa 2, ou la délégation partage de l'autorité parentale des articles 377 et 377-1. Mais ces outils ne sont pas toujours bien adaptés. Les difficultés apparaissent bien évidemment lorsque les couples se séparent. En effet dans beaucoup de décisions, le droit de visite sollicité par l'ancienne compagne ou partenaire de la mère n'est pas accordé motif pris de la détérioration des relations entre les deux femmes qui rendraient les relations de cette compagne ou partenaire avec l'enfant contraire aux intérêts de ce dernier (CA Besançon, 13 août 2015, n° 1401821 – CA Nancy, 6 juill. 2015, n° 1501585 – CA Bourges, 16 juill. 2015, n° 1401225). Une telle jurisprudence véhicule l'idée qu'il appartient en réalité à la mère de décider de l'existence ou non de ces relations, parce que c'est elle qui peut être à l'origine de la dégradation des liens avec son ancienne compagne ou partenaire. Reste alors l'outil de la délégation partage, dont la jurisprudence a admis l'utilisation en cas de séparation, mais qui, précisément, nécessite le consentement

des deux femmes. Ainsi a pu être admise la délégation partage de l'autorité parentale à l'ex-partenaire de la mère, délégation jugée conforme à l'intérêt des enfants élevés en harmonie depuis leur naissance résultant d'un projet parental commun des deux femmes (CA Paris, 11 juin 2015, n° 14/22239). Il semble ressortir de cet ensemble de décisions de jurisprudence sur l'article 371-4 et sur la délégation que l'accord entre la mère et sa compagne ou partenaire est une condition générale de mise en œuvre des textes. Mais si c'est le cas, il faudrait le dire clairement et c'est le rôle de la loi. En tout état de cause, cela n'empêchera pas de devoir prévoir tout aussi clairement des solutions qui permettent de résoudre les conflits en cas de séparation un peu plus efficacement que celles qui sont pour l'heure adoptées.

Enfin, un dernier point doit être fait sur l'évolution des fondements de la filiation. Alors qu'était affirmée la pluralité des fondements de la filiation, notamment entre le biologique et le volontaire, il faut constater aujourd'hui une tendance assez nette des juges à faire prévaloir le premier. Deux exemples en attestent : l'expertise génétique et la gestation pour autrui. Sur le premier, on connaît la jurisprudence de la Cour de cassation ayant affirmé que l'expertise était de droit, sauf motif légitime de s'y soumettre. La discussion a pu porter ensuite sur la notion de motif légitime et, après avoir été un peu ouverte, la jurisprudence est revenue à une conception stricte de ces motifs. C'est ainsi que « ni l'intérêt de l'enfant, ni le caractère tardif de l'action engagée par le père potentiel, ni l'absence de preuve de relation intime avec la mère pendant la période légale de conception ne constitue un motif légitime de se soumettre à l'expertise » (Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 2015, n° 13/28256). Sur l'expertise, les juges ont pu rappeler encore que toutes conséquences peuvent être tirées du refus de s'y soumettre dès lors que ce refus est corroboré par d'autres éléments de preuve de la paternité (CEDH, 25 juin 2015, n° 22037/13, Canonne c/ France).

Le second exemple concerne la gestation pour autrui. Tirant les conséquences des arrêts *Menesson* et *Labassée* condamnant la France, la Cour de cassation a, en assemblée plénière, le 3 juillet 2015, dans deux arrêts (Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21323 – Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n° 15-50002), considéré, au visa de l'article 47 du Code civil, que l'existence d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger ne suffisait pas à interdire la transcription des actes de naissance des enfants ainsi conçus, dès lors que ces actes n'étaient ni irréguliers, ni falsifiés et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité. On pouvait donc comprendre que la transcription devait donc être admise, à tout le moins en ce qui concerne une filiation paternelle mentionnée sur l'acte de naissance, censée correspondre à la réalité biologique. La cour d'appel de Rennes le 28 septembre 2015 a été plus loin, en semblant conditionner la transcription de l'acte de naissance à la preuve de la conformité de cet acte à la vérité biologique, et donc à la preuve par le père de sa paternité biologique (CA Rennes, 28 sept. 2015, n°s 14/07321 et 14/05537).

ACTUALITÉ JURIDIQUE ET JUDICIAIRE DE LA FAMILLE EN 2015

Actualité du droit patrimonial de la famille 260m4

L'essentiel

Les rubriques phares du droit patrimonial se trouvent ici parcourues : le divorce, les régimes matrimoniaux, les successions et l'indivision ainsi que le partage.



I. LES ASPECTS PATRIMONIAUX DU DIVORCE

A. Actualité législative

Du côté des textes, il faut retenir évidemment l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015, qui modifie les pouvoirs liquidatifs du juge du divorce. Ce texte a été commenté par Natalie Fricéro, nous n'y reviendrons donc pas (v. N. Fricéro, « Aspects procéduraux du contentieux familial », *supra* p. 26).

Il faut mentionner un autre texte : la loi dite de « simplification » n° 2015-177 du 16 février 2015. Parmi les modifications opérées, cette loi modifie les conditions de révision des prestations compensatoires fixées sous forme de rentes viagères avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2000-596 du 30 juin 2000.

On sait que pour réviser la rente, deux critères sont retenus : *soit* le changement important dans les ressources ou besoins de l'une des parties, *soit*, en l'absence d'un tel changement, lorsque le maintien en l'état de la rente est de nature à procurer au créancier un avantage manifestement excessif.

