Les conflits de compétence d'attribution en droit de la famille

Anna Matteoli

▶ **To cite this version:**

Anna Matteoli. Les conflits de compétence d'attribution en droit de la famille. Droit. Université de Strasbourg, 2014. Français. NNT : 2014STRAA026 . tel-01186675

HAL Id: tel-01186675
https://theses.hal.science/tel-01186675

Submitted on 25 Aug 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

ÉCOLE DOCTORALE Droit, sciences politique et histoire ED 101

UMR 7354 DRES (Droit, Religion, Entreprise et Société)

THÈSE présentée par

Anna MATTEOLI

soutenue le **12 décembre 2014**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : Droit privé

Les conflits de compétence d'attribution en droit de la famille

THÈSE dirigée par :
Madame le Professeur Isabelle DESPRES, Université de Nantes

RAPPORTEURS :
Madame le Professeur Marie-Laure CICILE-DELFOSSE, Université de Rennes I
Madame le Professeur Petra HAMMJE, Université de Nantes

AUTRES MEMBRES DU JURY :
Monsieur le Professeur François JACOB, Université de Strasbourg

A Salomée.
A Gilles.
A mes parents.
A Aluma, Aurélia, Isabelle, Manue, Sylvie et à toutes les personnes qui m'ont apporté soutien et conseils dans cette recherche.

Je souhaiterais exprimer mes plus sincères remerciements à Madame le Professeur Isabelle DESPRES qui a accepté de diriger ma thèse et m'a accompagnée et conseillée tout au long de ce travail de recherche.

TABLE DES MATIERES

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS 12

INTRODUCTION 14

PARTIE 1. LA DYNAMIQUE DES CONFLITS DE COMPÉTENCE D'ATTRIBUTION DANS LES RELATIONS DE COUPLE 50

TITRE 1. Les conflits engendrés par la centralisation des compétences d'ordre patrimonial auprès du juge aux affaires familiales 55

Chapitre 1. Les relations patrimoniales du couple 58
Section 1. Les actions fondées sur un droit substantiel déterminé 60
Paragraphe 1. La contribution aux charges : la fin des conflits 60
A. La fin d'un conflit apparent en matière de contribution aux charges du mariage 61
B. La fin d'un conflit réel en matière de contribution aux charges du Pacs 62
Paragraphe 2. Le changement de régime matrimonial et la séparation de biens judiciaire : les justes limites de la compétence du juge aux affaires familiales 64
A. Le changement de régime matrimonial 64
B. La séparation de biens judiciaire 66
Conclusion de la Section 1 67
Section 2. Les actions fondées sur un droit substantiel indéterminé 68
Paragraphe 1. Les demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux 68
A. Les mesures de crise 69
B. Des actions plus difficiles à intégrer, l'occasion de conflits réels 72
Paragraphe 2. Les demandes relatives au fonctionnement de l'indivision entre personnes liées par un Pacs ou entre concubins. 77
A. Les conflits réels 79
1. La délimitation des demandes 79
a. Les limites temporelles des demandes 79
b. Le cœur des demandes 80
2. Les couples concernés 84
B. Un pseudo-conflit : « la contribution aux charges du concubinage » 87
Conclusion de la Section 2 90

Conclusion du Chapitre 1 93

Chapitre 2. La liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux 95
Section 1. Une problématique spécifique au couple marié 99
Paragraphe 1. L'extension des compétences du juge aux affaires familiales : un facteur favorisant la disparition des conflits 99
A. L'affirmation d'un fondement textuel 99
1. Un système antérieur confus 100
2. La mise en place de la compétence du juge aux affaires familiales 104
B. Le maintien des sources subjectives 107

1. Analyse de la dichotomie patrimonial/ extrapatrimonial 107
2. Analyse de la dichotomie technique/ affectif 110
Paragraphe 2. La fin des conflits réels dans la liquidation et le partage *stricto sensu* 114
A. Les conséquences des nouvelles compétences du juge aux affaires familiales sur les conflits.....115
1. La fin des conflits réels lors de l'instance en divorce 115
2. La fin des conflits réels lors de l'instance en liquidation et en partage.....117
B. Des pseudo-conflits maintenus 121
1. Une jurisprudence prônant le caractère limitatif de l'article 267 du Code civil..... 122
a. Les illustrations du caractère limitatif de l'article 267 du Code civil 122
b. L'hypothèse particulière de l'attribution préférentielle..... 126
2. Une modification dans la position jurisprudentielle de la Cour de cassation..... 131
a. Une opposition doctrinale 132
b. La désignation du notaire sur le fondement de l'article 267 du Code civil 134
Conclusion de la Section 1 140
Section 2. Une problématique commune aux trois types de couple..... 141
Paragraphe 1. Les limites matérielles..... 141
A. La répartition des biens..... 142
1. L'existence de règles différentes selon les catégories de couple 142
2. La répartition d'un bien spécifique : la société, l'occasion d'un conflit apparent..... 145
B. Les autres questions à dimension pécuniaire..... 146
1. Les actions en responsabilité civile 147
2. Les créances au sein du couple..... 151
Paragraphe 2. Les limites temporelles..... 157
A. Les opérations antérieures 157
B. Les opérations postérieures..... 159
1. L'annulation du partage 160
2. L'action en complément de part 162
Conclusion de la Section 2 163
Conclusion du Chapitre 2 165

Conclusion du Titre I 166

TITRE 2. Les conflits engendrés par une centralisation inachevée 169

Chapitre 1. Les limites à la centralisation communes aux trois types de couple 171
Section 1. Les réserves de compétence du juge des tutelles des majeurs et du président du tribunal de grande instance en matière de relations patrimoniales..... 172
Paragraphe 1. La détermination du contenu des réserves par l'étude des compétences d'attribution des juridictions..... 173
A. La compétence du juge des tutelles des majeurs 173
B. La compétence du président du tribunal de grande instance 180
Paragraphe 2. La détermination du contenu des réserves par l'étude du droit substantiel..... 181

Conclusion de la Section 1 187
Section 2. Une limite en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux causés par le décès ou l'absence déclarée 191
Paragraphe 1. Le juge aux affaires familiales confronté au tribunal de grande instance en matière de contentieux patrimonial 191
A. La pertinence de la répartition des compétences entre le juge aux affaires familiales et le tribunal de grande instance 192
B. La pension alimentaire due au conjoint survivant, l'occasion d'un conflit réel 195
Paragraphe 2. Une confrontation indirecte par le renvoi aux règles procédurales relatives à la succession..... 197
Conclusion de la Section 2 202
Conclusion du Chapitre 1 203
Chapitre 2. Les limites à la centralisation propres à chaque catégorie de couple 204
Section 1. Les compétences d'attribution révélatrices du statut privilégié du couple marié..... 205
Paragraphe 1. Le juge aux affaires familiales exclu en faveur d'une formation plus solennelle en matière de contentieux lié à la formation du couple marié..... 205
Paragraphe 2. L'attribution aux couples non mariés d'un juge sans spécialisation familiale..... 209
A. L'absence de juge spécifique 209
1. Le contentieux des partenaires 209
2. Le contentieux des concubins..... 213
B. La désignation du tribunal d'instance pour l'attribution préférentielle du droit au bail en cas de dissolution du Pacs 214
Conclusion de la Section 1 218
Section 2. Les conflits liés au critère subjectif de la compétence du juge aux affaires familiales 220
Paragraphe 1. L' existence du couple 220
Paragraphe 2. La date d'appréciation de la qualité recherchée 225
Conclusion de la Section 2 228
Conclusion du Chapitre 2 229

Conclusion du titre 2 230

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE..... 231

PARTIE 2. LA DYNAMIQUE DES CONFLITS DE COMPÉTENCE D'ATTRIBUTION DANS LES RELATIONS PARENT-ENFANT 236

TITRE 1. Le juge aux affaires familiales, un juge central face à des conflits 240

Chapitre 1. Les conflits traditionnels entre le juge des enfants et le juge aux affaires familiales 243
Section 1. Les sources des conflits..... 244
A. Des notions cadres communes aux deux juges..... 244
1. L'intérêt de l'enfant 245
2. Le danger..... 251

B Les compétences du juge des enfants en matière d'autorité parentale : l'autorisation donnée aux tiers pour des actes non usuels 254
1. L'absence d'un fondement textuel avant la loi du 5 mars 2007 sur la protection de l'enfance 256
2. La mise en place du fondement textuel par la loi du 5 mars 2007 260
Paragraphe 2. Les éléments de procédure concourant aux conflits de compétence d'attribution 263
A. Un accès plus facile au juge des enfants 264
B. Une relation en construction entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants 268
Conclusion de la Section I 276
Section 2. La teneur des conflits 277
Paragraphe 1. Les conflits de compétence d'attribution dans le contentieux entre titulaires de l'autorité parentale 277
A. Les conflits entre les parents dans un contexte « simple » 277
1. Le conflit réel en cas de désaccords quant à l'exercice conjoint de l'autorité parentale 277
2. Le conflit apparent en matière d'interdiction de sortie du territoire 280
B. Les conflits dans un contexte de séparation 283
1. Le conflit réel dans le contexte de l'ordonnance de protection de l'article 515-9 du Code civil 283
2. Le conflit réel issu de l'article 375-3 alinéa 2 : le juge des enfants, le juge aux affaires familiales et la séparation des parents 289
Paragraphe 2. Le conflit réel dans le contentieux impliquant des tiers : la fixation du droit de visite des tiers par rapport à un enfant placé 298
A. Les différentes solutions 299
B. La compétence du juge des enfants reconnue par la Cour de cassation 302
Conclusion de la Section 2 309

Conclusion du Chapitre 1 310

Chapitre 2. Les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales : des effets limités en termes de résorption des conflits 313
Section 1. Les conflits avec le juge des tutelles des majeurs 315
Paragraphe 1. Les difficultés du transfert des compétences du juge des tutelles au juge aux affaires familiales 315
A. Une résistance dans la pratique 315
B. Un transfert inachevé 322
1. Un transfert incomplet : une procédure différente selon la matière soumise au juge aux affaires familiales 322
2. Un transfert de compétences non assumé : « Le juge des tutelles des mineurs », une dénomination source de confusion 324
Paragraphe 2. La dynamique des conflits impliquant le juge des tutelles des majeurs 328
A. La disparition des conflits au cœur de la nouvelle compétence du juge aux affaires familiales 328
1. Les conflits antérieurs entre le juge aux affaires familiales et le juge des tutelles 328
2. La suppression des conflits réels 331
B. La création de nouveaux conflits entre le juge aux affaires familiales et le

juge des tutelles des majeurs 334
1. Le constat de l'empêchement d'un mineur d'exprimer sa volonté dans le cadre d'une demande de nationalité française 334
2. L'établissement des enfants dans le cadre d'une présomption d'absence .. 336
Conclusion de la Section 1 339
Section 2. Les conflits hérités du juge des tutelles 340
Paragraphe 1. Le conflit apparent en matière d'ouverture de tutelle 340
Paragraphe 2. L'existence de conflits réels 342
A. La protection des mineurs isolés : un conflit supplémentaire entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants 343
1. L'introuvable fondement de la compétence du juge des enfants 344
2. L'affirmation de la compétence du juge aux affaires familiales 345
B. La désignation de l'administrateur *ad hoc* 348
Conclusion de la Section 2 355

Conclusion du Chapitre 2 356

Conclusion du titre 1 357

TITRE 2. Le tribunal de grande instance : une présence diffuse porteuse de risque de conflits 359

Chapitre 1. Le rôle prédominant du tribunal de grande instance en matière de filiation source de conflits limités 360
Section 1. Les conflits dus à la juste détermination de la matière soumise au tribunal de grande instance 363
Paragraphe 1. La nature des filiations soumises à la compétence du tribunal de grande instance 363
Paragraphe 2. Les limites du droit substantiel de la filiation 365
A. Les actions connaissant un enjeu réel en termes de conflits de compétence d'attribution 366
1. L'action à fins de subsides 366
2. Les actions en responsabilité liées à la filiation 373
3. Les actions portant sur la rectification des actes d'état civil 374
B. Les actions avec un enjeu inexistant en termes de conflits de compétence d'attribution 378
1. L'annulation de la reconnaissance 378
2. L'action en constatation de la possession d'état 380
Conclusion de la Section 1 382
Section 2. Les conflits dus à la juste détermination des actions relatives à la filiation relevant de la compétence du tribunal de grande instance 383
Paragraphe 1. Les rares compétences échappant au tribunal de grande instance 383
A. L'étendue des compétences du juge du tribunal d'instance et du président du tribunal de grande instance 383
B. La nature juridique des actes accomplis par le juge du tribunal d'instance et le président du tribunal de grande instance 385
Paragraphe 2. Les limites de la compétence du juge aux affaires familiales quant à la présomption de paternité : l'occasion d'un pseudo-conflit 392
Conclusion de la Section 2 398

Conclusion du Chapitre 1 399

Chapitre 2. La compétence du tribunal de grande instance en matière d'autorité parentale créatrice de conflits 400
Section 1. Les conflits dus aux compétences spécifiques du tribunal de grande instance 401
Paragraphe 1. Les conflits découlant de la compétence du tribunal de grande instance en matière de retrait de l'autorité parentale 401
A. Les conflits apparents 401
1. Un conflit apparent entre deux juridictions collégiales 402
2. Un conflit apparent dû à une unité de procédure 404
B. Un conflit réel avec le juge des enfants 406
Paragraphe 2. Les conflits apparents découlant de la compétence du tribunal de grande instance en matière de tutelle et d'administration légale 409
Conclusion de la Section 1 413
Section 2. Les conflits apparents dus à la compétence accessoire et « potentielle » du tribunal de grande instance 414
Paragraphe 1. L'existence d'un conflit apparent avec le juge aux affaires familiales 414
A. Le conflit apparent entraîné par la compétence accessoire du tribunal de grande instance 415
B. Le conflit apparent entraîné par la compétence « potentielle » du tribunal de grande instance 419
Paragraphe 2. L'absence de conflit apparent avec le juge des enfants 420
Conclusion de la Section 2 423
Conclusion du Chapitre 2 424

Conclusion du Titre 2 425

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE 426

CONCLUSION GÉNÉRALE 428

BIBLIOGRAPHIE 435

INDEX 467

Liste des principales abréviations

Adde	*Addendum,* ajouter
AJ fam.	Actualité juridique famille, Dalloz
ALD	Actualité législative Dalloz
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
Cass., 1e civ.,	Première chambre civile de la Cour de cassation
Cass., 2e civ.,	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Chron.	Chronique
Cf.	*Confer,* rapprocher
Cit.	Cité
Contra	Contraire
D.	Recueil Dalloz
Defr.	Répertoire du notariat Defrénois
Dr. fam.	Droit de la famille
éd.	Edition
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
I. R.	Informations rapides du Recueil Dalloz
Juris.	Jurisprudence du Recueil Dalloz
JCL (J.-Class.)	Juris Classeur
JCP éd. G.	Juris Classeur Périodique, édition générale
JCP éd. N.	Juris Classeur Périodique, édition notariale
JO	Journal officiel de la République française
LPA	Les petites affiches
n°	Numéro
op. cit.	*Opere citato*, dans l'ouvrage cité
p.	Page
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rép. Civ.	Répertoire civil Dalloz
Rép. Proc. civ.	Répertoire de procédure civile Dalloz
RJPF	Revue juridique Personne et Famille
RLDC	Revue Lamy Droit civil
R.R.J.	Revue de la recherche juridique. Droit prospectif
RTDCiv	Revue trimestrielle de droit civil
Somm.	Sommaires commentés du Recueil Dalloz
TGI	Tribunal de grande instance

Introduction

« Orante plaide depuis 10 ans entiers en règlement de juges pour une affaire juste, capitale, et où il y va de toute sa fortune : elle saura peut-être dans cinq années quels seront ses juges, et dans quel tribunal elle doit plaider le reste de sa vie ».

La Bruyère, *Les Caractères*, XIV, 41

1. La recherche du juge en droit de la famille aboutit-elle toujours aux péripéties auxquelles est confrontée l'Orante de La Bruyère, des péripéties qui peuvent être occasionnées par des conflits de compétence d'attribution ? Pour étudier ces conflits nous devons, tout d'abord, préciser le domaine d'intervention du juge et, ensuite, déterminer les juridictions qui sont susceptibles d'entrer en conflit.