La loi consacre ici la jurisprudence (Cass. 1^{re} civ., 11 mars 2009, n° 08-11211) sur les éléments à prendre en compte pour apprécier l'avantage manifestement excessif que la rente procure au créancier. Désormais, nous dit la loi, pour apprécier cet avantage, le juge doit prendre en compte, non seulement les critères posés par l'article 276 du Code civil, c'est-à-dire l'âge et l'état de santé du créancier, mais aussi « la durée du versement de la rente et le montant déjà versé ».

L'objectif est donc ici de faciliter la révision de ces prestations fixées avant la réforme de 2000, notamment afin qu'elles n'apparaissent pas disproportionnées par rapport à celles qui sont fixées aujourd'hui.

B. Actualité jurisprudentielle

Dans le contentieux du divorce, le contentieux de la prestation compensatoire occupe naturellement une place de premier choix.

Sur ce point, une question liminaire se pose : les époux peuvent-ils par avance renoncer à toute prestation compensatoire ?

En droit interne français, la réponse est bien connue. *Tant que la procédure de divorce n'est pas engagée*, les époux ne peuvent pas transiger sur leur droit futur à prestation compensatoire (Cass. 2^e civ., 21 mars 1988, n° 86-16598 : Bull. civ. II, n° 74 – Cass. 2^e civ., 10 mai 1991, n° 90-11008 : Bull. civ. II, n° 140 – Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2004, n° 01-17094 : Bull. civ. I, n° 30 – Cass. 1^{re} civ., 8 févr. 2005, n° 03-17923 : Bull. civ. I, n° 70 ; Dr. famille 2005, comm. 75, note V. Larribau-Terneyre). *Lorsque la procédure de divorce est engagée*, une renonciation à toute prestation compensatoire est possible, mais par le biais d'une convention, et cette convention, pour être efficace, doit être soumise à l'homologation du juge (Divorce par consentement mutuel : Cass. 2^e civ., 25 janv. 1984, n° 82-14595 : Bull. civ. II, n° 13 – Cass. 1^{re} civ., 10 févr. 1998, n° 96-11845 ; Divorce contentieux : C. civ., art. 268).

Mais qu'en est-il dans l'ordre international ? Qu'en est-il lorsque les époux sont soumis à une loi matrimoniale étrangère et que le divorce est soumis à la loi française ? Telle était la question posée à la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 8 juillet 2015 (Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2015, n° 14-17880). En l'espèce, les époux s'étaient mariés en Allemagne. Par contrat de mariage, ils avaient choisi le régime légal allemand et ils avaient exclu toute prestation compensatoire, comme le permet le droit allemand. Dix ans plus tard, les époux se séparent, et Madame demande le prononcé du divorce devant le juge français et réclame une prestation compensatoire.

Les juges du fond lui refusent la prestation compensatoire aux motifs qu'elle y avait renoncé dans son contrat de mariage. La Cour de cassation censure les juges du fond : « Il incombait à la cour d'appel de rechercher, de manière concrète, si les effets de la loi allemande n'étaient pas manifestement contraires à l'ordre public international français ».

Deux remarques rapides sur cet arrêt :

– *première remarque*. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel au visa de deux textes : le règlement n° 4/2009 (art. 15) relatif aux obligations alimentaires et le Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires (art. 8, 13 et 22). En visant ces deux textes, on a la confirmation qu'au regard du droit international privé et du droit de l'Union européenne, la prestation compensatoire revêt un caractère alimentaire ;

– *seconde remarque*. La portée de cet arrêt demeure incertaine. La Cour de cassation n'affirme pas *expressément* que toute renonciation anticipée à une prestation compensatoire est contraire à l'ordre public international français. Elle décide *seulement* que la cour d'appel devait rechercher, de façon concrète, si les effets de la loi allemande étaient manifestement contraires à l'ordre public international.

NDA : Le style oral de l'intervention a été conservé.

Autrement dit, à travers l'exception d'ordre public international, la Cour de cassation semble vouloir exercer un contrôle des contrats de mariage internationaux dans lesquels les époux auront fixés les conséquences financières de leur séparation. Par-là, la Cour de cassation veut peut-être s'assurer qu'une renonciation anticipée à une prestation compensatoire ne se trouve pas compensée par un autre mécanisme propre à la loi du régime matrimonial.

On le voit, il faudra donc attendre un autre arrêt de la Cour de cassation pour avoir un peu plus de certitudes sur cette question. Ce qui est bien dommageable au regard de l'exigence de prévisibilité juridique.

Venons-en désormais à la jurisprudence consacrée à la détermination de la prestation compensatoire.

Sur ce point, distinguons les deux temps de la prestation compensatoire :

- celui, d'abord, de l'appréciation du droit à prestation compensatoire : c'est-à-dire l'appréciation de la disparité dans les conditions de vies respectives des époux que provoque la rupture du mariage ;
- celui, ensuite, du calcul du montant de la prestation.

1. Le droit à prestation compensatoire

La date d'appréciation de la disparité

“ La disparité des conditions de vie respectives des époux s'apprécie au jour du prononcé du divorce ”

Par deux arrêts, la Cour de cassation rappelle cette règle de principe selon laquelle la disparité des conditions de vie respectives des époux s'apprécie au jour du prononcé du divorce.

Ce qui conduit à la distinction suivante :

– *premier arrêt*, rendu le 11 février 2015 (Cass. 1^{re} civ., 11 févr. 2015, n° 14-11871) : lorsque l'appel est limité à la prestation compensatoire, les juges d'appel ne peuvent pas se placer à la date où ils statuent pour apprécier la disparité entre les époux. Car le divorce est devenu définitif au jour du jugement de première instance ;

– en revanche, *second arrêt* du 4 mars 2015 (Cass. 1^{re} civ., 4 mars 2015, n° 13-28469), lorsque l'appel formé est général, c'est à la date où les juges d'appel statuent qu'ils doivent se placer pour apprécier la disparité.

Les deux solutions se fondent donc sur une même règle : la disparité dans les conditions de vie respectives des époux s'apprécie à la date où le divorce devient définitif.

L'appréciation de la cause de la disparité

Abordons maintenant la question de l'appréciation de la cause de la disparité.

Premier arrêt, rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation, le 1^{er} avril 2015 (Cass. 1^{re} civ., 1^{er} avr. 2015, n° 13-18846). En l'espèce, le mari s'était retrouvé en invalidité totale au cours du mariage, de sorte que le couple avait vécu essentiellement sur les ressources de l'épouse. À l'occasion de la procédure de divorce, Monsieur demanda une prestation compensatoire. Par un arrêt infirmatif, la cour d'appel n'accorda pas à l'ex-mari

une prestation compensatoire au motif que la disparité de revenus entre les époux avait pour origine son état de santé.

Le raisonnement des juges du fond est censuré par la Cour de cassation : dès lors que la disparité des conditions de vie respectives des époux se trouve révélée par la rupture du mariage, l'époux le moins loti a droit à prestation compensatoire.

Une solution similaire a été donnée dans un autre arrêt de la Cour de cassation du 15 avril 2015 (Cass. 1^{re} civ., 15 avr. 2015, n° 14-15721). En l'espèce, les époux étaient âgés tous deux de 51 ans et mariés depuis plus de quinze années. Au cours du mariage, le mari décida de cesser son activité professionnelle pour reprendre ses études et se lancer dans la rédaction d'une thèse de doctorat. Pendant cette période de plusieurs années, le couple vécut donc sur les salaires de la femme. À l'occasion du divorce, le mari demanda le bénéfice d'une prestation compensatoire, ce qu'il n'obtint pas devant les juges du fond aux motifs que la disparité des conditions de vie lui était imputable et que le doctorat qu'il avait entrepris lui donnerait de toute façon les moyens de compenser lui-même cette disparité.

Ici encore, la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel : dès lors que la rupture du mariage provoque une disparité dans les conditions de vie respectives des époux, l'époux le moins loti peut bénéficier d'une prestation compensatoire.

On perçoit bien la différence qu'il convient d'opérer entre l'appréciation du droit à prestation compensatoire (C. civ., art. 270) et le calcul du montant de cette prestation (C. civ., art. 271). Dans cette dernière affaire, les perspectives d'emploi et de salaires du mari ne pouvaient pas être prises en compte pour apprécier l'existence de la disparité, car cette disparité doit être appréciée au moment du divorce. En revanche, ces perspectives d'emploi et de salaires doivent être prises en compte pour fixer le montant de la prestation compensatoire. C'est pour ne pas avoir fait cette distinction que les juges du fond sont ici censurés.

Liens entre régime matrimonial et prestation compensatoire

Simplement, l'appréciation de cette disparité n'est pas toujours aussi évidente lorsque le régime matrimonial des époux entre en jeu. On le sait, la disparité à prendre en compte pour le droit à prestation compensatoire ne doit pas avoir pour origine le régime matrimonial des époux.

En pratique, il n'est cependant pas toujours aisé d'expliquer aux époux cette règle. Et il n'est pas rare d'observer, dans les décisions des juges du fond, que le choix du régime matrimonial justifie l'*octroi* ou la *refus* de la prestation compensatoire. Mais ici la Cour de cassation censure systématiquement ce raisonnement. En témoignent deux arrêts récents de la Cour de cassation.

Le premier arrêt a été rendu par la première chambre civile, le 8 juillet 2015 (Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2015, n° 14-20480).

En l'espèce, il s'agissait d'époux séparés de biens et la cour d'appel avait condamné le mari à régler une prestation compensatoire. Mais, dans son arrêt, la cour d'appel avait précisé que la prestation compensatoire « a notamment pour objet de corriger les injustices liées au jeu du régime séparatiste ».

La cassation était inévitable : comme le rappelle la Cour de cassation, « la prestation compensatoire n'a pas pour

objet de corriger les effets de l'adoption par les époux du régime de séparation de biens ». La cour d'appel ne pouvait donc pas se fonder sur le jeu du régime matrimonial pour justifier la disparité entre les époux.

Le raisonnement est similaire dans un autre arrêt, rendu par la première chambre civile, le 21 octobre 2015 (Cass. 1^{re} civ., 21 oct. 2015, n° 14-25316). Simplement, l'originalité tenait en l'espèce au fait que les époux étaient mariés sous la communauté universelle et que la communauté avait été constituée exclusivement par les apports faits par le mari.

Se fondant sur ce point, les juges du fond avaient cru bon de refuser à l'ex-épouse une prestation compensatoire au motif qu'elle était déjà bénéficiaire de la moitié de la communauté. Censure de la Cour de cassation : « Pour apprécier la disparité résultant de la rupture du lien conjugal, il n'y a pas lieu de tenir compte de l'origine des biens composant l'actif de la communauté ».

Ces deux solutions reposent sur le même fondement : la prestation compensatoire n'est pas destinée à égaliser les fortunes respectives des époux. Et pour reprendre les termes de Jean Hauser : « La prestation compensatoire n'est pas une session de rattrapage du choix hasardeux d'un régime matrimonial » (J. Hauser, RTD. civ. 2015, 857).

2. Le calcul du montant de la prestation compensatoire

Sur le terrain du calcul du montant de la prestation compensatoire, deux arrêts méritent l'attention.