2. La légitimité de l'intervention judiciaire.- De manière préalable, il convient de se demander si l'intervention judiciaire dans le cadre de la famille est légitime[1]. En effet, une telle intervention peut constituer une menace pour les « prérogatives » des différents membres de la famille. Si pendant longtemps, l'Etat s'est peu intéressé[2] aux conflits familiaux, cette conception a changé à partir de la fin du 19e siècle et surtout au milieu du 20e siècle avec l'introduction des principes d'égalité juridique dans le couple[3] et entre les enfants, quelle que soit leur filiation[4]. La volonté de protéger les enfants[5] et les victimes de violences au sein du

[1] R. PERROT, « Préface », in M-T. MEULDERS-KLEIN (dir.), *Familles et Justice,* Bruylant (Bruxelles) et LGDJ (Paris), 1997, p. 15 : *« Cet espace d'intimité que constitue la cellule familiale, où chacun est à la recherche d'un bonheur partagé à travers les vicissitudes de l'existence, semble bien loin d'une institution comme la Justice qui par vocation traîne dans son sillage un relent conflictuel (...). Et pourtant, c'est un fait que, de plus en plus fréquemment, le juge est appelé à intervenir dans ce sanctuaire privilégié où toute décision venant du dehors peut paraître sacrilège ».*

[2] M-T. MEULDERS-KLEIN, « Famille », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice,* PUF, 2004, p. 511 : *« Durant des siècles (...), l'Etat s'intéressa peu aux affaires familiales, au nom du respect de la « paix des familles » quelques soient les injustices qui y furent commises »* ; Spécifiquement pour l'autorité parentale : L. GAREIL, *L'exercice de l'autorité parentale*, LGDJ (Préface L. LEVENEUR), 2004, p. 21.

[3] P. COURBE, A. GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, Dalloz, 6e éd., 2013, p. 9 ; J-J. LEMOULAND, *Rép. Civ.,* Dalloz, v° Famille (2005- Mise à jour 2013), n° 72 et ss ; M. LAMARCHE, J-J. LEMOULAND, *Rép. Civ.,* Dalloz, v° Mariage (4e effets) (2014), n° 11 et ss. *Adde,* A. CHEYNET DE BEAUPRE, « Homme et femme il les créa », Retours sur l'égalité dans le droit de la famille, *D.* 2008, Chron., p. 1216.

[4] G. CORNU, *Droit civil, La famille*, Montchrestien, 9e éd., 2006, p. 14 ; P. COURBE, A. GOUTTENOIRE, *op. cit., supra* note 3, p. 9.

[5] G. CORNU, *op. cit., supra* note 4, p. 15 ; J-J. LEMOULAND, *Droit de la famille*, Ellipses, 2014, p. 52.

couple[6], a contribué également à étendre le champ de l'intervention judiciaire. Le conflit ne relève plus aujourd'hui de l'espace privé, comme autrefois, lorsque prévalait une conception hiérarchique de la famille basée sur les principes de la puissance maritale et paternelle[7]. L'intervention judiciaire est à présent perçue comme une solution responsable pour régler les conflits[8]. La famille a, en effet, démontré qu'elle n'était pas toujours le lieu du bonheur. Plutôt que de se faire justice soi-même, il s'agit de soumettre à un tiers la solution du conflit. Parallèlement, en dehors de tout litige[9], certains actes accomplis par les membres de la famille, tels le changement de régime matrimonial ou le divorce par consentement mutuel, font l'objet d'un contrôle[10] par le juge[11].

---

[6] F. TERRE, D. FENOUILLET, *La famille*, Dalloz, 8e éd., 2011, p. 16 ; p. 57 et ss. *Adde,* en 2010, les violences faites aux femmes ont été déclarées « grande cause nationale ». Ce label, attribué par le Premier ministre, existe depuis 1977 et permet à des organismes à but non lucratif d'organiser des campagnes faisant appel à la générosité publique et d'obtenir des diffusions gratuites sur les radios et les télévisions publiques.

[7] M-T. MEULDERS-KLEIN, « Famille », in L. CADIET (dir.), *op. cit. supra* note 2, p. 511 : *« Durant des siècles, la question ne se posa guère, car traditionnellement l'ordre interne des familles fut laissé à la volonté du chef de la famille sur un modèle autocratique »* ; A. BENABENT, *Droit de la famille*, Montchrestien, 2e éd., 2012, p. 8 *: « Pendant longtemps, la famille a été (…) organisée autour d'une structure marquée par un lien de hiérarchie puissant entre les mains du père de famille, maître à la fois de son épouse et de ses enfants »* ; M-F. CALLU, « Les rapports personnels entre époux », in R. NERSON (dir.), *Mariage et famille en question*, t. 2, CNRS, 1978, p. 6 : *« Il n'était pas question de juge chargé de trancher les conflits de décisions entre conjoints puisque l'idée même de contestation était ignorée du langage juridique de l'épouse »*.

[8] De manière générale : G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, PUF, 3e éd., 1996, p. 1 : *« Au début est le litige. Fallait-il, pour lui donner une fin, laisser à chacun la liberté d'imposer par ses seules forces la reconnaissance ou l'exécution du droit auquel il prétend ? La justice privée, funeste aux faibles, est une négation de la justice, un désordre juridique »* ; F. TERRE, « Au cœur du droit, le conflit », in W. BARANES, M-A, FRISON-ROCHE (dir.), *La justice- L'obligation impossible*, Autrement, 1994, p. 107 : *« Parce qu'elle est l'expression naturelle du droit -certains pensent même sa réalisation complète-, la justice, en tant qu'institution, n'en apparaît pas moins comme le mode normal de résolution des conflits. Loin d'être un phénomène pathologique, le procès revêt alors un tout autre caractère, d'ordre psychologique, voire psychanalytique, en tant qu'il est la voie obligée du conflit, et par là même un procédé de catharsis. Eluder un procès n'est pas le moyen le plus adéquat de mettre fin à nombre de contestations. Un procès au grand jour vaut souvent mieux qu'un procès refoulé »*. Dans le domaine de la famille, plus spécifiquement pour le divorce par consentement mutuel : I. THERY, « Les désarrois du démariage » in H-P. JEUDY (dir.), *Tout négocier- Masques et vertiges des compromis*, Autrement, 1996, p. 77 : *« Les attentes des justiciables sont loin d'être univoques : refus de l'intrusion d'un côté mais survalorisation, de l'autre, du pouvoir d'une sorte de juge-père, investi d'autant plus d'espérances que les critères de justice sont flous, et incertaine la frontière entre le droit et le non- droit »*.

[9] Article 25 du Code de procédure civile : *« Le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle »*.

[10] J-J. LEMOULAND, *op. cit., supra* note 5, p. 67 : *« Le contrôle s'opère souvent par la voie de l'homologation, technique qui a connu un développement remarquable en droit de la famille et qui permet de soumettre au contrôle du juge, d'une part, la genèse de certains actes au travers du consentement des parties, d'autre part, le contenu des ces actes et leur équilibre »*. Il convient aussi de préciser que la contractualisation, au niveau du fond du droit, même si elle favorise l'accord des parties, ne peut se passer de l'intervention judiciaire. *Cf.,* C. NEIRINCK, M. BRUGGEMAN, Les aménagements consensuels que les couples appliquent à leur rupture sont-ils d'essence contractuelle ? *R. R. J.,* PUAM, 2009-1, p. 94 : *« L'accord* (en matière de divorce) *ne supprime ni la présence obligatoire d'au moins un avocat ni celle du juge aux affaires familiales, auxquelles il faut ajouter, dès qu'il y a des biens immobiliers, un notaire chargé de procéder à la liquidation du régime matrimonial »* ; J. NORMAND, « Droit judiciaire de la famille et contrat » in D. FENOUILLET, P. De

3. La définition complexe de la famille.- Puisque le juge est appelé à intervenir dans les affaires familiales, il convient de définir précisément cette notion complexe qu'est la famille[12]. Ce qui nous intéresse ici, c'est la définition de la famille dans son rapport avec le droit. Or, *« il n'existe pas de définition légale de la famille : celle-ci revêt des formes trop variées pour qu'une formule unique embrasse, avec pertinence, cette réalité complexe »*[13]. Le seul élément qui semble faire consensus est qu'*« il y a de tout dans la famille -sauf la solitude : quand on est seul, on est sans famille »*[14]. Pour la doctrine, la famille repose sur la parenté et l'alliance[15]. Mais cette conception traditionnelle ne permet pas d'englober les situations telles que le concubinage[16] ou le pacte civil de solidarité. Certes, la définition de la famille est objectivement complexe et nécessiterait de plus amples développements, mais dans la cadre de notre étude, afin d'avoir un panorama aussi complet que possible des conflits de

---

VAREILLES-SOMMIERES (dir.), *La contractualisation de la famille,* p. 212 : *« Là même où elle ouvre de « nouveaux espaces de liberté » et fait une large place aux volontés concordantes des intéressés, elle* (la loi) *ne renonce pas, du moins pas encore, à conserver, par l'intermédiaire du juge, un droit de regard et de décision »*.

[11] Pour une position plus contrastée de l'intérêt de l'intervention judiciaire : P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, Defrénois, 4e éd., 2011, p. 22 : *« L'image triviale du juge constituant avec le couple un ménage à trois est banale. La famille contemporaine préfère souvent soumettre ses conflits au juge, plutôt qu'au pater familias qui, autrefois, les apaisait avec sérénité ; les gens d'aujourd'hui se déchargent de leurs difficultés familiales sur le juge, sur un médiateur, ou sur un conseiller professionnel conjugal ou familial ou sur un psychologue, etc... Parfois, le juge est complètement désarmé ; parfois aussi, sa mission est tellement impossible qu'elle est inutile, voire nuisible »*. Cette attitude ambivalente par rapport à la justice en matière familiale s'illustre notamment dans les projets récurrents de déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel. *Cf.,* S. GUINCHARD (dir.), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La documentation française, 2008, p. 87 et ss. *Adde,* pour une récente proposition de limitation de l'office du juge en matière de divorce par consentement mutuel. *Cf.,* A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABE, C. KADRI, *La prudence et l'autorité- L'office du juge au XXIe siècle*, Rapport de l'IHEJ, 2013, p. 177. La première recommandation du rapport de l'Institut des Hautes Etudes sur la Justice (IHEJ) est de *« poursuivre l'allègement de la procédure judiciaire de divorce par consentement mutuel et reconnaître la possibilité d'une simple homologation judiciaire devant le greffe, en préservant le recours au juge si nécessaire »*. Il est à noter que les projets de réforme limitant l'intervention du juge en matière familiale ne concernent pas uniquement le divorce par consentement mutuel. *Cf.,* M. CRESP, Le droit des personnes et de la famille de demain : un droit sans juge ? *AJ fam.,* 2014, p. 107.

[12] J-J. LEMOULAND, *Rép. Civ., cit., supra* note 3, n° 1 et ss.

[13] P. COURBE, A. GOUTTENOIRE, *op. cit., supra* note 3, p. 5.

[14] P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *op. cit., supra* note 11, p. 6. *Adde*, J-J LEMOULAND, *Rép. Civ., cit., supra* note 3, n° 1.

[15] G. CORNU, (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 10e éd., 2014, v° Alliance: (1er sens) *« Lien juridique qui, établi par l'effet du mariage, entre chaque époux et les parents de l'autre, crée entre alliés les plus proches des droits, obligations, charges et interdictions comparables à ceux qui résultent de la parenté »*; v° Parenté (1er sens): *« Lien qui existe soit entre deux personnes dont l'une descend de l'autre (...), soit entre personnes qui descendent d'un auteur commun (...) et auquel la loi attache des effets de droit (...) compte tenu notamment. de la proximité de la parenté (...) et naguère de la qualité du lien »*, (2e sens): *« Par extension, l'ensemble des personnes unies par ce lien, le groupe parental, la famille »*.

[16] A titre d'indice révélateur sur la difficulté à insérer le concubinage dans une définition de la famille en rapport avec le droit, il convient de noter que le terme « affection » n'est pas défini dans le Vocabulaire juridique dirigé par G. CORNU (*op. cit., supra* note 15).

compétence d'attribution, il suffit d'en privilégier[17] la conception la plus large[18]. Ainsi, il faudra retenir une définition englobant les situations basées sur l'affection[19] pour envisager la famille comme un *« groupe de personnes réunies par un fait biologique (parenté), un acte juridique (mariage, adoption) ou un comportement similaire (concubinage) »*[20].

Il convient de souligner que si la définition de la famille est conçue strictement par la doctrine, il en va autrement du droit de la famille entendu comme l' *« ensemble des règles d'ordre patrimonial et extrapatrimonial qui régissent les rapports de famille »*[21]. En effet, dans l'ensemble des ouvrages consacrés au droit de la famille, il est question de parenté et d'alliance mais également de concubinage et de pacte civil de solidarité[22]. Le droit de la famille peut ainsi être défini comme *« l'ensemble des règles d'ordre patrimonial et extrapatrimonial régissant le statut de l'enfant (filiation et autorité parentale) et le couple (mariage, divorce, pacte civil de solidarité et accessoirement concubinage), ainsi que*

---

[17] Retenir la relation d'au moins deux personnes pour caractériser le droit de la famille exclut de notre champ de recherche les matières liées au droit de personnes telles que les mesures de protection des majeurs. Toutefois, ces matières seront envisagées dans certains cas spécifiques lorsque, dans le cadre du droit de la famille, l'une des personnes a à faire avec le droit des personnes.

[18] Une définition très large permet d'intégrer sans problème les modifications législatives en matière de droit substantiel, telle la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

[19] G. CORNU, *op. cit., supra* note 4, p. 25 : *« L'affection peut aussi, par elle-même, par sa seule force, engendrer certains effets de droit entre personnes qui, par ailleurs, ne sont ni conjoints ni parents ni alliés. (...). En dehors de la famille biologique, une « famille affective », sociologique, se fait ainsi reconnaître : famille au sein de laquelle divers effets de droit, fragmentaires et variables d'une hypothèse à l'autre, se développent. Ce sont les attachements du cœur (...). C'est le cas aujourd'hui des effets que le droit reconnaît à l'union libre (...) ».*

[20] A. BATTEUR, *Droit des personnes et des incapacités,* LGDJ, 3e éd., 3e éd., 2007, p. 1. Il est intéressant de remarquer que dans les éditions successives l'auteur modifie sa définition notamment sur les points qui font débat dans la définition de la famille. *Cf.,* A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et majeurs protégés,* LGDJ, 6e éd., 2012, p. 13 : La famille *« se définit en droit comme un groupe de personnes qui sont reliées entre elle par des liens fondés sur la parenté et l'alliance. Elle repose principalement sur le mariage, et plus accessoirement sur le pacte civil de solidarité (...) et sur la filiation »*. Pour une définition plus restrictive retenant uniquement la parenté et une conception extensive de l'alliance : A. BENABENT, *op. cit., supra* note 7, p. 1 : *« La famille, notion dont chacun connaît intuitivement le contenu, se définit en droit comme un groupe des personnes qui sont reliées entre elles par des liens fondés sur l'alliance et la parenté : dans la conception traditionnelle, elle repose donc sur le mariage et la filiation. La simple affection, même avec vie commune, n'y suffit pas : malgré l'extension actuelle du concubinage, on ne parle pas de véritable famille avant le lien créé par un enfant, lien de filiation. Mais, déjà ici, on voit apparaître aujourd'hui une question nouvelle, issue des bouleversements récents : le lien créé par le PACS est-il un lien de nature familiale ? Il ne s'agit pas de pure terminologie car des conséquences juridiques sont en jeu (...). La réponse affirmative donnée par la jurisprudence (...) montre d'emblée la profondeur des mutations en cours qui caractérisent la matière : les contours et la notion même de famille sont désormais moins rigides »*.

[21] G. CORNU, *op. cit., supra* note 4, p. 22.

[22] Pour une illustration non exhaustive, A. BENABENT, *op. cit., supra* note 7. L'ouvrage intitulé « Droit de la famille » est divisé en trois parties. La première porte sur l'alliance, la seconde sur la descendance et la troisième sur la solidarité familiale. La première partie contient deux titres. Le premier est consacré au mariage alors que le second intitulé « la quasi alliance » traite du pacte civil de solidarité et du concubinage. Dans l'ouvrage de V. BONNET, *Droit de la famille*, Larcier, 4e éd., 2014, la première partie est consacrée à l'enfant, la seconde partie au couple marié et à celui non marié. Dans l'ouvrage de J-J. LEMOULAND, *op. cit., supra* note 5, la situation des couples non mariés est aussi envisagée.

certaines des conséquences qui lui sont attachées (l'obligation alimentaire) »[23]. C'est dans ce contexte étendu que l'intervention du juge sera étudiée.