Le premier arrêt porte sur les sommes à prendre en compte dans l'évaluation de la prestation compensatoire. Dans un arrêt du 14 janvier 2015 (Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 2015, n° 13-27319), la Cour de cassation rappelle une solution classique : les allocations familiales n'entrent pas dans l'assiette des revenus permettant de fixer la prestation compensatoire (v. en ce sens Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 2014, n° 13-26860 – Cass. 1^{re} civ., 6 juin 2012, n° 11-15410 – Cass. 1^{re} civ., 6 oct. 2010, n°s 09-68491 et 09-12718 – Cass. 2^e civ., 25 nov. 1999, n° 98-10555 – Cass. 2^e civ., 7 mai 2002, n° 00-21536 – Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2004, n° 03-10249 – Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 2005, n° 04-20131 – Cass. 1^{re} civ., 10 oct. 2012, n° 11-25610). Dans la mesure où les allocations sont destinées à bénéficier aux enfants et non à procurer un revenu au profit du parent qui les perçoit, les allocations n'ont pas à être prises en compte pour fixer le montant de la prestation.

Le second arrêt est un arrêt rendu par la cour d'appel de Bourges, le 29 janvier 2015 (CA Bourges, 29 janv. 2015, n° 14/00787), relatif à la question des barèmes de la prestation compensatoire. On ne s'étendra guère sur les faits. Il suffit de savoir qu'en première instance, le mari a été condamné au paiement d'une prestation compensatoire, évaluée à 20 000 €, alors que l'épouse demandait 80 000 €. En appel, l'ex-épouse s'appuyait sur plusieurs méthodes de calculs pour critiquer le montant retenu par le juge. Pour confirmer ce montant, la cour d'appel affirme que cette somme est « évaluée au regard des dispositions de l'article 271 du Code civil et non de tel schéma mathématique utilisé par l'appelante, qui ne résulte ni des textes ni de la jurisprudence ». Difficile d'être plus clair. Cette solution doit être approuvée tant les différentes méthodes aboutissent à des résultats qui varient du simple au quintuple. Simplement, cette solution pourrait être brisée si le législateur venait, dans un avenir plus ou moins proche, à

adopter un barème d'évaluation des prestations compensatoires (v. colloque du Haut conseil de la famille (HCF), 9 juin 2015 ; Rapp., « Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges », C. Tasca et M. Mercier, Rapport d'information n° 404 du Sénat).

II. LES RÉGIMES MATRIMONIAUX

A. Actualité législative

Du côté des textes, il faut souligner l'article 206 de la loi *Macron* n° 2015-990 du 6 août 2015 qui modifie l'article L. 526-1 du Code de commerce relatif à l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel.

Désormais, l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel ne nécessite plus une déclaration devant notaire. En cas de cession du bien, le prix de vente est également insaisissable sous condition de remploi dans le délai d'un an. La dispense ne concerne que la résidence principale, et non les autres biens fonciers toujours soumis à la condition d'une déclaration notariée.

B. Actualité jurisprudentielle

1. La communauté

– Composition des masses

Articulation de la communauté universelle avec les libéralités reçues par l'un des époux

Par deux arrêts, la Cour de cassation a eu à se prononcer sur l'articulation de la communauté universelle avec les clauses contenues dans des donations faites à l'un des époux (Cass. 1^{re} civ., 18 mars 2015, n° 13-16567 – Cass. 1^{re} civ., 23 sept. 2015, n° 14-18131).

Dans ces deux affaires, les faits étaient similaires : des parents avaient donné un bien à leur enfant en stipulant une clause d'inaliénabilité et une clause de retour en cas de prédécès de l'enfant donataire. Et dans chaque espèce, l'enfant donataire fit apport du bien donné à la communauté universelle constituée avec son conjoint.

D'où la question : ces clauses empêchent-elles le donataire de faire apport du bien donné à la communauté universelle ? La Cour de cassation décide que les clauses de droit de retour et d'inaliénabilité ne font « pas obstacle à l'entrée des biens donnés dans la communauté universelle ».

Deux observations :

D'une part, la solution est parfaitement justifiée. Car on ne voit pas qu'une entrée en communauté puisse être considérée comme une aliénation. Qui serait l'acquéreur, alors que la communauté n'a pas la personnalité morale ? Simplement, si les donateurs veulent également empêcher toute entrée du bien donné dans la communauté, il leur faut alors stipuler une clause d'exclusion de communauté, ce que prévoient les donations notariées.

Seconde observation, quel est le jeu de ces clauses en cas de dissolution du mariage ? En cas de décès de l'époux donataire, la clause de retour conventionnelle va produire son plein effet : la donation sera résolue rétroactivement. Mais *quid* en cas de dissolution du mariage par divorce ? La communauté devra être partagée. Et là, à qui pourra être attribué le bien ? Il y a sans doute ici une incertitude. Mais il est permis de penser que la clause d'inaliénabilité fera obstacle à l'attribution du bien au conjoint du donataire.

Car l'esprit de la clause interdit toute substitution d'un tiers au donataire.

– Administration et disposition des biens

Le régime applicable aux actions de sociétés

L'année 2014 avait été marquée par plusieurs arrêts importants sur le régime des parts sociales acquises en cours de mariage. Par trois arrêts, rendus le 12 juin (Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2014, n° 13-16309), le 22 octobre (Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 2014, n° 12-29265) et le 5 novembre 2014 (Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 2014, n° 13-25820), la Cour de cassation avait appliqué la distinction du titre et de la finance aux parts sociales. Elle en avait déduit que le conjoint associé avait seul qualité pour percevoir les dividendes auxquels les parts sociales, qu'il a acquises durant le mariage avec des fonds communs, lui donnent droit (arrêt du 5 novembre) et que cet époux pouvait disposer seul des parts sociales pendant l'indivision post-communautaire et que seule la valeur au jour du partage devait être portée à l'actif de la communauté.