4. Une définition de la compétence d'attribution.- Il reste à déterminer à quelles juridictions[24] incombe la connaissance des litiges qui ont lieu dans la famille[25]. Il convient, par conséquent, d'examiner la compétence d'attribution[26] définie comme l'aptitude d'une juridiction à connaître d'une affaire déterminée, en raison de sa nature[27].

5. L'évolution historique du contrôle judiciaire et les conflits de compétence d'attribution.- Au préalable, une présentation de l'évolution historique du contrôle judiciaire s'impose. L'intervention du juge dans la famille étant récente[28], son histoire l'est aussi.

La Révolution française[29] a créé le tribunal de famille, organe clairement identifié comme s'occupant des affaires familiales[30]. En effet, ce tribunal était compétent « *s'il*

---

[23] A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et majeurs protégés,* LGDJ, 6e éd., 2012, p. 14.

[24] Les termes de juge, tribunal, juridiction sont souvent employés comme des synonymes pour désigner un « organe institué pour exercer le pouvoir de juridiction ». *Cf.,* G. CORNU (dir.), *op. cit., supra* note 15, v° Juge, juridiction et tribunal. Le terme juge est toutefois plutôt réservé au juge unique alors que le terme tribunal à la formation collégiale. Ces termes, acceptés comme tels dans un premier temps, seront précisés *infra* par. n° 8 et ss.

[25] Pour déterminer les juridictions aptes à connaître de ces affaires, nous n'avons retenu que l'ordre judiciaire et plus précisément l'ordre civil.

[26] Si la compétence d'attribution a pu être appelée « compétence matérielle » ou « compétence absolue », il y a aujourd'hui un consensus pour retenir l'expression « compétence d'attribution », expression utilisée dans le Code de procédure civile. Toutefois, dans le Code de l'organisation judiciaire, il est question de « compétence matérielle ». En faveur de l'appellation « compétence d'attribution », *cf.,* H. SOLUS, Considérations sur la compétence des juridictions, *D.* 1949, Chron., p. 156 : L'appellation sert *« à caractériser les règles de compétence en vertu desquelles les affaires sont « attribués » aux différentes catégories de juridictions »*. L'article d'Henry SOLUS avait été rédigé en réponse à un article de Charles EISENMANN (C. EISENMANN, Sur la compétence des juridictions, *D.* 1948, Chron., p. 49) qui, au-delà de la terminologie, remettait en cause la distinction entre compétence d'attribution et compétence territoriale.

[27] G. CORNU (dir.), *op. cit., supra* note 15, v° Compétence d'attribution. *Adde,* M. DOUCHY-OUDOT, *Rép. Proc. civ.,* Dalloz, v° Compétence (2010-Mise à jour 2014), n° 11 et ss.; H. CROZE, C. MOREL, O. FRADIN, *Procédure civile- Manuel pédagogique et pratique*, Litec, 4e éd., 2008, p. 250 ; L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé,* Litec, 8e éd., 2013, p. 96 ; G. CORNU, J. FOYER, *op. cit., supra* note 8, p. 174 ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile- Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, 31e éd., 2012, p. 16 ; P. JULIEN, N. FRICERO, *Procédure civile,* LGDJ, 4e éd., 2011, p. 69 ; J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 5e éd., 2012, p. 792; Ph. THERY, « Compétence », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.,) *Dictionnaire de la culture juridique*, 2003, p. 251.

[28] J. HAUSER, « La loi, le juge et la volonté dans les réformes de droit de la famille » in *Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Litec et Dalloz, 2006, p. 155 : *« Pour l'essentiel le droit du Code civil récupère et laïcise une part importante du droit ancien. Si l'on met à part l'intermède du divorce qui ne deviendra définitif qu'en 1884, le reste est très conservateur ; ni les femmes, ni les enfants en général, ni la volonté individuelle, ni le juge ne tireront quelque pouvoir du séisme de 1804. La famille demeure une structure officielle, délimitée par le droit, aux rapports strictement encadrés, à l'initiative individuelle non moins encadrée et interdite pour une large part à l'initiative du juge »*.

[29] Avant le tribunal de famille, les affaires familiales, bien que minoritaires, pouvaient être traitées dans le cadre des juridictions communes. *Cf.,* en droit romain : R. SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit français de la famille*, Dalloz, 1995, p. 15. Dans le cadre du droit classique romain, les descendants déshérités ont le droit de s'adresser à un tribunal pour faire casser un testament jugé injuste par la procédure dite *« querelle du testament*

s'élèv(ait) *quelque contestation entre mari et femme, père et fils, grand-père et petit-fils, frères et sœurs, neveux et oncles, ou entre alliés aux degrés ci-dessus, comme aussi entre pupilles et leurs tuteurs pour choses relatives à la tutelle »*[31]. Un appel était possible devant le tribunal de district[32] par la *« partie qui se croir*(ait) *lésée par la décision arbitrale »*[33]. Le tribunal de famille, composé de six à huit parents ou amis, prenait également les décisions importantes en matière de droit de correction vis-à-vis des enfants, sous le contrôle du

---

inofficieux ». Pour une illustration, sous l'Ancien Régime, de mariage clandestin traité par le bailliage de Bar le Duc en 1721 et une affaire de séparation de biens traitée par le bailliage de Châlons en 1685. *Cf.,* B. GARNOT (dir.), *La justice et l'histoire- Sources judiciaires à l'époque moderne (XVIe, XVIIe, XVIIIe siècles),* Bréal, 2006, p. 202. Par ailleurs, on peut relever également quelques précédents se rapprochant des tribunaux de famille. *Cf,.* J. COMMAILLE, « Les formes de justice comme régulation de la famille, questions sociologiques posées par les tribunaux de famille sous la Révolution française » in I. THERY, C. BIET (dir.), *La Famille, la loi, l'Etat,* Imprimerie nationale Editions, 1989, p. 283 : *« Les tribunaux de famille institués sous la Révolution française ont connu des précédents dans l'histoire : en particulier sous l'antiquité romaine (...), chez les germains, à partir du XVIe siècle comme en font état les statuts de Provence (...) et un édit d'août 1560 rendu par François II qui en généralise l'existence avant qu'une ordonnance civile de 1667 en révèle la disparition « à cause de la malice des plaideurs » et « surtout à cause de la malice des procureurs » ; de même en Normandie, « la coutume connaissait les Assemblées de Famille ».*

[30] Les tribunaux de famille sont institués par une loi du 16-24 août 1790 comportant un titre X intitulé « Des bureaux de paix et du tribunal de famille ». Ces tribunaux sont composés de parents ou à défaut d'amis ou de voisins. Chacune des deux parties se choisissait deux arbitres et si les quatre arbitres ne parvenaient pas à s'entendre, un « sur-arbitre » était choisi. *Cf.,* J-P. ROYER, J-P. JEAN, B. DURAND, N. DERASSE, B. DUBOIS, *Histoire de la justice en France,* PUF, 4e éd., 2010, p. 269. *Adde*, J. COMMAILLE, « Les formes de justice comme régulation de la famille, questions sociologiques posées par les tribunaux de famille sous la Révolution française » in I. THERY, C. BIET (dir.), *op. cit., supra* note 29, p. 274.

[31] Article 12 de la loi du 16-24 août 1790. *Cf.,* J-B. DUVERGIER, *Lois, décrets, ordonnances, réglemens, avis du Conseil-d'Etat (1788-1830),* Tome premier, Imprimerie A. Guyot, Paris, 1834, p. 326.

[32] Pour une illustration du traitement parallèle du contentieux familial dans le cadre d'une juridiction de droit commun. *Cf.,* J-P. ROYER, J-P. JEAN, B. DURAND, N. DERASSE, B. DUBOIS, *op. cit., supra* note 30, p. 357 : *« A partir de 1792 ils (les tribunaux de district) connurent un contentieux intense dans le droit des personnes, ici encore à propos d'un domaine ancien, celui des séparations de corps qui n'étaient pas réglées malgré leur suppression légale et plus spécialement en matière de divorce où ils statuaient d'ailleurs sur appel de décisions en provenance des tribunaux de famille ou bien, en cas fraude à la loi, sur saisine du parquet. On les vit également sur ce plan désigner des arbitres, donner des autorisations à l'épouse pour agir contre son mari, ou encore mais plus rarement interpréter des conventions matrimoniales, régler des successions, s'occuper de donations présumées frauduleuses parce que faites par exemple à un contre-révolutionnaire condamné à mort. Toujours en droit de la famille les tribunaux de district eurent à connaître de fréquentes affaires de filiation naturelle, de contestation de paternité ou d'absence de reconnaissance. Bref, tout un contentieux à l'image du temps, des familles éparpillées ou dissoutes, des patrimoines disséminés, des contrats rompus par la force des choses ou de manière abusive ».*

[33] Article 14 de la loi du 16-24 août 1790. *Cf.,* J-B. DUVERGIER, *op. cit., supra* note 31, p. 327.

président du tribunal du district[34]. Le tribunal connaissait enfin de certains cas de divorce instaurés par la loi du 20 septembre 1792[35].

Après cette expérience de quelques années[36], les conflits familiaux ont été traités par les juridictions de droit commun[37]. Ainsi, le tribunal civil, qui est devenu le tribunal de grande instance[38], s'occupait du divorce, de la séparation de corps et de la puissance paternelle. Les justices de paix, aujourd'hui tribunaux d'instance[39], jugeaient des pensions alimentaires et des

[34] Article 15 de la loi du 16-24 août 1790. *Cf.,* J-B. DUVERGIER, *op. cit., supra* note 31, p. 327 : *« Si un père ou une mère, ou un aïeul, ou un tuteur, a des sujets de mécontentements très graves sur la conduite d'un enfant ou d'un pupille dont il ne puisse réprimer les écarts, il pourra porter sa plainte au tribunal domestique de la famille assemblée, au nombre de huit parents les plus proches ou de six au moins, s'il n'est pas possible d'en réunir un plus grand nombre ; et à défaut de parens, il y sera suppléé par des amis ou des voisins »*. L'article 17 précise que ce tribunal fournit un avis soumis au président du tribunal de district.

[35] A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996, p. 193 ; J-P. ROYER, J-P. JEAN, B. DURAND, N. DERASSE, B. DUBOIS, *op. cit., supra* note 30 p. 353 ; R. SZRAMKIEWICZ, *op. cit., supra* note 29, p. 79. Pour une illustration des affaires traitées par les tribunaux de famille. *Cf.,* J. COMMAILLE, « Les formes de justice comme régulation de la famille, questions sociologiques posées par les tribunaux de famille sous la Révolution française » in I. THERY, C. BIET (dir.), *op. cit., supra* note 29, p. 278.

[36] Les tribunaux de famille sont supprimés en 1796. Ils vont survivre toutefois pour le traitement de quelques affaires spécifiques. *Cf.,* J. COMMAILLE, « Les formes de justice comme régulation de la famille, questions sociologiques posées par les tribunaux de famille sous la Révolution française » in I. THERY, C. BIET (dir.), *op. cit., supra* note 29, p. 288, note 2 : *« La loi du 9 ventôse an IV (28 février 1796) abolit l'arbitrage obligatoire. La législation n'a jamais totalement supprimé les tribunaux de famille. Jusqu'à la promulgation du Code civil de 1804, ils ont continué à avoir compétence pour les divorces et les affaires impliquant les orphelins et des mineurs. De même l'assemblée de famille devait demeurer pour traiter des divorces par consentement mutuel et pour incompatibilité d'humeur. Finalement, le tribunal de famille devait rester compétent pour les questions de discipline des enfants mineurs. La volonté exprimée lors du rétablissement du divorce par la loi de 1884 d'instituer à nouveau un tribunal de famille, certes à compétence réduite (il était prévu que la tentative de conciliation entre les époux ait lieu en présence du président du tribunal assisté des parents des conjoints), n'aboutira pas et les tribunaux de famille appartiendront définitivement au passé ».*

[37] J-L. HALPERIN, « La composition des tribunaux de famille sous la Révolution ou « les juristes, comment s'en débarrasser ? » » in I. THERY, C. BIET (dir.), *op. cit., supra* note 29, p. 301 : *« En février 1796, la suppression des tribunaux de famille est votée après un débat où les arguments avancés en 1793 ont été habilement retournés. Si tous les citoyens sont les « enfants d'une même famille », interroge Desmolin, pourquoi laisser subsister des tribunaux d'exception pour les litiges familiaux ? Chacun doit jouir du « bienfait de n'être jugé que par les magistrats à la nomination desquels il a concouru »*.

[38] L'article 216 de la constitution du 5 fructidor an III instaure un tribunal civil par département en remplacement des tribunaux de district créés en 1790. La loi du 27 ventôse an VIII remplaça les tribunaux départementaux par des tribunaux d'arrondissement. L'arrondissement comme ressort territorial fut abandonné par l'ordonnance n° 58-1273 du 22 décembre 1958 qui instaura le tribunal de grande instance. *Cf.,* S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, A. VARINARD, T. DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 12e éd., 2013, p. 449 et ss. ; R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 15e éd., 2012, p. 105.

[39] La justice de paix a été instaurée en 1790 et avait comme ressort le canton. Elle a été remplacée par le tribunal d'instance par l'ordonnance n° 58-1273 du 22 décembre 1958. *Cf.,* R. PERROT, *op. cit., supra* note 38, p. 110.

contributions aux charges du mariage. Le juge de paix[40], futur juge d'instance, connaissait de la gestion des biens du mineur en tant que président du conseil de famille[41].

Dans les années 1960, des juges spécialisés ont été mis en place. Il semblait nécessaire de privilégier la proximité et le contact humain[42], les juridictions de droit commun paraissant inadaptées aux conflits familiaux. Ainsi, en 1958, le juge des enfants, après avoir été désigné comme juge pénal à l'égard des mineurs[43], est devenu également juge civil de l'assistance éducative[44]. Le juge des tutelles a été, quant à lui, créé en 1964 à l'occasion de la réforme des tutelles. Ces créations n'ont toutefois pas mis fin aux compétences des juridictions de droit commun, d'où l'existence de multiples conflits de compétence[45]. Aussi des tentatives à titre expérimental ont-elles été faites pour regrouper les compétences[46] dans les chambres de la famille afin de *« concentrer devant une seule et même formation du tribunal de grande*

---

[40] *Cf.,* R. PERROT, *op. cit., supra* note 38, p. 112 : *« A chacun de ces tribunaux (justice de paix) était affecté un juge, généralement choisi parmi les personnalités du canton, et que l'on appelait précisément le « juge de paix », tant il s'identifiait à son propre tribunal »*.

[41] L. CADIET, « Les métamorphoses de la juridiction familiale », in *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Economica, 1995, p. 34 ; J. MASSIP, Les modifications apportées au droit de la famille par la loi du 8 janvier 1993, *Gaz. Pal.,* 1993 II, Doc. p. 1137.

[42] A. BENABENT, *op. cit., supra* note 7, p. 14 : *« Conscient de la particularité du droit de la famille, le monde judiciaire a ressenti de plus en plus fort l'inadaptation des juridictions de droit commun, pour intervenir en ce domaine. Il y aurait aujourd'hui une sorte d'incongruité à faire trancher ces matières par le même juge qui statue sur les brevets ou la responsabilité des architectes. C'est pourquoi la tendance récente a été de spécialiser certains magistrats dans ces matières afin que leur intervention ne soit plus la pure manifestation d'un pouvoir de décision, mais se nuance de la recherche d'une solution qui ne soit pas purement juridique, mais qui fasse également appel à des éléments psychologiques, sociologiques, etc. »* ; J-J LEMOULAND, *Rép. Civ., cit., supra* note 3, n° 323 : *« Le contentieux de la famille relevait traditionnellement de la compétence du tribunal de grande instance, juridiction collégiale de droit commun. Cette compétence, avec le temps, s'est révélée moins adaptée tant en raison de l'importance du contentieux à traiter qu'en raison de se spécificité et la recherche d'une plus grande efficacité»*.

[43] J. HAUSER, « Le contentieux familial en France : la forme et le fond », in M-T. MEULDERS-KLEIN (dir.), *Familles et Justice*, Bruylant (Bruxelles) et LGDJ (Paris), 1997, p. 87 : *« La création du Juge des Enfants et du Tribunal des Enfants représente la première tentative pour affirmer la spécificité du contentieux familial »*.