Cette jurisprudence vaut-elle pour des actions ? Par un arrêt du 7 octobre 2015 (Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 2015, n° 14-22224), la première chambre civile de la Cour de cassation décide que « durant l'indivision post-communautaire, l'aliénation d'actions indivises par un époux seul est inopposable à l'autre, de sorte que doit être portée à l'actif de la masse à partager la valeur des actions au jour du partage », et non le prix de cession.

La solution peut étonner. Au cours du mariage, l'époux associé ne peut céder seul des parts sociales communes tandis que la négociabilité des actions lui octroie cette liberté. Pendant l'indivision post-communautaire, la solution s'inverse : pour les parts sociales, l'époux associé a le pouvoir de les céder seul tandis qu'une telle cession est inopposable au conjoint lorsqu'il s'agit d'actions de société.

2. La séparation de biens

La contribution aux charges du mariage

Un arrêt, rendu le 1^{er} avril 2015 (Cass. 1^{re} civ., 1^{er} avr. 2015, n° 14-14349), revient sur la question de la contribution aux charges du mariage en présence d'époux séparés de biens.

En l'espèce, le contrat de mariage des époux comportait la clause habituelle, selon laquelle les époux sont réputés avoir contribué au jour le jour aux charges du mariage et se dispensent de tout compte.

Dans notre affaire, les époux avaient acquis en indivision le logement de la famille dans les proportions de 2/3 pour le mari et de 1/3 pour la femme. À la suite du divorce, le mari a prétendu qu'il avait remboursé la quasi intégralité des échéances de l'emprunt, et, qu'à ce titre, il était créancier de son ex-femme.

La Cour de cassation rejette le pourvoi formé par l'ex-mari au motif que la clause du contrat de mariage sur la contribution aux charges s'y opposait.

Deux remarques :

D'une part, la Cour de cassation confirme sa jurisprudence (Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2013, n° 11-26933 – Cass. 1^{re} civ., 25 sept. 2013, n° 12-21892 – Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 2014, n° 13-23557), selon laquelle les dépenses relatives à

l'acquisition du domicile conjugal constituent des charges du mariage.

D'autre part, il est acquis que la clause relative à l'acquittement au jour le jour de la part contributive aux charges du mariage rend quasiment vaine toute possibilité de remboursement pour l'époux qui a financé au-delà de sa part, car les juges du fond estiment quasi systématiquement que la clause pose une présomption irréfragable.

Ce qui soulève une question : Est-il opportun de voir dans le financement du logement en régime séparatiste une modalité de contribution aux charges du mariage, comme le fait désormais couramment la Cour de cassation ? On peut en douter car une telle analyse aboutit à conférer aux revenus des époux séparés de biens une sorte de vocation communautaire.

À cette difficulté, la parade est connue : au jour de la rédaction du contrat de mariage, le notaire doit informer les parties sur les conséquences de cette clause et, le cas échéant, l'adapter à leurs volontés.

Calcul des intérêts des créances entre époux séparés de biens

“ À compter du jour où elle est déterminée en capital, la dette cesse d'être une dette de valeur pour devenir une dette ordinaire ”

Un important arrêt de la première chambre civile du 23 septembre 2015 (Cass. 1^{re} civ., 23 sept. 2015, n° 14-15428) vient trancher la problématique du point de départ des intérêts des créances entre époux.

La difficulté est la suivante : en présence d'une dette de valeur, la jurisprudence a dégagé un principe : une dette de valeur ne produit pas d'intérêts tant qu'elle n'est pas liquidée. Il en va ainsi pour les récompenses, les créances entre époux, mais aussi pour les indemnités de rapport et de réduction.

Simplement ce principe soulève une difficulté d'application : le jour de la liquidation, est-ce celui où l'on procède aux opérations de liquidation et de partage, ou est-ce celui où l'on se place pour déterminer son montant ? Par exemple, le mari séparé de biens vend après le divorce le bien qu'il a acquis grâce aux deniers de sa femme, la créance est-elle productive d'intérêts au jour des opérations de liquidation et partage ou au jour où il a aliéné, car c'est à ce jour que le montant en capital de la créance est déterminé ?

La Cour de cassation nous livre un attendu très clair : « Attendu que les intérêts d'une créance d'un époux séparé de biens, évaluée selon les règles de l'article 1469, alinéa 3, du Code civil, courent, lorsque le bien a été aliéné avant la liquidation, à compter du jour de l'aliénation, qui détermine le profit subsistant ».

La solution doit être approuvée. À compter du jour où elle est déterminée en capital, la dette cesse d'être une dette de valeur pour devenir une dette ordinaire. Elle doit donc à compter de ce jour être productive d'intérêts.

III. LES SUCCESSIONS

A. Actualité législative

Entrée en vigueur du règlement successions du 4 juin 2012

Du côté des textes, il faut naturellement retenir l'entrée en vigueur, le 17 août 2015, du règlement successions du 4 juillet 2012, instaurant un système commun aux États membres de l'Union européenne (à l'exception de l'Irlande, du Royaume-Uni et du Danemark) pour déterminer la loi applicable présentant un élément d'extranéité.

Ce texte vient bouleverser les règles applicables aux successions internationales.

Deux grandes nouveautés et une question :

– *première nouveauté*. Le règlement fait table rase du système scissionniste (loi de la dernière résidence habituelle pour la succession mobilière et loi de l'État du lieu de situation des immeubles pour la succession immobilière) au profit de l'unité : désormais la succession internationale est réglée par une seule loi, la loi de l'État où le défunt a sa résidence habituelle au moment de son décès, *quand bien même* il ne s'agirait pas d'un État membre ;

– *seconde nouveauté*. Le règlement européen ouvre la voie à la *professio juris* en permettant au *de cuius* de déterminer par avance la loi applicable à sa succession. Simplement, cette offre est limitée puisqu'il ne peut s'agir que de la loi nationale du *de cuius* ;

– *une question*. Selon le règlement, l'application de la loi d'un État désigné par le règlement peut être écartée si son application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for.

Que recouvre cet ordre public international qui conduit à écarter la loi désignée ? Plus particulièrement, la réserve héréditaire relève-t-elle de l'ordre public international ? Par exemple, le juge français peut-il évincer la loi désignée par le règlement au motif que cette loi ne connaît pas l'institution de la réserve ? La question est débattue en doctrine.

Simplification du droit des successions

En outre, la loi de simplification n° 2015-177 du 16 février 2015 est venue modifier à plusieurs égards le droit des successions et des libéralités. Cinq modifications ont été opérées.

Première disposition : la limitation de la successibilité au sixième degré pour les collatéraux ordinaires. Au lendemain de la réforme du 3 décembre 2001, on a pu s'interroger sur le point de savoir si la limitation de la vocation successorale au sixième degré, prescrite par le nouvel article 745 du Code civil, valait pour tous les collatéraux, privilégiés ou ordinaires, dès lors que ce texte, à la différence de l'ancien article 755, ne faisait plus la distinction. C'est donc en vue de lever cette incertitude que la loi du 16 février 2015 modifie l'article 745 du Code civil en précisant que la limitation de la successibilité au sixième degré ne s'applique qu'aux collatéraux ordinaires. Comme il en fut toujours ainsi, les collatéraux privilégiés ne subissent donc aucune limitation de degré quant à leur vocation héréditaire.

Deuxième disposition : l'allongement de la liste des actes n'emportant pas acceptation tacite. Dans le souci d'éviter toute discussion sur la nature de certains actes, l'article 784, issu de la réforme de 2006, dresse une

liste d'actes excluant par eux-mêmes toute acceptation tacite : le paiement des dettes et charges successorales urgentes, le recouvrement des revenus, la vente des biens périssables, ou encore les actes destinés à éviter l'aggravation du passif successoral. La loi du 16 février 2015 ajoute à cette liste « les actes liés à la rupture du contrat de travail du salarié du particulier employeur décédé, le paiement des salaires et indemnités dus au salarié ainsi que la remise des documents de fin de contrat » (C. civ., art. 784, al. 3, 4°). Cette disposition s'imposait-elle ? Sans nul doute est-ce de nature à éviter toute hésitation de la part des héritiers et du notaire pour régler les salaires des salariés du défunt qui exerçaient leurs fonctions à son domicile, ainsi qu'éventuellement pour procéder à leur licenciement. Mais on peut souligner que le caractère conservatoire de ces actes ne prête guère à discussion.

Troisième disposition : l'extension du droit d'attribution préférentielle à certains objets mobiliers. On avait relevé que l'article 831-2, issu de la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001, ne permettait l'attribution préférentielle que du local d'habitation ou professionnel, ainsi que des objets mobiliers le garnissant. Était donc exclu de l'attribution préférentielle le véhicule du défunt. Ce qui était fort regrettable tant on sait que le véhicule peut s'avérer indispensable au maintien des conditions de vie de l'attributaire, particulièrement le conjoint survivant situé en zone rurale. La loi du 16 février 2015 remédie donc à cette difficulté en permettant à l'attributaire du local d'habitation ou du local professionnel de se faire également attribuer le véhicule, lorsque ce véhicule s'avère nécessaire pour ses besoins.

Quatrième disposition : la création d'un mode de preuve simplifié de la qualité d'héritier pour les successions les plus modestes. La loi du 16 février 2015 est venue modifier l'article L. 312-1-4 du Code monétaire et financier afin de permettre aux successibles en ligne directe d'appréhender les avoirs bancaires du défunt d'un faible montant, sans qu'il leur soit nécessaire de procéder au préalable à l'établissement d'un acte de notoriété. Le but est ici d'instaurer un mode de preuve non onéreux de la qualité d'héritier pour les successions les plus modestes, ne comprenant aucun bien immobilier.

Enfin, *cinquième disposition nouvelle* : les testaments authentiques. La loi du 16 février modifie l'article 972 du Code civil afin d'élargir les possibilités de recours au testament authentique au profit de personnes ne parlant pas français ainsi qu'au profit des muets et des sourds et muets. S'agissant d'abord des testateurs ne maîtrisant pas la langue française, l'idée est ici de permettre au notaire qui ne comprend pas la langue du testateur de pouvoir néanmoins recevoir le testament authentique. Par quel moyen ? En sollicitant l'assistance d'un interprète choisi sur une liste d'experts judiciaires dressée par chaque cour d'appel. L'objectif est sans doute louable. Mais, à la réflexion, l'acte authentique en ressort affecté. Car le notaire va devoir se fier à ce que dit l'interprète. Il est donc difficile de dire que le notaire est encore le témoin privilégié des parties à l'acte. S'agissant ensuite des testateurs muets et sourds et muets, le formalisme de la dictée les empêchait de recourir au testament authentique. D'où ici certains assouplissements. D'une part, si le testateur est muet, le processus de confection du testament est le suivant : *primo*, le testateur rédige devant le notaire des

notes contenant ses dernières volontés puis les lui remet ; *secundo*, le notaire écrit lui-même le testament ; *tertio*, le notaire donne lecture du testament ainsi rédigé ; *quarto*, le testateur signe le testament. D'autre part, si le testateur est également sourd, l'article 972 prévoit que le testateur en prend connaissance en le lisant lui-même, après lecture faite par le notaire à destination des témoins ou de l'autre notaire.