[44] S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, A. VARINARD, T. DEBARD, *op. cit., supra* note 38, p. 467 : *« Créé par l'Ordonnance du 2 février 1945, le juge des enfants a reçu compétence pénale de principe pour l'instruction et le jugement des contraventions et des délits commis par des enfants et adolescents. Mais il ne faut pas oublier que ce magistrat (...) est aussi un juge civil. Il joue un rôle de premier plan en matière de prévention et rééducation car c'est lui qui a reçu compétence en matière d'assistance éducative »*.

[45] L. CADIET, art. *cit., supra* note 41, p. 36.

[46] L. CADIET, art. *cit., supra* note 41, p. 37 : *« Quant aux attributions reconnues à ces chambres expérimentales de la famille, les pratiques n'étaient pas exactement les mêmes. Les affaires de divorce et de séparation de corps en formaient sans doute le noyau dur avec les adoptions, légitimations, délégation ou déchéance d'autorité parentale. Mais leur « compétence » pouvait être plus étendue. La chambre de la famille du tribunal de grande instance de Lille allait ainsi jusqu'à connaître, au pénal, des affaires qui étaient la suite des litiges civils (les abandons de famille, les non représentations d'enfants), voire des affaires dans lesquelles les mineurs étaient victimes »*.

instance l'ensemble du contentieux soulevé par l'état des personnes et, plus particulièrement, les rapports de famille »[47].

A la suite de cette expérience, la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 a introduit le juge aux affaires matrimoniales, désigné pour connaître des divorces par consentement mutuel et, après le prononcé de tous les divorces, de la garde des enfants et de la modification de la pension alimentaire[48]. Cela n'a pas mis fin, non plus, aux conflits de compétence[49].

Enfin, le juge aux affaires familiales a été institué par la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993[50]. Mais il serait faux de croire que, malgré son titre[51], il s'occupe de toutes les affaires familiales[52].

---

[47] L. CADIET, *art. cit., supra* note 41, p. 38. *Adde,* C. AUDOUARD, *La chambre de la famille*, Thèse, Lyon, 1968 ; J. COMMAILLE, *Familles sans justice ? Le droit et la justice face aux transformations de la famille,* Le Centurion, 1982, p. 158 ; H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, Sirey, t. 2, 1973, p. 28 et ss.

[48] C. LIENHARD, Le rôle du juge aux affaires matrimoniales, Economica, 1985 (Préface D. HUET-WEILLER). *Adde,* L. CADIET, *art. cit., supra* note 41, p. 38 et ss ; J-Cl. GROSLIERE, Le juge aux affaires matrimoniales (ou l'homme-orchestre du divorce), *D.* 1976, Chron., p. 73.

[49] L. CADIET, *art. cit., supra* note 41, p. 42 et ss ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, Le juge aux affaires familiales (commentaire de la loi n°93-22 du 8 janvier 1993 instituant le juge aux affaires familiales et du décret d'application n°94-42 du 14 janvier 1994), *ALD*, 1994, p. 142 : *« On notera qu'à l'égard d'un couple désuni, le juge des tutelles peut être appelé à intervenir pour l'exercice de l'autorité parentale, le juge d'instance pour la contribution aux charges du mariage, le président du tribunal de grande instance sur la base de la mise en péril des intérêts de la famille, le juge des enfants au titre de l'assistance éducative, et, si une requête en divorce est déposée, le juge aux affaires matrimoniales, qui n'aura rien connu des incidents préalables à sa saisine, et le tribunal de grande instance s'il s'agit par exemple d'un divorce pour faute. Et n'envisageons pas la situation après le prononcé du divorce »* ; C. WATINE-DROUIN, « Du juge aux affaires matrimoniales au juge aux affaires familiales », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot : Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, 1995, p. 561.

[50] L. CADIET, *art. cit., supra* note 41, p. 47 ; I. DESPRES, « La compétence du juge aux affaires familiales : quelques problèmes de technique législative» in *Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Litec, Dalloz, 2006, p. 85 ; J-P. GRIDEL, «Le juge aux affaires familiales» in C. BOLZE, Ph. PEDROT, *Les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux* ? Dalloz, 1996, p. 53 ; J-P. GRIDEL, « Regards sur le juge aux affaires familiales », in *Etudes offertes à Pierre Catala : Le droit privé français à la fin du XX^e^ siècle*, Litec, 2001, p. 207 ; J-C. KROSS, De «L'homme orchestre» au « virtuose» ? Ou les impressions subjectives de lecture de la loi n°93-22 du 8 janvier 1993, *Gaz. Pal.,* 1993, Doc. p. 1154 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, *art. cit., supra* note 49, p. 141 ; C. LIENHARD, *Rép. Proc. civ.,* Dalloz, v° Juge aux affaires familiales (2011) ; J. MASSIP, *art. cit., supra* note 41, p. 1120 ; H. PARCHEMINAL, Le Juge aux affaires familiales. Nouveau juge des conflits familiaux (loi. N° 93-22, 8 janvier 1993), *JCP éd., G,* 1994, I, Doc. 3762, p. 227 ; P. SALVAGE-GEREST, Le juge des affaires familiales (De L'homme orchestre du divorce à l'homme orchestre de l'autorité parentale), *Dr. fam.*, 2003, Chron., 12, p. 8 ; X. VUITTON, *JCl Proc. civ.,* v° Fasc. 214-5, «Tribunal de grande instance- Juge aux affaires familiales» (2013) ; C. WATINE-DROUIN, *art. cit., supra* note 49, p. 557.

[51] Une loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats avait introduit la dénomination « juge des affaires familiales » mais cela n'a pas été pris en compte dans les modifications successives. *Cf.,* V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Rép. Proc. civ.,* Dalloz, v° Autorité parentale (2005- Mise à jour 2013), n°16.

[52] L'évolution du rôle du juge en matière familiale, sans constituer le cœur de notre sujet, ne pourra être négligée. Pour l'évolution de la fonction de juger. *Cf.,* V. EGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010 (Préface A. LEBORGNE), p. 15 et ss. *Adde,* P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *op. cit., supra* note 11, p. 21 : *« Le juge joue un rôle considérable dans la famille, ou plus exactement dans les conflits de famille. Souvent, son office est le même dans le droit de la famille que dans les autres parties du droit. Il doit juger, c'est-à-dire décider qui a tort et qui a raison, en « disant le droit », c'est-à-dire, selon le processus connu, en appliquant une règle générale à une situation concrète. Cependant, le droit de la famille a son*

6. Les compétences d'attribution en droit positif.- En droit positif de la famille, le législateur a confié des compétences à une pluralité d'organes intitulés « juges » ou « tribunal ». Le juge aux affaires familiales, le juge des enfants, le juge des tutelles, le tribunal d'instance et de grande instance, le juge du tribunal d'instance, le président du tribunal de grande instance[53] ont tous une part de compétence.

Dans un souci d'exhaustivité, il faudrait ajouter à cette liste le juge de la mise en état, le juge des requêtes, le juge des référés et le juge de l'exécution[54]. Cependant, leur étude est exclue de notre recherche car ces juges sont chargés d'aspects généraux de la procédure : la mise en état, les mesures provisoires, les mesures urgentes et l'exécution des décisions. Ces questions ne sont pas spécifiques à la matière familiale. Pour notre part, il nous importe de centrer notre propos sur les conflits qui ne peuvent avoir lieu que dans le domaine familial. Cela implique de s'intéresser aux juges ayant une compétence spécifique dans ce domaine.

Cette exclusion précisée, l'étude de la pluralité d'organes intervenant en droit de la famille[55] permet de déterminer l'étendue des conflits de compétence d'attribution. Le mouvement aurait été inverse s'il avait fallu relever l'essence de la fonction de juger en matière familiale. Au lieu de s'attacher à montrer la diversité des organes ayant à faire avec la

---

originalité, car la règle générale utilise souvent « des notions à contenu variable », dont seul le juge est en mesure de fixer la signification dans chaque cas particulier. Souvent aussi, son office se présente dans les matières familiales avec un particularisme accusé ; il doit être un pacificateur, un conseiller ou un médiateur, avec toute une gamme de pouvoirs, prenant en compte les éléments sociaux et psychologiques de la situation en cause. Aussi, le pouvoir modérateur et le rôle médiatique du juge sont-ils ici plus importants que partout ailleurs ; de même, la juridiction gracieuse se développe, par exemple, dans le divorce par consentement mutuel ; de même aussi, le juge se voit conférer des pouvoirs inquisitoires, notamment dans le droit de la filiation, pouvoirs qui ne sont pas conformes à l'idée traditionnelle que l'on se fait de la neutralité du juge en matière civile ; de même, enfin, il prend souvent des mesures provisoires, plus ou moins temporaires, notamment dans les relations conjugales ».

[53] La juridiction de proximité a été instituée par la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002. Elle a été supprimée par la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles. Cependant, cette suppression ne sera effective qu'au 1er janvier 2015 selon la loi n° 2012-1441 du 24 décembre 2012 relative aux juridictions de proximité.

[54] Il est intéressant de noter qu'en 1979 la conclusion était comparable. *Cf.,* H. CROZE, « L'intervention judiciaire dans la famille », in R. NERSON (dir.), *Mariage et famille en question*, CNRS, 1979, t. 2, p. 177 : *« C'est ainsi que peuvent intervenir dans le cadre familial : le tribunal de grande instance, que ce soit en formation collégiale traditionnelle, en formation collégiale particulière (chambres de la famille), ou à juge unique (président du tribunal, juge aux affaires matrimoniales, juge de la mise en état), le tribunal d'instance (« stricto sensu » ou sous la forme du juge des tutelles), et enfin, le juge des enfants ». Adde*, p. 211 : *« Que l'on ajoute à cette liste les formations de droit commun telles que le juge des référés, le juge des requêtes ou le juge de la mise en état et l'on comprendra aisément que cette diversité fasse surgir de nombreux conflits de compétence ».*

[55] Le juge aux affaires familiales est la dernière création spécifique en matière de contentieux familial. Toutefois, des lois successives ont modifié les compétences initiales des différentes juridictions.

famille, il aurait été nécessaire d' *« unifier cette diversité des compétences entre les juges ayant à connaître d'une situation familiale »* [56].

7. Les éléments du conflit.- L'implication de juridictions.- Pour que naisse un conflit de compétence d'attribution, il ne suffit pas qu'il y ait une pluralité d'organes. Il faut tout d'abord que ces derniers soient des juridictions[57] et qu'ensuite leurs compétences s'entrecroisent. Il est donc nécessaire de vérifier si les organes retenus plus haut sont des juridictions car s'ils ne sont que de simples formations[58] alors il s'agira tout au plus d'un problème de procédure[59]. L'intérêt de la question est évident lorsqu'il est rappelé que le juge aux affaires familiales, le juge des enfants, le président du tribunal de grande instance sont des juges qui font partie du tribunal de grande instance. Ainsi, il est légitime de se poser la question de savoir si un conflit de compétence est possible entre ces juges[60] et la juridiction plus vaste qui les contient.

8. La difficulté à qualifier un organe comme juridiction.- La qualification d'un organe comme juridiction est difficile[61] car la notion de juridiction est polysémique. En effet, *« le*

---

[56] *Cf.,* V. EGEA, *op. cit., supra* note 52, p. 9. *Adde*, pour une étude plus ancienne : C. POMART, *La magistrature familiale*, L'Harmattan, 2003 (Préface de F. DEKEUWER-DEFOSSEZ).

[57] Si, jusqu'à présent, nous avons indifféremment utilisé les termes de « juge », « intervention judiciaire », « tribunal » ou « juridiction », il nous faut dorénavant être plus précis.

[58] Ph. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, Thèse, Paris II, 1981, p. 12 : *« La distribution des litiges entre les différentes chambres d'une même juridiction, ou les diverses formations de celle-ci, pour procéder de raisons identiques à celles qui justifient une répartition entre les tribunaux, ne constitue pourtant pas une question de compétence »*; H. SOLUS, R. PERROT, *op. cit., supra* note 47, p. 7 : *« Etant donné, d'une part, que la chambre sociale, la chambre du conseil et la chambre de la famille ne sont pas des juridictions autonomes et distinctes de la juridiction dont elles ne sont qu'une formation particulière, et étant donné, d'autre part, que les affaires dont la connaissance est attribuée à cette formation particulière sont, en soi et de leur nature, de la compétence de la juridiction au sein de laquelle est constituée ladite formation, il s'agit non pas d'un problème de compétence, au sens juridique strict, mais bien d'un problème de procédure »*.

[59] S'il s'agit ici de distinguer les juridictions des simples chambres ou formations, il est temps de préciser que les conflits de compétence d'attribution ne concernent pas les arbitres qui pourraient éventuellement intervenir en droit patrimonial. *Cf.,* V. EGEA, *op. cit., supra* note 52, p. 9 : *« Même en droit de la famille, domaine dont l'arbitrabilité semble a priori exclue, en raison de l'importance de l'indisponibilité des droits, un recours à l'arbitrage pourrait être concevable en matière patrimoniale. Il faut bien reconnaître toutefois que, pour l'instant, une telle proposition demeure prospective »*. La notion d'arbitre n'est pas liée à la compétence. Nous devons également exclure le procureur de la république car même si son rôle dans le contentieux familial est réel ce n'est pas une question de compétence d'attribution.

[60] Cette question prend de l'ampleur à la lecture des principaux manuels sur les institutions judiciaires dans lesquels ces juges n'ont qu'une place réduite. A titre d'illustration, pour le juge aux affaires familiales, il n'y est consacré que quelques lignes dans le manuel de R. PERROT, *op. cit., supra* note 38, p. 389. Dans l'ouvrage de S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, A. VARINARD, T. DEBARD, *op. cit., supra* note 38, p. 465, l'étude du juge aux affaires familiale occupe une page.

[61] M-C. RIVIER, « Juridiction » in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p. 702 et ss : *« La question de savoir ce qu'est une juridiction, ce qu'est un acte juridictionnel, a suscité une littérature juridique considérable, tant en droit public qu'en droit privé. Si la qualification de juridiction est le fait des dispositifs*

terme de juridiction désigne, d'une part, un organe ayant l'aptitude à rendre des décisions de justice (tribunal, cour, conseil), d'autre part, la fonction exercée par cet organe »[62]. Il importe de retenir les deux sens dans cet exercice de qualification.

La détermination des critères pour définir une juridiction n'est pas aisée[63]. Aucun critère n'est suffisant par lui-même. Par conséquent, c'est la méthode du faisceau d'indices qui sera retenue ici. Nous allons successivement nous intéresser à différents éléments qui peuvent être l'indice de l'existence d'une juridiction. Il s'agit du nom donné à l'organe, de l'institution par la loi, de la mission confiée à cet organe, de la collégialité et de l'indépendance.

9. Le nom.- Tout d'abord, il convient de retenir que les termes de « juge », « tribunal », « juridiction » sont souvent employés comme des synonymes pour désigner un *« organe institué pour exercer le pouvoir de juridiction »*[64]. Les différents organes intervenant dans le domaine familial répondent bien à cette dénomination.

Pour certains d'entre eux, ils sont nommés pour leur fonction. Le juge « nommé » peut être défini comme *« un juge auquel la loi impose un nom qui veut être le signe des fonctions à lui confiées (...) et un juge désigné à l'avance dans chaque juridiction pour exercer ses fonctions de façon durable (et non cas par cas) »*[65]. Le juge aux affaires familiales, le juge des enfants, le juge des tutelles sont ainsi nommés pour une fonction spécifique ou pour un domaine déterminé. Une tendance récente tend à nommer de manière encore plus précise les différentes fonctions des juges. Ainsi, les termes « juge des tutelles des mineurs » et « juge des tutelles des majeurs »[66] sont apparus avec la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009.

---

juridiques, par exemple lorsqu'un texte qualifie expressément l'organe qu'il crée de juridiction ou encore lorsqu'un arrêt qualifie un acte de juridictionnel afin d'en déterminer le régime dans l'espèce qui lui est soumise, la notion de juridiction en tant que fonction constitue nécessairement une construction doctrinale, un discours tenu sur le droit » ; G. WIEDERKEHR, « Qu'est ce qu'un juge ? » in *Mélanges en l'honneur de R. PERROT, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, 1996, p. 578.