B. Actualité jurisprudentielle

Renonciation au retour conventionnel et mise en œuvre du retour légal des père et mère

Par un arrêt du 21 octobre dernier, la Cour de cassation est venue préciser que la renonciation au droit de retour conventionnel par des parents donateurs était sans effet sur leur droit de retour légal.

En l'espèce, les père et mère avaient consenti à leur fille une donation et avaient stipulé une clause de retour conventionnel. Par la suite, les parents renoncèrent à leur droit de retour conventionnel. La fille décéda en 2008 en laissant pour lui succéder ses père et mère et un testament aux termes duquel elle léguait la totalité de ses biens à son frère et elle léguait à ses parents l'usufruit du bien donné.

Les père et mère, sans doute brouillés avec leur fils, invoquent la nullité du testament et le jeu de leur droit de retour légal institué par l'article 738-2 du Code civil.

La cour d'appel rejette la demande des parents, au motif qu'en renonçant au bénéfice de leur retour conventionnel, ils ont nécessairement renoncé à leur droit de retour légal.

Censure de la Cour de cassation : le droit de retour légal étant un droit de nature successorale, il ne peut y être renoncé avant l'ouverture de la succession. Il en résulte donc, en l'espèce, que les parents pouvaient naturellement prétendre au bénéfice de leur droit de retour légal.

La cause est renvoyée devant la cour d'appel de renvoi. On espère ici que la cour d'appel se prononcera sur l'assiette du droit de retour : l'article 738-2 énonce que le droit de retour joue à concurrence de la vocation légale des père et mère.

Recel successoral

Un arrêt du 9 septembre 2015 (Cass. 1^{re} civ., 9 sept. 2015, n° 14-18906) porte sur le recel successoral. La question posée était la suivante : lorsqu'un conjoint est usufruitier de l'ensemble de la succession, et que ce conjoint divertit certains biens de la succession, peut-il être considéré comme un receleur ? Pour la Cour de cassation, la réponse est négative.

Quelle en est la raison, la justification ? La qualification de recel suppose la dissimulation de biens de la succession en vue de rompre l'égalité du partage. Or, en l'espèce, le conjoint était usufruitier de toute la succession. Il n'y avait donc pas d'indivision entre la conjoint et l'enfant du *de cujus*. Et faute d'indivision, l'usufruitier ne peut commettre un recel au préjudice du nu-propriétaire.

La solution peut paraître cruelle pour l'enfant nu-propriétaire. Mais celui-ci peut agir sur d'autres fondements : assurément, la responsabilité civile, mais sans doute aussi les règles de l'usufruit. Car l'usufruitier qui dissimule ou détourne des biens au préjudice du nu-propriétaire abuse

de son droit. Or, en abusant de son droit, l'usufruit encourt la déchéance, comme le prescrit l'article 618 du Code civil.

Donation-partage et clause pénale

Par un arrêt du 16 décembre 2015 (Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 2015, n° 14-29285), la Cour de cassation s'est prononcée sur le jeu de la clause pénale en matière de donation-partage.

En l'espèce, une veuve avait consenti à ses deux filles et à son petit-fils, fils de sa troisième fille prédécédée une donation-partage, attribuant à chacun des biens pour partie à titre préciputaire et, pour le surplus, en avancement de part.

Après le décès de la donatrice en 2008, deux des donataires assignent le troisième bénéficiaire en nullité de la donation-partage au motif qu'ils auraient été victime d'un dol de la part de la donatrice. Selon eux, l'acte de donation serait mensonger en ce qu'il stipule que « la donatrice n'a consenti aux donataires aucune donation autre que celles ci-après ». Or, selon les requérants, la donatrice avait attribué des avantages antérieurement à la donation-partage : des retraits d'argent opérés au bénéfice du fils de la sœur assignée afin que celui-ci acquiert un appartement à Paris, et une assurance-vie souscrite deux mois avant la donation-partage au profit de la fille de la sœur assignée.

Leur action en nullité pour dol est rejetée par la cour d'appel et la Cour de cassation rejette le pourvoi. Elle estime qu'« après avoir retenu que le contrat d'assurance-vie souscrit par [la donatrice] au profit de [la fille de la descendante assignée] ne constituait pas une donation et que [le bénéficiaire des deniers retirés à la banque par la donatrice] n'était pas partie à la donation-partage, faute d'avoir la qualité de successible à l'égard de [la donatrice], la cour d'appel a souverainement estimé que ce contrat et les donations consenties à ce dernier, constituées par des retraits d'argent lui ayant permis d'acquérir un appartement, n'avaient pas à être mentionnés dans l'acte de donation-partage ; qu'en l'état de ces énonciations, dont il résulte que le silence gardé par [la donatrice] sur ces faits n'était pas constitutif d'un dol, l'arrêt se trouve légalement justifié ».

La négation du dol peut paraître critiquable tant il était manifeste, en l'espèce, que la donatrice avait menti à certains de ses enfants et que la teneur de ce mensonge avait un impact sur leur décision de consentir ou non au partage anticipé.

Mais l'affaire ne s'arrête pas là. En demandant la nullité, les enfants requérants se sont ensuite heurtés au jeu de la clause pénale, ainsi libellée : « La donatrice impose formellement aux donataires qui s'y soumettent, la condition de ne pas attaquer le présent partage anticipé. Et pour le cas où au mépris de cette condition, ce partage viendrait à être attaqué par l'un ou l'autre des donataires, pour quelque cause que ce soit, la donatrice déclare priver de toute part dans la quotité disponible de sa succession sur les biens compris aux présentes, celui ou ceux des donataires qui se refuseraient à son exécution, et faire donation à titre de préciput et hors part de ladite quotité disponible à celui ou ceux des donataires contre lesquels l'action serait intentée ; ce qui est accepté par chacun des donataires ».

Les juges du fond avaient fait application de la clause pénale à l'encontre des donataires qui avaient critiqué la

validité de la donation-partage. Cependant, la Cour de cassation censure cette analyse au visa de « l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ». Les juges du fond devaient « rechercher si l'application de cette clause n'avait pas pour effet de porter une atteinte excessive au droit d'agir en justice de M^{me} Z et de M. B [les requérants] ».

À l'avenir les clauses pénales, usuellement stipulées dans les donations-partages, seront sans doute contrôlées beaucoup plus rigoureusement par la Cour de cassation. Les juges du fond devront rechercher, au cas par cas, si la clause pénale ne constitue pas une atteinte excessive au droit d'agir en justice du demandeur. Sans doute, ici, les rédacteurs d'acte doivent dorénavant revoir la rédaction de ce type de clauses, notamment en limitant son application à quelques cas précis.

IV. L'INDIVISION

Licitation de biens indivis

Deux arrêts portent sur l'article 815-6 du Code civil, qui permet à un indivisaire de demander au président du tribunal de grande instance de prescrire toutes les mesures d'urgences que requiert l'intérêt commun. Cet article a été mobilisé dans deux arrêts (Cass. 1^{re} civ., 10 juin 2015, n° 14-18944 – Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 2015, n° 15-10978) pour autoriser un indivisaire à faire procéder à une licitation de biens de la succession afin d'acquitter les droits de succession.

Cette solution n'est pas nouvelle. Simplement, la particularité de ces deux espèces tient au fait qu'à chaque fois la mesure a eu pour effet de faire vendre une partie importante de l'actif successoral. D'où l'opposition de certains

héritiers : mobiliser l'article 815-6 ainsi revient à partager la succession. Rejet du pourvoi : la licitation de biens indivis ne réalise pas un partage puisque le prix de vente se substitue dans l'indivision aux biens vendus. Si la solution est justifiée, il faut néanmoins souligner qu'elle permet d'évincer la règle du partage en nature de l'indivision.

Articulation des règles de l'indivision et des procédures collectives (Cass. com., 2 juin 2015, n° 12-29405)

Que doit faire l'indivisaire créancier de l'indivision lorsque l'un de ses coindivisaires est en procédure collective ? Exemple : deux concubins achètent en commun un immeuble, à parts égales, mais seul l'un des deux finance l'acquisition. Peut-il agir en recouvrement de sa créance, alors que son coindivisaire est en redressement judiciaire ?

Sur cette question, on observait une divergence entre les chambres de la Cour de cassation : pour la première chambre civile, la créance de l'indivisaire est une créance qu'il détient contre l'indivision et non pas contre son coindivisaire. Conséquence : il ne lui est pas nécessaire de déclarer sa créance à la procédure collective de son coindivisaire.

La chambre commerciale décidait le contraire : elle contraignait l'indivisaire créancier à déclarer sa créance à la procédure collective.

Cette analyse était très critiquée en doctrine. Par cet arrêt du 2 juin 2015, la chambre commerciale se rallie à l'analyse de la première chambre civile : l'indivisaire, comme tout créancier de l'indivision, n'a donc pas à déclarer sa créance à la procédure collective de son coindivisaire.

Les Entretiens du Droit de la Famille 2016



Vendredi 3 juin 2016

La Maison des Polytechniciens
12, rue de Poitiers - Paris 7^e

-15%
offre spéciale
abonnés
Gazette du Palais

Programme Matinée

09h00 Accueil des participants

09h15 **Revue de jurisprudence**, animée par Béatrice WEISS-GOUT, avocate au barreau de Paris, ancien membre du CNB et Élodie MULON, avocate au barreau de Paris, membre du CNB, AMCO, Mulon associés

Anne-Laure CASADO, avocate au barreau de Paris, Mulon associés

Sarajean HAMOU, avocate au barreau de Paris, Mulon associés

Rahima NATO-KALFANE, avocate au barreau de Paris, BWG associés

Julie PIERROT-BLONDEAU, avocate au barreau de Paris, BWG associés

12h15 Déjeuner Buffet

Programme Après-midi

13h30 **Table ronde "Liquidation : premiers retours d'expérience sur l'application du nouvel article 267 du Code civil"**, animée par Élodie MULON

Nathalie COUZIGOU-SUHAS, notaire à Paris

Lucie FURMANIAK, juge aux affaires familiales, vice-présidente auprès du TGI de Paris

15h00 **Table ronde "Quel MARD pour quel client ? Le diagnostic par l'avocat"**, animée par Béatrice WEISS-GOUT

Catherine EMMANUEL, médiatrice familiale DE à Paris

Anne GONGORA, présidente de la 4^e chambre du pôle 3 (pôle famille) de la cour d'appel de Paris, responsable de la médiation familiale

16h45 **Cas pratiques sur la fiscalité de la famille**

Laurent GUILMOIS, notaire associé, étude Lacourte

Stéphanie PAILLARD, avocate au barreau de Paris

18h15 Fin des travaux

• Forfait journée 580 € HT (696 € TTC) déjeuner inclus

• Forfait journée abonné Gazette du Palais **-15%**
493 € HT (591,60 € TTC) déjeuner inclus

ATTENTION NOMBRE DE PLACES LIMITÉ

Informations complémentaires
au 01 40 93 40 81

claire.lorentz@lextenso.fr