[62] M-C RIVIER, « Juridiction » in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p. 702. *Adde*, G. CORNU (dir.), *op. cit., supra* note 15, v° Juridiction : Premier sens : *« Mission de juger : pouvoir et devoir de rendre la justice par application du Droit (en disant le droit) »* ; Second sens : *« Organe institué pour exercer le pouvoir de juridiction »*.

[63] L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, PUF, 2e éd., 2013, p. 410 : *« La difficulté à cerner la notion (juridiction) est telle qu'on pourrait renoncer à l'entreprise de construction d'une théorie pour traiter, pragmatiquement, du phénomène juridictionnel. Le fait est qu'il faut renoncer à l'idée de trouver des véritables critères de la juridiction. Même s'il ne faut pas renoncer à trouver un noyau dur commun, cette recherche ne peut se faire qu'à partir de certains indices, le plus communément admis, variant parfois selon le contentieux considéré »*.

[64] G. CORNU (dir.), *op. cit., supra* note 15, v° Juridiction (second sens).

[65] G. CORNU, *La réforme du divorce, Cours de DEA de droit privé*, 1979, vol. 2, p. 247, n° 375.

[66] Pour les difficultés entraînées par l'emploi de ces expressions, *cf., infra* note 985.

10. L'institution par la loi.- Pour qu'un organe soit une juridiction, le critère du nom ne peut suffire. L'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 énonce que *« les règles concernant la création de nouveaux ordres de juridiction »* sont du domaine de la loi. Il convient de constater qu'effectivement le juge aux affaires familiales a été institué par la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 et le juge des tutelles par la loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964[67].

Le tribunal de grande instance, le tribunal d'instance, le juge des enfants, quant à eux, ont été mis en place par des ordonnances, textes émanant de l'exécutif. Des raisons historiques amènent, cependant, à les considérer comme répondant au critère de l'article 34 de la Constitution. En effet, le tribunal de grande instance et le tribunal d'instance ont été instaurés par l'ordonnance n° 58-1273 du 22 décembre 1958. Cette ordonnance a été prise dans le cadre de l'article 92 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui énonce dans ses dispositions initiales que « *les mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions et, jusqu'à cette mise en place, au fonctionnement des pouvoirs publics seront prises en Conseil des Ministres, après avis du Conseil d'État, par ordonnances ayant force de loi»*[68]. L'ordonnance n° 58-1274 du 22 décembre 1958, qui confie l'assistance éducative au juge des enfants créé par l'ordonnance du 2 février 1945, est également prise dans le cadre de l'article 92 de la Constitution de 1958.

Le président du tribunal de grande instance, quant à lui, s'est vu confier par la loi certaines compétences propres. L'article L. 213-1 du Code de l'organisation judiciaire indique que *« le président du tribunal de grande instance a compétence dans les matières déterminées par la loi et le règlement ».* Il en va de même pour le juge du tribunal d'instance[69].

11. L'institution par la loi, un critère insuffisant : le cas du juge de la mise en état.- Même si les organes intervenant en droit de la famille ont été institués par la loi, il est impossible de s'en remettre à ce seul critère pour les qualifier de juridiction. En effet, la loi ne s'impose que pour la création d'un ordre de juridiction au sens de l'article 34 de la

---

[67] V. LARRIBAU-TERNEYRE, M. AZAVANT, *Rép. Proc. civ.,* Dalloz, v° Administration légale et tutelle (2012), n° 38 : *« Classiquement, il a toujours été considéré que le juge des tutelles était d'abord et principalement une juridiction, avec toutes les conséquences attachées à cette qualification (compétence territoriale, d'attribution, nature juridictionnelle des décisions…). (…). Cette juridiction était distincte du tribunal d'instance ; il s'agissait d'une juridiction d'exception qui obéissait à des règles de compétence (…) et de procédure (…) particulières ».*

[68] Un délai est précisé dans l'article 91 de la Constitution du 4 octobre 1958 : *« Les institutions de la République prévues par la présente Constitution seront mises en place dans le délai de quatre mois à compter de sa promulgation. Ce délai est porté à six mois pour les institutions de la Communauté ».*

[69] *Cf.,* articles L. 221-6 à L. 221-8-1 du Code de l'organisation judiciaire.

Constitution. Certes, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat ont interprété cette notion comme la création de toute juridiction nouvelle, c'est-à-dire d'un type nouveau, et non seulement la création d'un nouvel ordre en parallèle de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire[70]. Mais il ne peut être affirmé que si un organe est créé par un décret, cela exclut sa qualité juridictionnelle[71]. Cela démontre uniquement que ce n'est pas un nouvel ordre de juridiction ou une juridiction d'un type nouveau. Comme un décret peut être également à l'origine d'une juridiction, il est important de ne pas se contenter du critère légal pour retenir la qualification de juridiction. Preuve en est donnée par les débats sur la reconnaissance du juge de la mise en état comme une juridiction alors qu'il a été créé par le décret n° 71-740 du 9 décembre 1971. Déjà, dans l'histoire de la création du juge de la mise en état, le décret du 13 octobre 1965 qui avait instauré *« le juge chargé de la mise en état des causes »* avait fait l'objet d'un recours en annulation, selon le moyen notamment que le décret attaqué aurait été pris en violation des dispositions de l'article 34 de la Constitution[72]. Cependant, le Conseil d'Etat n'avait pas retenu cette violation car *« nonobstant la circonstance qu'il* (le juge chargé de la mise en état des causes) *peut rendre des ordonnances présentant un caractère juridictionnel, les requérants ne sont pas fondés à soutenir qu'il constituerait une juridiction distincte du tribunal de grande instance auquel il appartient ».* L'argument du caractère juridictionnel des attributions du juge[73] a été repris depuis lors pour tenter de faire reconnaître

---

[70] *Cf.,* S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *op. cit., supra* note 27, p. 54 ; S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, A. VARINARD, T. DEBARD, *op. cit, supra* note 38, p. 17 et ss : *« Relèverait de la compétence réglementaire la création d'un tribunal supplémentaire s'ajoutant à ceux déjà existants, ou l'aménagement interne tel que la création de chambres supplémentaires ou de « sections », alors que, au cours des ces dernière années, la création d'un juge des enfants, d'un juge de l'exécution (JEX), d'un juge de l'application des peines (JAP), d'un juge délégué aux affaires matrimoniales (JAM) puis familiales (JAF), des juges de proximité, a été réalisée par un texte législatif ». Adde,* C. DEBBASCH, J-C. RICCI, *Contentieux administratif*, Dalloz, 7e éd., 2001, p. 60.

[71] Pour une position contraire. *Cf.,* R. PERROT, *op. cit., supra* note 38, p. 241 : *« Il a toujours été admis que la création d'une juridiction appartient au domaine réservé de la loi. Il en résulte que si un organisme a été institué par le pouvoir réglementaire (par un décret) ou par l'administration elle-même (au moyen d'un simple arrêté), sans qu'une loi ait prévu cette création, il ne peut en aucun cas être considéré comme une juridiction : tout au plus s'agit-il d'une « autorité administrative ». Et si néanmoins, le décret ou l'arrêté instituant cet organisme sans la moindre caution législative devait lui attribuer la nature d'une juridiction, cette création ne serait pas entachée de nullité, mais les décisions prises par cet organisme seraient dépourvues de tous les effets qui s'attachent aux jugements».*

[72] CE, 21 février 1968, Ordre des avocats à la Cour de Paris et autres, *D.* 1968, p. 223, Concl. O. DUTHEILLET DE LAMOTHE.

[73] *Cf.,* la position, à propos du décret du 13 octobre 1965, de P. HEBRAUD, obs. à la RTD*Civ*., 1967, p. 207 : *« Bien que l'on ait voulu faire du juge des mises en état une véritable juridiction ce serait aller trop loin que d'ériger ses attributions en une compétence propre, appropriée par lui corrélativement à une amputation de la compétence du tribunal. Le juge des mises en état est dans une situation juridique hybride ». Cf.,* la position de H. MOTULSKY après le décret du 7 décembre 1967 : H. MOTULSKY, *Ecrits, Etudes et notes de procédure civile,* Dalloz, 2010, p. 259 : *« La réforme nous convie à renoncer à une notion exagérément statique et*

le qualificatif de juridiction au juge de la mise en état[74]. Il est en tout cas certain que le fait que le juge de la mise en état prenne des actes juridictionnels alors même qu'il a été institué par voie réglementaire conduit à interroger le critère de l'origine légale. A titre d'illustration de ce hiatus, nous pouvons relever que le Code de l'organisation judiciaire, dans sa partie législative, comprend une sous-section intitulée « Le juge de la mise en état ». Or, cette partie ne comprend aucune disposition!

12. La recherche d'autres critères.- Manifestement, ce critère d'institution par la loi ne suffit pas, il faut en examiner d'autres, plus spécifiques. L'ordre judiciaire nous donne peu de réponse sur ces critères[75]. Il en va autrement dans l'ordre administratif[76] qui privilégie un élément matériel et des éléments organiques[77] ou formels[78].

---

monolithique de juridiction inséparable de la représentation de trois juges qui siègent et auxquels on demande d'exercer leur juridiction toujours ensemble et seulement à partir du moment où ils sont réunis, comme si l'audience était le point de départ de l'examen au fond, alors qu'elle doit en être l'accomplissement. Dans une conception plus active et plus nuancée, la juridiction diversifie et échelonne ses interventions. C'est déjà elle qui agit à travers tel ou tel de ses membres. Emanation du collège, le juge des mises en état réalise cet échelonnement en préparant l'étude du principal et en statuant sur certains incidents. Intervention mieux adaptée au développement du procès. Intervention plus légère qu'il est logique de voir s'effacer devant l'ensemble du tribunal dans les matières graves où l'on admet ce qu'on pourrait appeler « le référé au tribunal ». Non pas dégradation mais gradation du pouvoir juridictionnel ; non pas dégénérescence mais démultiplication ; non pas juridiction hybride mais juridiction adéquate intégrée au développement de l'instance. Au demeurant, il n'est pas nouveau de conférer à un même juge des pouvoirs à la fois juridictionnels et administratifs, puisqu'aussi bien telles étaient déjà les attributions du juge chargé de suivre la procédure».

[74] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *op. cit., supra* note 27, p. 1167 : *« Il tend à devenir, sans y parvenir tout à fait, une juridiction autonome et non seulement une antenne de la formation collégiale »*; D. KARSENTY, L'apparition des nouveaux droits fondamentaux de procédure en matière de mise en état , *JCP éd. G,* 2007, I, 160. Suite au décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005, l'auteur se demande si *« tenu dans la conception traditionnelle comme une « émanation », ou un « auxiliaire de la formation collégiale », le juge de la mise en état, qui tranche des incidents et exceptions et dont certaines des décisions ont l'autorité de la chose jugée, ne doit-il pas désormais être regardé comme une juridiction autonome »*.

[75] O. GOHIN, Qu'est ce qu'une juridiction pour le juge français ? *Droits*, 1989, n°9, p. 93 : *« Que cette question se pose d'abord dans la procédure administrative, voilà qui n'a rien de surprenant si l'on considère les trois éléments suivants : l'origine de la justice administrative, issue de l'administration active ; la dualité des fonctions administrative et juridictionnelle que, pour la plupart, les juridictions administratives exercent simultanément, qu'elles soient générales ou spéciales ; la multiplicité et la diversité des organismes qui, associés à l'action administrative, sous les formes les plus variées, de la consultation interne au contrôle externe, bénéficient rarement d'une qualification parfaitement claire de leur nature, administrative ou juridictionnelle »* ; R. PERROT, *op. cit., supra* note 38, p. 240 : *« Il y a lieu d'observer que ce problème est spécifique à l'ordre administratif. Au sein de l'ordre judiciaire, la question ne s'est que très rarement posée pour la simple raison que les organes de l'ordre judiciaire ne sont pas issus de l'administration et que leur soumission à la Cour de cassation suffit à attester leur caractère juridictionnel »* ; G. WIEDERKEHR, *art. cit., supra* note 61, p. 578 : *« Le problème de qualification de l'organe ne se posant généralement pas devant la Cour de cassation du fait que les juridictions de l'ordre judiciaire sont bien répertoriées, c'est au Conseil d'État qu'il revient de fixer les caractéristiques qui permettent de qualifier un organe de juridictionnel »* ; *Cf.,* toutefois Cass., avis, 9 juillet 1993, *D.* 1994, p. 137, note P. LAROCHE DE ROUSSANE. La Cour de cassation, saisie pour avis, ne reconnaît pas la qualité de juridiction aux bureaux d'aide juridictionnelle. Elle n'apporte toutefois pas d'éléments permettant de qualifier un organe de juridiction.

[76] R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13e éd., 2008, p. 112 et ss. *Adde,* la jurisprudence de la CJCE et de la CEDDH est également riche en enseignements quant à la notion de juridiction.

L'élément matériel est relatif à la mission de l'organe, à sa fonction. En effet, il doit avoir *« pour objet de trancher définitivement des contestations selon les règles du droit »*[79]. Les organes repérés en droit de la famille détiennent cette fonction juridictionnelle, qu'elle soit contentieuse ou gracieuse[80], définitive ou provisoire.

L'organe doit également répondre à des critères formels comme *« l'indépendance des membres qui composent l'organe institué, la présence de juges, la règle de la collégialité, le principe de la contradiction, la motivation obligatoire de la décision, etc. »*[81].

Parmi tous ces critères, la règle de la collégialité et celle de l'indépendance entre en contradiction directe avec certaines caractéristiques des organes intervenant dans le droit de la famille. Il convient alors de vérifier si l'absence de ces éléments formels aboutit inéluctablement au rejet de la qualification de juridiction.

Cf., L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *op. cit., supra* note 63, p. 412. A titre d'illustration, CJCE, 30 juillet 1966, VAASEN GÖBBELS, J. BOULOUIS, R-M. CHEVALLIER, *Grands arrêts de la cour de justice des communautés européennes*, t.1, Dalloz, 6e éd., 1994, p. 111. Dans cet arrêt, la Cour a retenu différents critères pour retenir la qualification de juridiction. Il s'agit de l'origine légale, de la permanence, de l'indépendance, de la force exécutoire attachée aux décisions, de la décision fondée en droit et de l'existence d'une procédure contradictoire. Cette appréciation ne vaut que dans le cadre des traités de l'Union européenne. Cependant, les critères dégagés par la Cour sont comparables à ceux retenus par les juridictions nationales.

[77] Certains auteurs (*Cf.,* R. PERROT, *op. cit., supra* note 38, p. 242) emploient le terme « organique » pour se référer aux exigences formelles. *Adde,* L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *op. cit., supra* note 63, p. 419.

[78] Des débats existent quant à la prééminence de tel ou tel critère, *Cf.,* R. CHAPUS, « Qu'est ce qu'une juridiction ? La réponse de la juridiction administrative » in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 265 ; R. CHAPUS, *op. cit., supra* note 76, p. 119 ; C. DEBBASCH, J-C. RICCI, *op. cit., supra* note 70, p. 62 : *« En l'absence de volonté exprimée du législateur quant à la nature de l'organisme, le juge recourt à la méthode traditionnelle du « faisceau d'indices », se refusant à faire un choix entre le critère matériel et le critère organique défendus chacun par un courant doctrinal. Certains auteurs estiment en effet qu'il faut se référer uniquement à l'emploi des formes juridictionnelles. Pour d'autres, le critère est celui du but : l'organe est juridictionnel quand il exerce un pouvoir légal et a pour objet de constater une situation juridique ou de fait avec force de vérité légale (...). Une partie de la doctrine estime enfin que le juge emploie essentiellement un critère matériel. Duguit définit la juridiction comme l'organe qui répond à une question de droit et prend l'acte juridique pour la réalisation de cette solution. Plus précisément, il apparaît que la mission du juge est de donner une solution à une contestation. La jurisprudence la plus récente s'inspire de ce critère matériel, elle emploie accessoirement le critère organique ».*

[79] R. PERROT, *op. cit., supra* note 38, p. 242. *Adde,* R. CHAPUS, *op. cit., supra* note 76, p. 116 : *« Il faut d'abord que l'organisme à qualifier dispose d'un pouvoir de décision. Juger c'est décider ; si et dans la mesure où un organisme n'a le pouvoir que d'exprimer des avis ou de formuler des propositions, il ne peut avoir de caractère juridictionnel ».*

[80] Aujourd'hui, le caractère juridictionnel de la juridiction gracieuse ne semble plus poser question. *Cf.,* L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *op. cit., supra* note 63, p. 415 : *« Une conception restrictive de l'activité juridictionnelle, liée au fait de trancher le litige, limiterait ainsi la juridiction à la seule activité contentieuse du juge. Le débat, même s'il demeure quelques poches de résistance, semble se résoudre dans le sens d'une incorporation de la matière gracieuse à la notion de juridiction ».*

[81] R. PERROT, *op. cit., supra* note 38, p. 242. *Adde*, R. CHAPUS, « Qu'est ce qu' une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative», in *Recueil d'études en hommage à C. EISENMANN*, Cujas, 1975, p. 265.

13. La collégialité.- Le principe de la collégialité[82] est mis à mal en présence notamment du juge aux affaires familiales, du juge des enfants, du juge des tutelles. Ce critère a été utilisé pour dénier au juge aux affaires familiales la qualité de juridiction autonome[83]. Ainsi, *« une doctrine autorisée et le Conseil d'Etat considèrent que dans le silence des textes ou leur absence de clarté il ne devrait y avoir des juridictions que collégiales : or le JAF est, en principe, un juge unique »*[84].

Cependant, si le critère de la collégialité a une importance historique en matière administrative[85], tel n'est pas le cas pour l'ordre judiciaire[86]. Il convient également de relever que *« juge unique et Etat de droit sont loin d'être incompatibles »*[87] et qu'en matière familiale, collégialité et juge unique ont chacun leur intérêt[88]. L'absence de collégialité ne peut donc aboutir systématiquement au rejet de la qualification de juridiction[89].

---

[82] T. LE BARS, « Juge unique/ collégialité », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 683 : *« Une juridiction est qualifiée de collégiale lorsqu'elle est composée de plusieurs juges qui statuent ensemble. A l'inverse, on parle de juridiction à juge unique lorsqu'un seul magistrat est appelé à juger »*.

[83] V. LARRIBAU-TERNEYRE, *art. cit., supra* note 49, p. 148 : *A sa question initiale : « La loi du 8.01.1993 en instituant le JAF a-t-elle créé un nouvel ordre de juridictions ou une nouvelle juridiction ? »,* l'auteur apporte une réponse négative en s'appuyant notamment sur le critère de la collégialité et celui de l'indépendance. Selon cet auteur, le juge aux affaires familiales *« reste un rouage du tribunal de grande instance (...) et ne constitue donc pas une juridiction autonome »* .

[84] V. LARRIBAU-TERNEYRE, *art. cit., supra* note 49, p. 148.

[85] R. CHAPUS, *op. cit., supra* note 76, p. 62 : *« Plus largement que les tribunaux judiciaires, les juridictions administratives satisfont ainsi à un principe qui, s'il n'a pas valeur constitutionnel, est, généralement, et à juste titre, reconnu comme une garantie de bonne justice et qui s'impose tout particulièrement en matière de contentieux administratif, la collégialité étant pour les juges qui sont chargés de le régler une condition de leur indépendance dans leurs rapports avec le plus puissant et le plus constant de leurs justiciables, c'est à dire avec l'administration »* ; M. PAILLET, « Le juge administratif, juge unique », in C. BOLZE, Ph. PEDROT, *Les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux* ? Dalloz, 1996, p. 93 : *« La collégialité des formations de jugements n'y apparaît pas comme une règle ou un principe dotés d'une force juridique fondamentale, mais plutôt selon l'expression de M. Chapus « une garantie de bonne justice ». La collégialité est, plus qu'un principe dont la constitutionnalité n'a pas été consacrée par le Conseil constitutionnel (...), une pratique traditionnelle de la juridiction administrative. Mais, aux dires mêmes de membres du Conseil d'Etat, « aucun principe général du droit n'impose que les fonctions juridictionnelles soient exercées collégialement dans l'ordre administratif (...). On peut cependant observer que si la collégialité n'a pas reçu de consécration majeure, elle n'en correspond pas moins à une pratique d'autant plus certaine qu'à l'inverse le juge administratif a marqué peu de goût pour le juge unique »*.

[86] Pour une illustration de juges uniques en matière civile, L. CADIET, « Le Juge unique en question », in C. BOLZE, Ph. PEDROT, Les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux ? Dalloz, 1996, p. 7 ; G. WIEDERKHER, *art. cit., supra* note 61, p. 585 : *« La collégialité en matière de justice existe aussi. Elle est même un principe. Mais, sans même compter que ce principe connaît des exceptions de plus en plus nombreuses et de plus en plus importantes, le caractère collégial de la justice n'a jamais été du même ordre que celui de législatif. Il ne relève pas de l'essentiel. Il n'est qu'une garantie (plus ou moins contestée d'ailleurs) de bonne justice »*.

[87] L. CADIET, « Le juge unique en question » in C. BOLZE, Ph. PEDROT (dir.), *Les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux ?*, Dalloz, 1996, p. 19.

[88] C. WATINE-DROUIN, *art. cit., supra* note 49, p. 565 ; pour une présentation générale des intérêts respectifs de la collégialité et du juge unique : *Cf.,* T. LE BARS, *art. cit., supra* note 82, p. 684.

[89] Dans certains cas, il faut relativiser le caractère unique du juge, car à l'instar notamment du juge aux affaires familiales il peut y avoir un renvoi à la formation collégiale du tribunal de grande instance qui statue alors

14. L'indépendance.- Le critère de l'indépendance[90] a été soulevé à propos du juge aux affaires familiales[91] dont il a été dit que *« le statut de délégué du juge aux affaires familiales se concilie mal avec l'exigence de l'indépendance de la juridiction »*[92]. C'est un lien de dépendance, du moins de délégation, qui existe entre le juge aux affaires familiales et le tribunal de grande instance. Le juge aux affaires familiales est, en effet, désigné comme le juge délégué du tribunal de grande instance dans le cadre de l'article L. 213-3[93] du Code de l'organisation judiciaire.

La loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 a simplifié la situation en abrogeant l'article 228 du Code civil qui énonçait que *« le tribunal de grande instance en matière civile est seul compétent pour se prononcer sur le divorce et les conséquences. Un juge de ce tribunal est délégué aux affaires familiales. Ce juge a compétence pour prononcer le divorce (...) ; Il est également seul compétent, après le prononcé du divorce (...) »*. Le rapport entre le tribunal de grande instance « seul compétent » et le juge délégué aux affaires familiales également « compétent » ou « seul compétent » était difficile à analyser[94], ces dispositions pouvant être considérées comme contradictoires[95].

---

comme juge aux affaires familiales. *Cf.,* article L. 213-4 alinéa 1 du Code de l'organisation judiciaire: *« Le juge aux affaires familiales peut renvoyer à la formation collégiale qui statue comme juge aux affaires familiales »*.

[90] La question de l'indépendance est traitée essentiellement dans les rapports des juridictions avec le pouvoir législatif ou exécutif. *Cf.,* L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *op. cit., supra* note 63, p. 601 ; G. WIEDERKEHR, *art. cit., supra* note 61, p. 585. Cependant, cette question a un intérêt dès qu'un lien de dépendance est révélé. *Cf.,* J-M. VARAUT, « Indépendance », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 622 : *« L'indépendance est la situation d'une collectivité, d'une institution ou d'une personne qui n'est pas soumise à une autre collectivité, institution ou personne. Il faut que son titulaire n'ait rien à attendre ou à redouter de personne. L'indépendance se caractérise par l'autonomie, ce qui ne veut pas dire qu'elle est anomique, mais que les normes qui régissent cette collectivité, cette institution ou cette personne lui sont propres. (...). L'indépendance se manifeste par la liberté du juge de rendre une décision non liée par une hiérarchie ou des normes préexistantes »*.

[91] Précisons que le juge des enfants est nommé par décret. Ces questions ont moins d'acuité quand il y a une nomination par décret. C. WATINE-DROUIN, *art. cit., supra* note 49, p. 567 : *« Le juge aux affaires familiales bénéficie sans doute d'un statut moins protecteur que le juge des enfants, juge nommé. Mais il est probable, et souhaitable, que les magistrats délégués à cette fonction bénéficient d'une certaine stabilité dans leur affectation »*.

[92] V. LARRIBAU-TERNEYRE, *art. cit., supra* note 49, p. 148 ; P. SALVAGE-GEREST, *art. cit., supra* note 50, p. 8. Dans l'introduction de son propos, l'auteur énonce sa position : *« il restait toujours un juge du tribunal de grande instance « délégué » aux affaires de familles et ne constituait pas une juridiction autonome »* en se référant à la position du tribunal de grande instance du 17 avril 1997 analysée *infra* par. n° 14.

[93] Article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire : *« Dans chaque tribunal de grande instance, un ou plusieurs magistrats du siège sont délégués dans les fonctions de juge aux affaires familiales (...) »*.

[94] Un regard historique sur l'évolution de cet article est riche d'enseignements quant à cette difficulté d'interprétation. En effet, l'article 228 du Code civil, inséré par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, faisait suite à l'article 247 qui, dans sa version initiale issue de la loi n° 75-617 du 12 juillet 1975, indiquait : *« Le tribunal de grande instance statuant en matière civile est seul compétent pour se prononcer sur le divorce et ses conséquences. Un juge de ce tribunal est délégué aux affaires matrimoniales. Il est plus spécialement chargé de veiller à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs. Le juge aux affaires matrimoniales a compétence exclusive pour prononcer le divorce lorsqu'il est demandé par consentement mutuel. Il est également seul*

Malgré cette simplification, les modalités de désignation du juge aux affaires familiales confirment sa dépendance. L'article R. 213-8 du Code de l'organisation judiciaire indique, en effet, que *« le président du tribunal de grande instance désigne un ou plusieurs juges aux affaires familiales conformément aux dispositions de l'article L. 121-3 »*. L'article L. 121-3 du Code de l'organisation judiciaire énonce, quant à lui, que *« chaque année, (...) le président du tribunal de grande instance (...) réparti*(t) *les juges dans les différents services de la juridiction (...) ».* Les modalités de désignation du juge aux affaires familiales, dans le cadre de l'ordonnance de roulement de l'article L. 121-3-1 du Code de l'organisation judiciaire, sont identiques à celles concernant la mise en place de chambres au sein du tribunal de grande instance. Ceci va dans le sens d'une dépendance du même ordre, du moins en apparence.

Si le critère de dépendance est retenu, faut-il alors approuver l'ordonnance du juge aux affaires familiales du Tribunal de grande instance d'Agen du 17 avril 1997[96] qui énonce *« qu'il résulte des articles 247 du Code civil, L. 312-1 du Code de l'organisation judiciaire et 1074 du Nouveau Code de procédure civile que le juge aux affaires familiales n'est qu'une formation du tribunal de grande instance et non une juridiction autonome »?*

---

compétent pour statuer, après le prononcé du divorce, quelle qu'en soit la cause, sur la garde des enfants et la modification de la pension alimentaire. Il statue alors sans formalité et peut être saisi par les parties intéressées sur simple requête ». L'article 228 du Code civil n'était ainsi que « la reprise maladroite » de l'article 247. Pourquoi maladroite ? Parce que le rapport entre le juge aux affaires matrimoniales et le tribunal de grande instance était d'un autre ordre que celui existant entre le juge aux affaires familiales et le tribunal de grande instance. Dans le premier cas, il y avait effectivement un partage de compétence entre le tribunal de grande instance et le juge aux affaires matrimoniales qui avait uniquement une compétence (exclusive) pour le prononcé du divorce par consentement mutuel et pour statuer après le prononcé du divorce sur la garde des enfants et la modification de la pension alimentaire. *Cf.,* J. MIGUET, *JCl Proc. civ.,* v° Fasc. 214-5, « Tribunal de grande instance- Juge aux affaires familiales » (1993- Mise à jour 1999). L'abrogation de l'article 228 du Code civil a vidé le débat de tout intérêt.

[95] Bien que l'article 228 du Code civil ait été abrogé par la loi du 12 mai 2009, il restait toutefois l'article R. 211-4 du Code de l'organisation judiciaire, inséré par le décret n° 2008-522 du 2 juin 2008, qui indiquait que *« le tribunal de grande instance a compétence exclusive dans les matières déterminées par les lois et règlements, au nombre desquelles figurent les matières suivantes :1° Etat des personnes ; mariage, divorce, séparation de corps, filiation, adoption, déclaration d'absence ; 3° Régimes matrimoniaux ; 4° Successions »*. La compétence exclusive du tribunal de grande instance dans ces matières reposait la question du statut du juge aux affaires familiales, également compétent. Cet article a été modifié, ce qui simplifie également les questions. Dorénavant, l'article R. 211-4, modifié par le décret n° 2009-1963 du 29 décembre 2009, est rédigé ainsi : *« Le tribunal de grande instance a compétence exclusive dans les matières déterminées par les lois et règlements, au nombre desquelles figurent les matières suivantes : 1° Etat des personnes : mariage, filiation, adoption, déclaration d'absence;(...) 3° Successions »*.

[96] TGI Agen, juge aux affaires familiales, 17 avril 1997, *Dr. fam.,* 1998, Comm. 5, note H. CROZE. En l'espèce, le statut du juge aux affaires familiales dans ses rapports avec le tribunal de grande instance ne constituait pas le cœur de la problématique. Il s'agissait de s'interroger sur le formalisme de la demande en matière d'obligation alimentaire entre majeurs.

Avant d'apprécier cette solution, il est nécessaire d'en mesurer l'actualité. En effet, les articles cités dans la décision ont été largement modifiés. L'article 247 du Code civil[97] a été abrogé par la loi n° 2004- 439 du 26 mai 2004 et c'est l'article 228 du Code civil[98] qui a repris les dispositions. Ensuite, cet article a été lui-même abrogé par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009. La comparaison est tout de même envisageable car des dispositions similaires se retrouvent dans le Code de l'organisation judiciaire à l'article L. 213-3. D'ailleurs, l'ordonnance mentionnait l'article L. 312-1 du Code de l'organisation judiciaire[99] qui précédait l'article L. 213-3[100]. L'ordonnance du juge aux affaires familiales du 17 avril 1997 fait également référence à l'article 1074 du Code de procédure civile. Si le contenu de l'article actuel n'a plus aucun rapport avec la version en vigueur au moment de l'ordonnance[101], les dispositions qu'il contenait sont toujours présentes dans le code de procédure civile[102]. Pour conclure, la solution mise en œuvre peut donc être retenue car si les articles qu'elle vise ont été modifiés, leur contenu est toujours présent dans les différents codes.

---

[97] L'article 247 du Code civil en vigueur au moment de l'ordonnance et dans sa version issue de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 énonçait que : *« le tribunal de grande instance statuant en matière civile est seul compétent pour se prononcer sur le divorce et ses conséquences. Un juge de ce tribunal est délégué aux affaires familiales. Il est plus spécialement chargé de veiller à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs. Ce juge a compétence pour prononcer le divorce, quelle qu'en soit la cause. Il peut renvoyer l'affaire en l'état à une audience collégiale. Ce renvoi est de droit à la demande d'une partie. Il est également seul compétent, après le prononcé du divorce, quelle qu'en soit la cause, pour statuer sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale et sur la modification de la pension alimentaire, ainsi que pour décider de confier les enfants à un tiers. Il statue alors sans formalité et peut être saisi par les parties intéressées sur simple requête ».*

[98] Article 228 du Code civil dans sa version issue de la loi n° 2004- 439 du 26 mai 2004: *« Le tribunal de grande instance statuant en matière civile est seul compétent pour se prononcer sur le divorce et ses conséquences. Un juge de ce tribunal est délégué aux affaires familiales. Ce juge a compétence pour prononcer le divorce, quelle qu'en soit la cause. Il peut renvoyer l'affaire en l'état à une audience collégiale. Ce renvoi est de droit à la demande d'une partie. Il est également seul compétent, après le prononcé du divorce, quelle qu'en soit la cause, pour statuer sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, sur la modification de la contribution à l'entretien et l'éducation des enfants et pour décider de confier ceux-ci à un tiers ainsi que sur la révision de la prestation compensatoire ou de ses modalités de paiement. Il statue alors sans formalité et peut être saisi par les parties intéressées sur simple requête ».*

[99] Article L. 312-1 du Code de l'organisation judiciaire, en vigueur du 1er février 1994 au 10 septembre 2002 : *« Un juge du tribunal de grande instance est délégué aux affaires familiales ».*

[100] Article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire : « *Dans chaque tribunal de grande instance, un ou plusieurs magistrats du siège sont délégués dans les fonctions de juge aux affaires familiales ».*

[101] Article 1074 du Code de procédure civile dans sa version en vigueur au moment de l'ordonnance du juge aux affaires familiales : *« Outre les pouvoirs qui lui sont dévolus par l'article 247 du code civil, le juge aux affaires familiales a pour mission de tenter une conciliation entre les époux avant ou pendant l'instance. Il est juge de la mise en état. Il exerce aussi les fonctions de juge des référés. Il statue, s'il y a lieu, sur les exceptions d'incompétence ».*

[102] Article 1073 du Code de procédure civile : *« Le juge aux affaires familiales est, le cas échéant, juge de la mise en état. Il exerce aussi les fonctions de juge des référés »* ; alinéa 1er de l'article 1071 du Code de procédure civile : *« le juge aux affaires familiales a pour mission de tenter de concilier les parties ».* Quant aux exceptions d'incompétence, il est possible de se référer aux dispositions générales du Code de procédure civile.

Certes, la dépendance du juge aux affaires familiales dans ses rapports avec le tribunal de grande instance s'impose. Cependant, les termes de l'ordonnance sont plus catégoriques puisque le qualificatif de juridiction (autonome) est dénié au juge aux affaires familiales, désigné comme une simple formation du tribunal de grande instance. Cette solution ne peut être approuvée dans son intégralité. Afin d'analyser correctement la relation entre le juge aux affaires familiales et le tribunal de grande instance, elle doit être observée au travers de l'autonomie organique mais également de l'autonomie fonctionnelle[103]. Ainsi, si le juge aux affaires familiales n'est effectivement pas une juridiction autonome au sens organique[104], étant donné ses modalités de désignation, il ne peut en être déduit qu'il n'est qu'une simple formation du tribunal de grande instance[105]. En effet, le juge a une fonction juridictionnelle propre. Sa dépendance organique ne lui enlève pas sa qualification de juridiction au niveau fonctionnel[106]. Ainsi, les conflits de compétence d'attribution peuvent se dérouler entre juridictions qui ne sont pas forcément autonomes au niveau organique.

15. Autonomie organique et autonomie fonctionnelle.- Le critère de l'indépendance a permis à travers l'exemple du juge aux affaires familiales de dégager deux notions, celle de

---

[103] J. HERON, T. LE BARS, *op. cit., supra* note 27, p. 792 : *«Organiquement, ces juges font partie du tribunal de grande instance, mais, dans l'exercice de leur fonction de juge, ils en sont indépendants. Ainsi est-on conduit à distinguer la juridiction organique, qui est le tribunal au sens ordinaire du mot, avec ses murs et son personnel, et la juridiction fonctionnelle, qui est le pouvoir de juger reconnu à ce tribunal ; mais ce pouvoir peut tout aussi bien être reconnu à un membre de ce tribunal. La différence de nature entre les règles de procédure et les règles de compétence se traduit concrètement dans la formulation des décisions rendues. Lorsqu'une formation ne dispose pas d'un pouvoir juridictionnel propre, ses décisions sont rendues au nom du tribunal. Lorsqu'un juge dispose d'un pouvoir juridictionnel propre, il statue en son nom personnel ».*

[104] S. PIERRE-MAURICE, Référé et référé en la forme devant le JAF, *AJ fam.,* 2013, p. 481 : *« Si le juge aux affaires familiales (JAF), membre du TGI délégué aux affaires familiales, ne constitue pas juridiquement une juridiction autonome, il en adopte en fait l'apparence : comme il est juge unique et que sa compétence est exclusive et a été progressivement élargie, il concentre sur sa tête de nombreux pouvoirs, compétences et offices ».*

[105] Pour une position contraire : F. TERRE, D. FENOUILLET, *op. cit., supra* note 6, p. 15. Suite à la présentation de l'alinéa 1er de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire *(« Dans chaque tribunal de grande instance, un ou plusieurs magistrats du siège sont délégués dans les fonctions de juge aux affaires familiales »)*, les auteurs énoncent les propos suivants : *« C'est dire que le juge aux affaires familiales demeure une simple formation du tribunal de grande instance ».*

[106] V. LARRIBAU-TERNEYRE, *art. cit., supra* note 49, p. 148 : *« Il est donc clair que lorsqu'il intervient en qualité de juge unique, le JAF a une compétence juridictionnelle ; mais il en constitue pas pour autant une juridiction autonome ». Adde,* pour les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales, issues de la loi n° 2009-526, en matière d'administration légale, de tutelle des mineurs et d'émancipation, *cf.,* les conclusions de M. l'avocat général J-D. SARCELET sous la demande d'avis formée auprès de la Cour de la cassation par le tribunal de grande instance de Besançon le 24 mars 2014 (Cass., avis, 24 mars 2014, *RJPF*, juin 2014, p. 31, note I. CORPART ; RTD*Civ.,* 2014, p. 336, note J. HAUSER): *« Il résulte de l'article L. 213-3-1 du Code de l'organisation judiciaire que le juge aux affaires familiales en charge de la tutelle des mineurs est une juridiction de l'ordre judiciaire habilitée à solliciter l'avis de la Cour de cassation, au sens de l'article L. 441-1 du même code ».*

l'autonomie organique et celle de l'autonomie fonctionnelle. La conclusion que nous en tirons est que la dépendance organique n'enlève pas la qualification de juridiction dans sa dimension fonctionnelle. Cette conclusion est rassurante car si le juge aux affaires familiales ne pouvait être qualifié de juridiction, mais uniquement de simple formation du tribunal de grande instance, notre sujet aurait perdu son intérêt. Les conflits de compétence d'attribution ne peuvent effectivement avoir lieu entre de simples formations.

16. La définition de juridiction retenue.- Nous avons déterminé que pour qu'un conflit se développe, il faut être en présence d'une juridiction[107]. Nous savons à présent que la définition de la juridiction à retenir est la suivante : il s'agit d'un organe ayant une fonction juridictionnelle propre, son statut d'autonomie ou de dépendance organique étant indifférent. Les organes intervenant en droit de la famille[108] répondent à cette définition. Il convient de préciser qu'il n'est pas nécessaire d'étudier le rapport de dépendance ou d'autonomie organique entre les différentes juridictions en présence puisque cela importe peu dans la naissance d'un conflit de compétence d'attribution.

17. La définition des conflits de compétence d'attribution retenue.- Les conflits de compétences d'attribution sont des conflits entre deux juridictions (telles que définies précédemment) quant à leur aptitude à connaître d'une même affaire, aptitude déterminée en raison de la nature de l'affaire. Ensuite, il faut que les compétences de ces juridictions s'entrecroisent. Car *« la loi, certes, s'efforce de prévenir une telle situation concurrentielle assignant à chacun sa fonction spécifique (...). Néanmoins les contours des interventions de chacun ne sont pas parfaitement dessinés et isolés. Il existe des sous-ensembles communs aux attributions de l'un et de l'autre, ou encore des passages de relais possibles »*[109].

Afin de compléter notre définition, il convient de préciser que les conflits de compétence d'attribution ne sont pas envisagés uniquement au regard des sanctions des règles de compétence. S'il en était ainsi, seules les hypothèses dans lesquelles un même litige serait pendant devant deux juridictions également compétentes devraient être retenues. Notre analyse portant davantage sur les compétences d'attribution que sur les sanctions, c'est une définition plus large qu'il faut retenir. Ainsi, les situations dans lesquelles au moins deux

[107] *Cf., supra* par. n° 7.
[108] *Cf., supra* par. n° 6.
[109] H. LECUYER, « Rapport de synthèse », in C. ALBIGES (dir.), *L'autorité parentale et ses juges*, Litec, 2004, p. 158.

juridictions pourraient être potentiellement compétentes pour une même affaire relèvent également de notre sujet. Nous comprenons également dans cette hypothèse la situation dans laquelle un plaideur soulève une exception d'incompétence. Il ne s'agit certes pas d'un conflit de compétence entre deux juridictions saisies. Cependant, si l'exception est soulevée, c'est que potentiellement une autre juridiction que celle saisie peut être compétente. Il y a bien deux juridictions en jeu par rapport à la compétence d'une même affaire même si cela ne se réalise pas. Dans notre conception du conflit, celui-ci peut être aussi hypothétique.

18. Une typologie des conflits.- Trois types de conflits.- Afin d'appréhender de manière raisonnée les questions soulevées, une classification des conflits est nécessaire. En effet, il existe une *« tendance à parler d'incompétence toutes les fois qu'un obstacle, peu importe lequel, interdit au juge de statuer »*[110]. Nous proposons de distinguer trois types de conflits : les conflits réels, les conflits apparents et les pseudo-conflits. Ils ont en commun d'apparaître tous, d'abord, comme des conflits potentiels mais leur analyse permet de leur donner un qualificatif différent.

19. Les conflits réels.- Les conflits réels naissent lorsque deux juridictions, avec un pouvoir juridictionnel identique, peuvent se déclarer compétentes pour une même affaire[111].

20. Les conflits apparents.- Dans les conflits apparents, l'apparence pouvant être définie comme « l'aspect illusoire qui s'oppose à la réalité profonde », les juridictions semblent avoir les mêmes compétences, avec un pouvoir juridictionnel identique, mais l'étude des dispositions légales clarifie leur intervention et rend le conflit inexistant. C'est la proximité des compétences qui donne l'apparence du conflit. Cependant, la confusion initiale est réglée par l'étude précise des différentes dispositions.

21. Les pseudo-conflits.- En présence de pseudo-conflits, ce n'est pas de compétence dont il s'agit mais de pouvoir. En effet, le juge ne peut pas faire ce qui lui est demandé, non parce qu'un autre juge est compétent, mais parce qu'aucun juge ne pourrait le faire.

Pour déterminer s'il s'agit d'une question de pouvoir ou de compétence, il suffit de se poser la question suivante : un juge peut-il le faire dans les mêmes conditions ? Si la réponse

---

[110] Ph. THERY, *op. cit., supra* note 58, p. 4.
[111] J. NORMAND, obs. à la RTD*Civ.,* 1983, p. 782 : *« Les confits de compétence impliquent une hésitation entre deux juridictions devant lesquelles la même demande pourrait être portée en vue de la même fin. Il leur suppose donc un pouvoir juridictionnel identique ».*

est négative, c'est une question de pouvoir, si la réponse est positive c'est une question de compétence.

Certes, la distinction entre pouvoir et compétence est pertinente, en droit interne, s'agissant surtout du juge des référés[112]. Cependant, elle concerne également la compétence au fond. Dans cette hypothèse, ce n'est pas l'absence de certaines conditions, l'urgence par exemple, qui empêche le juge de statuer mais l'absence d'une règle de droit au soutien de la prétention[113]. En d'autres termes, le juge saisi ne peut répondre à la question qui lui est posée.

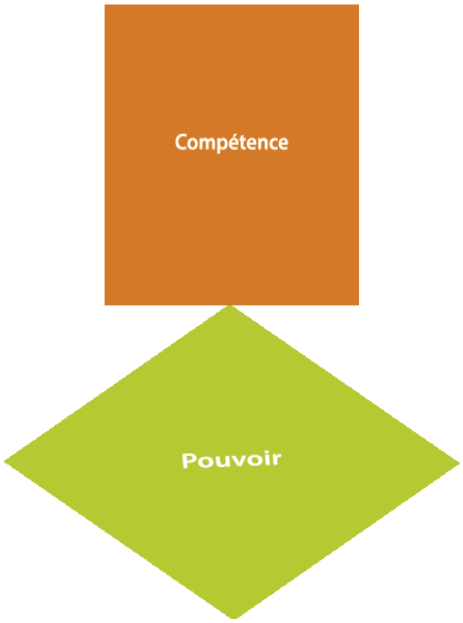
Les pseudo-conflits ne doivent pas être confondus avec les conflits apparents. Dans les conflits apparents, c'est l'étude des règles de compétence qui apporte la solution alors que dans les pseudo-conflits, c'est l'étude des règles de droit substantiel qui permet de déterminer l'absence ou l'existence d'une norme substantielle au soutien de la prétention. En effet, les pseudo-conflits ne mettent pas en œuvre les compétences concurrentes de deux juridictions.

[112] L. CADIET, E. JEULAND, *op. cit., supra* note 27, p. 94 ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *op. cit., supra* note 27 p. 985.
[113] Ph. THERY, obs. à la RTD*Civ.,* 2004, p. 546 : *« La question de pouvoir se pose en d'autres termes. Tantôt, il s'agit d'insister sur le fait qu'aucun juge ne peut faire ce qui lui est demandé (juger un état étranger ou, jusqu'à l'arrêt Banque africaine de développement, interpréter des traités sans être tenu par la nature de la question posée) tantôt sur le fait que certaines juridictions -notamment celle des référés- ne peuvent statuer que si certaines conditions spécifiques sont réunies ».*

Conflit réel

Conflit apparent

Pseudo-conflit



22. Dans une conception restrictive, seuls les conflits réels devraient être envisagés. Ils correspondent, en effet, à une définition stricte des conflits de compétence d'attribution. Cependant, une opération de clarification ne doit-elle pas commencer par distinguer toutes les hypothèses de conflits ?

23. Intérêts et enjeux.- Les éléments structurels des conflits de compétence d'attribution en droit de la famille étant établis, il faut à présent montrer l'intérêt de cette recherche avant d'en tirer les enseignements.

De prime abord, ce sont les difficultés qui surgissent. En effet, l'utilité des règles que nous nous proposons d'étudier a pu être discutée. Ainsi, il a été énoncé que *« si les règles de compétence territoriale sont indispensables (...), l'existence des règles de compétence d'attribution ne relève pas de la même nécessité. On pourrait très bien concevoir qu'il n'existe en France qu'une seule sorte de juridictions de premier degré. Le contentieux serait réparti en interne, entre différentes chambres, comme cela se fait devant les cours d'appel ou la Cour de cassation.(...) La justice serait tout aussi bien rendue qu'aujourd'hui »*[114]. Ensuite, le caractère peu contraignant des sanctions en cas de non respect des règles de compétence d'attribution a été mis en avant. Ainsi, *« à quoi cela sert- il d'avoir une réglementation si minutieuse, avec des règles de compétence parfois très pointues, si le législateur ne se soucie pas de les faire respecter ? »*[115].

Devant ces difficultés, faut-il plutôt envisager la mise en place d'une juridiction unique en droit de la famille qui, il est vrai, limiterait ou annulerait les conflits de compétence d'attribution ? Avant toute proposition de cet ordre[116], il est important de découvrir les enseignements des conflits de compétence d'attribution.

---

[114] J. HERON, T. LE BARS, *op. cit., supra* note 27, p. 793. *Adde,* C. BLERY, Plaidoyer pour une simplification des règles internes de compétence en matière judiciaire, *Procédures,* 2008, Etude 3.

[115] C. BLERY, *art. cit., supra* note 114, n°3. *Adde,* pour une présentation des sanctions, L. CADIET, E. JEULAND, *op. cit., supra* note 27, p. 214 et ss. ; M. DOUCHY-OUDOT, *Procédure civile*, Gualino, 6e éd., 2014, p. 132 ; H. CROZE, C. MOREL, O. FRADIN, *op. cit., supra* note 27, p. 263 et ss. ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *op. cit., supra* note 27, p. 1116 et ss. ; J. HERON, T. LE BARS, *op. cit., supra* note 27, p. 839 et ss.

[116] C. BLERY, Articulation des contentieux : étude des propositions de la commission Guinchard en matière de compétence civile, *Procédures*, 2008, Etude 8, note 20 *: «Ainsi, c'est le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance qui statuerait sur tout le contentieux familial. Autrement dit ces juges uniques seraient maintenus en tant que juridictions autonomes au sein du tribunal de grande instance (...) avec des risques d'erreur d'aiguillage, des conflits de compétence, comme actuellement. Pourquoi ne pas plutôt les transformer en chambres du tribunal de grande instance ? L'expression peut paraître curieuse mais il s'agirait de chambres statuant à juge unique (comme le tribunal de grande instance lui même est susceptible de rendre des jugements à juge unique). Dans de telle hypothèse, le président aurait alors à répartir les dossiers entre les chambres de son tribunal, collégiales ou juge unique, certaines généralistes, d'autres (la chambre sociale, le juge aux affaires*

D'autant plus que l'hypothèse d'une juridiction unique de première instance a été étudiée à maintes reprises, sans jamais être consacrée[117]. Cette constatation générale se retrouve en matière de droit de la famille, *« nulle part, il ne semble exister une seule juridiction qui aurait pour mission de connaître et de régler l'ensemble du contentieux familial »*[118]. Il convient d'ajouter qu'avec un seul juge le risque d'une normalisation[119] excessive de la fonction parentale et de la fonction conjugale existe et peut conduire à une standardisation des rapports familiaux[120].

Si la solution d'une juridiction unique présente des inconvénients, la pluralité de juridictions peut comporter des avantages. Elle a une véritable fonction pédagogique car elle permet de distinguer entre les différents problèmes qui se posent au justiciable. Ainsi, savoir qu'il y a un juge pour l'enfant en danger et un juge pour le fonctionnement de l'autorité

---

familiales...) ayant une fonction bien particulière. Ce choix serait épargné aux plaideurs (il est vrai pourvus d'un avocat) ».

[117] S. GUINCHARD (dir.), *op. cit., supra* note 11, p. 187 et ss : *« La liste est impressionnante des rapports ou études qui ont préconisé une juridiction unique en première instance depuis au moins 30 ans. Il importe d'en connaître les motivations et les principales variantes pour essayer de comprendre pourquoi cette idée n'a jamais encore connu d'application concrète »*.

[118] L. CADIET, « A la recherche du juge de la famille », in M-T. MEULDERS-KLEIN (dir.), *Familles et Justice*, Bruylant (Bruxelles) et LGDJ (Paris), 1997, p. 236. *Adde*, P. CATALA, *Famille et patrimoine*, PUF, 2000, p. 104 : *« Il n'existe pas un supertribunal de la famille, monopolisant toutes les affaires touchant au droit familial, et personne ne paraît s'en plaindre »*. De manière plus spécifique, pour l'autorité parentale, C. DELAPORTE-CARRE, *L'articulation des institutions de protection de la personne de l'enfant contre ses parents,* Dalloz, 2008 (Préface D. GUTMANN), p. 277 et ss. L'auteur mène une étude sur l'opportunité d'instituer un juge unique de l'autorité parentale et conclue à l'intérêt d'un pluralisme des juges de l'autorité parentale .

[119] E. MILLARD, *Famille et droit public. Recherches sur la construction d'un objet juridique*, LGDJ, 1995 (Préface J-A. MAZERES), p. 151. L'auteur démontre que le choix du critère de la protection de la famille est le critère de la normalité dans l'intervention de l'Etat : *« C'est la vie familiale culturellement acceptable par la Nation qui est protégée. Le Conseil constitutionnel est sur ce point particulièrement net : «les conditions d'une vie familiale sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil ». La difficulté tient alors à la détermination de ces conditions et c'est en dernière instance au juge que revient cette tâche. Pour ce faire, il s'inspire des conceptions admises dans le champ social, sans pour autant faire de l'admission majoritaire le critère de la normalité. Mais il faut bien voir que la conception de la normalité est d'abord celle du juge perception subjective en ce qu'on ne peut exclure que le juge, dans ce travail, fasse intervenir ses propres valeurs sur la normalité (attitude prescriptive), mais aussi perception subjective d'éléments objectifs en ce que le juge interprète ce qu'il croit être les modalités admises socialement. A cet égard, il est certain que les modes de recrutement des personnels judiciaires, leur formation commune ou la médiation des revues juridiques, par exemple, contribuent à forger un sous-système culturel des juristes, relativement homogènes, qui ne correspond pas totalement à la société réelle. L'idée, fort répandue, selon laquelle le droit, donc le juge ici, doit tenir compte des changements sociaux avec prudence, et en tous cas ne doit pas les favoriser, reste prégnant dans la conception du « culturellement acceptable »*.

[120] P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *op. cit., supra* note 11, p. 22 : *« Le juge intervient aussi bien dans les questions relatives aux enfants que dans les rapports à l'intérieur du couple. S'il est indiscret et veut réaliser l'emprise d'une idéologie, il porte atteinte à une liberté fondamentale : la liberté qu'a chaque famille de mener le genre de vie qu'il lui plaît et d'éduquer ses enfants selon ses croyances ou absences de croyance (...). Ainsi, malgré la suggestion qui lui a été faite, le législateur s'est refusé à créer un juge de la famille (« les chambres de la famille », spécialisées dans les affaires familiales). Jusqu'ici, il a craint l'autoritarisme de ces juges spécialisés, d'autant plus zélés que les sciences sociales sont aussi incertaines qu'ambitieuses »*.

parentale permet d'opérer une distinction entre le danger encouru par l'enfant et les désaccords au niveau des modèles éducatifs. Le justiciable devient acteur de sa demande de droit et non simple consommateur[121]. En présence de plusieurs juges, il a un choix à faire et doit avoir une réflexion sur la question qu'il veut soumettre à la justice. Ainsi entendues, les règles de compétence d'attribution ne sont pas inutiles, elles ont l'intérêt de classer et de distinguer clairement les problèmes. Cette détermination par le plaideur de la compétence d'attribution participe également du phénomène de *« l'écran du rituel » qui évite « l'imendiatezza du juge (pour faire un emprunt à l'italien des processualistes) (qui) incite à une justice paternaliste –ne vaudrait-il pas mieux aujourd'hui dire « maternante » ? –qui ramène les justiciables à l'état d'enfance »*[122].

24. La nécessité d'une meilleure lisibilité des compétences.- S'il est important de maintenir plusieurs juridictions, une meilleure lisibilité des compétences est toutefois nécessaire. Une pluralité de juridictions brouille nécessairement les frontières entre les compétences et peut provoquer des conflits. L'étude des conflits de compétences d'attribution en droit de la famille, à travers ses enseignements, permet de répondre au souci de la conciliation de la pluralité de compétences avec la lisibilité de l'organisation judiciaire en matière familiale.

25. Une meilleure image de la justice.- L'intérêt pratique d'une telle recherche se vérifie dans la lisibilité de l'accès à la justice pour le justiciable afin qu'il ne vive pas l'incompétence comme une violence qui lui serait infligée[123]. Le contentieux[124] familial étant très important

[121] Avec l'aide d'un professionnel du droit.
[122] J. CARBONNIER, « Préface » in A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 1997, p. 15.
[123] M- T. MEULDERS-KLEIN, « Famille », in L. CADIET (dir.), *op. cit. supra* note 2, p. 512 : *« C'est sur les justiciables eux-mêmes que, liées à des réformes au coup par coup dénuées de cohérence, pèsent la dispersion des compétences juridictionnelles entre des tribunaux différents selon la nature ou le moment du litige -quel tribunal saisir avant, pendant ou après la séparation ou divorce, à propos des enfants, des pensions alimentaires, des biens ? - la complexité des procédures, leur lenteur et leur coût, et surtout les frais de représentation en justice ; a fortiori en cas de conflits binationaux ou multinationaux de plus en plus nombreux. D'où le sentiment de frustration, d'injustice et de désaffection à l'égard de la justice traditionnelle et la demande de remèdes »*.
[124] Le terme « contentieux » sera désormais utilisé par commodité de langage pour l'ensemble des affaires familiales judiciaires. Lorsque sera en jeu la distinction entre gracieux et contentieux, une précision sera faite. Pour une même utilisation du terme contentieux, *Cf.,* I. BARRIERE BROUSSE, M. DOUCHY-OUDOT (dir.), *Les contentieux familiaux. Droit interne, international et européen*, Lextenso éditions, 2013. La précision est apportée dans l'avant-propos de l'ouvrage.

en masse[125], l'enjeu de la lisibilité l'est encore plus[126]. En effet, *« le conflit familial est la vitrine de l'institution judiciaire car il est l'occasion la plus fréquente de contact des justiciables avec la justice, d'où sa valeur de paradigme. Améliorer la justice de la famille, c'est aussi améliorer l'image de la justice dans son ensemble »*[127].

26. L'incontournable étude du droit substantiel dans le cadre d'une réflexion sur les conflits de compétence d'attribution.- Lorsqu'il est question de lisibilité des compétences en matière familiale, le droit substantiel doit faire l'objet de toutes les attentions. Rappelons d'ailleurs que la compétence d'attribution est définie comme l'aptitude d'une juridiction à connaître d'une affaire déterminée, en raison de sa nature et donc de sa substance. Ainsi, envisager la résolution des conflits de compétence d'attribution ne relève pas uniquement d'une réforme procédurale ou d'une nouvelle organisation judiciaire. Elle doit nécessairement s'accompagner d'une réflexion sur le droit substantiel. Par conséquent, la question du choix entre un juge unique ou une pluralité de juges en matière familiale, doit forcément être accompagnée d'une mise en rapport du droit substantiel avec les compétences d'attribution en droit de la famille. L'étude des conflits de compétences d'attribution le démontrera.

27. Les contours de la recherche.- Pour analyser de manière précise les frontières entres les compétences, il faut préciser les limites de la recherche. La question développée le sera sous l'angle du droit interne. Il ne s'agit pas pour autant de nier la dimension européenne et internationale du droit de la famille[128]. Cependant, il a paru intéressant de privilégier la dimension interne car les enjeux liés à l'aspect symbolique peuvent y être appréhendés de

---

[125] A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABE, C. KADRI, *La prudence et l'autorité- L'office du juge au XXIe siècle*, Rapport de l'IHEJ, 2013, p. 86 : *« Les affaires familiales représentent aujourd'hui 60 % des affaires civiles introduites devant les juridictions de grande instance ». Adde,* Ministère de la Justice, Les chiffres clés de la Justice 2012, p. 10. Il y est précisé qu'au sein des tribunaux de grande instance, 57, 31 % des nouvelles affaires au fond concernent le droit de la famille.

[126] S. GUINCHARD (dir.), *op. cit., supra* note 11, p. 33 : *« La raison commande (...) de considérer qu'un contentieux dit de masse est aussi et d'abord un cas personnel pour celui qui vit la situation qu'il porte en justice, peu lui important que des milliers d'autres personnes connaissent un contentieux identique ».*

[127] L. CADIET, «A la recherche du juge de la famille », in M-T. MEULDERS-KLEIN (dir.), *op. cit.,* supra note 118, p. 248.

[128] G. CORNU, *op. cit., supra* note 4, p. 20 et 21 ; P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *op. cit., supra* note 11, p. 32 : *« Un des phénomènes marquant des trente dernières années est le rôle de plus en plus important que jouent les sources internationales : chartes, conventions, déclarations, recommandations, etc. La nature de ces textes est des plus diverses, qu'il s'agisse de leur origine, de leurs prescriptions et surtout de leur statut dans l'ordre juridiques français : certains ont seulement une valeur symbolique, d'autres peuvent être directement invoqués au soutien de telle ou telle prétention ». Adde*, P. HILT, *Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme*, PUAM, 2004 (Préface F. GRANET-LAMBRECHTS); F. VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la convention européenne des droits de l'homme*, L'Harmattan, 2000 (Préface F. DEKEUWER-DEFOSSEZ).

manière plus précise[129]. Enfin, la dimension civile[130] sera prédominante, même si d'autres domaines du droit, tels le droit administratif, constitutionnel, pénal ou social peuvent concerner la famille[131].

28. Les domaines étudiés.- Pour cette analyse, deux domaines du droit de la famille sont privilégiés[132]. Tout d'abord, il s'agit du droit des couples entendu comme le droit réglant les relations horizontales entre ses membres. Comme il est difficile de retenir une définition unique du couple[133], il sera appréhendé ici de manière large comme *« un terme commun permettant de désigner différentes formes d'unions entre deux personnes »*[134]. Ensuite, c'est le droit des relations verticales entre parents et enfants qui est étudié. Ces deux domaines[135] sont ceux dans lesquels l'intervention judiciaire est la plus importante[136], et les conflits de compétence

[129] V. BONNET, *op. cit., supra* note 22, p. 10 : *« Le droit de la famille apparaît comme le fruit de l'histoire et des mentalités d'une société et repose sur des valeurs qui lui sont propres. L'idée prédomine par conséquent que chaque Etat secrète un droit de la famille qui lui est spécifique et qui n'est pas le même que celui de l'Etat voisin. Il en résulte que les sources du droit de la famille restent encore essentiellement internes »*.

[130] Il convient de préciser que les conflits pouvant concerner le second degré de juridiction seront exclus de cette étude.

[131] P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *op. cit., supra* note 11, p. 30 et ss. A titre d'illustration, Cass., avis, 26 juin 2006, M. c/ Caisse d'allocations familiales de Montbéliard, RTD*Civ.,* 2006, p. 752, note J. HAUSER, *Dr. fam.,* 2006, Comm., 179, note A. DEVERS. La Cour de cassation juge qu' *« il n'entre pas dans la compétence du juge aux affaires familiales de décider au bénéfice de quel parent doit être attribué le droit aux prestations familiales, cette compétence relevant du tribunal des affaires de sécurité sociale en vertu de l'article L. 142-1 du Code de la Sécurité sociale »*.

[132] P. COURBE, A. GOUTTENOIRE, *op. cit., supra* note 3, p. 2 : *« Pour l'observateur, la famille se traduit par deux réalités essentielles : le couple, d'une part, les relations parents-enfants, d'autre part »*.

[133] Pour une illustration des problématiques soulevées par la recherche de la définition du couple : C. BRUNETTI-PONS (dir.), *La notion juridique de couple*, Economica, 1998 ; J-J. LEMOULAND, Le couple en droit civil, *Dr. fam.,* 2003, Chron. 22.

[134] S. BEN HADJ YAHIA, *Rép. Civ.,* Dalloz, v° Concubinage (2010-Mise à jour 2013), p. 4, n° 23.

[135] Cette distinction fondamentale est retenue dans des ouvrages de référence. *Cf.,* J. CARBONNIER, *Droit civil, T. 2, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 21e éd. refondue, 2002, p. 3 ; P. COURBE, A. GOUTTENOIRE, *op. cit., supra* note 3. Il convient toutefois de noter que ces ouvrages traitent uniquement de droit extrapatrimonial.

[136] *Cf.,* pour l'exercice de l'autorité parentale : V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Rép. Proc. civ. cit., supra* note 51, p. 7, n°14 : *« Ce contrôle par le juge d'une autorité parentale, définie, certes, comme un droit pour les parents mais aussi et peut être surtout comme une fonction a été l'une des idées maîtresses de la loi du 4 juin 1970. Elle n'a pas été remis en cause par les lois postérieures, au contraire »* ; H. LECUYER, Rapport de synthèse, in C. ALBIGES (dir.), *op. cit., supra* note 109, p. 153 : *« Les parents, l'enfant…les juges. Il n'est pas difficile de débusquer les intrus. Les relations devraient unir deux parties seulement, chacune susceptible d'être conjonctive : les père et mère, d'une part, l'enfant, d'autre part. Elles devraient se nouer et se dérouler dans l'intimité des alcôves, gouvernées, pour l'essentiel, par des normes dictées par des systèmes autres que juridiques (…). Retour aux réalités : les relations ici saisies sont sources de tensions, d'incompréhensions et de conflits. Sans doute encouragés par le législateur contemporain, les intéressés les appréhendent toujours en termes de droits, de devoirs, de revendications ». Adde.,* en droit des régimes matrimoniaux : Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Les régimes matrimoniaux*, Defrénois, 4e éd., 2013, p. 10 : *« Comme dans l'ensemble du droit contemporain de la famille et beaucoup plus que dans tout autre groupement, la loi prévoit de plus en plus depuis 1938 l'intervention du juge dans les relations entre les époux ; un ménage à trois : le mari, la femme et le juge »*.

d'attribution les plus aigus[137].

29. L'absence d'un droit commun des couples.- Le droit substantiel n'a pas les mêmes caractéristiques selon le domaine envisagé. Une différence doit être faite entre le couple et les relations parent-enfant. Les couples, en dépit de l'essor d'un droit commun[138], ont toujours des droits différents selon leurs statuts[139]. Il ne faut pas nier dans ce domaine *« des alignements ponctuels et partiels »*[140]. Malgré tout, le droit substantiel n'y est pas unifié de manière systématique et les règles sont différentes selon les catégories de couple.

30. Un droit commun dans les relations parent-enfant.- Dans le cadre des relations parent-enfant, l'harmonisation des droits est presque complète pour les enfants, quelle que soit la nature du lien qui unit ses parents[141]. Elle l'est, tout d'abord, quant à l'établissement du lien de filiation. Certes, le maintien de la présomption de paternité instaure une différence entre les enfants nés d'un couple marié et ceux nés hors mariage. En effet, pour les enfants nés d'un couple marié, la filiation paternelle est établie en principe par la présomption de paternité. Ainsi, le nom de la femme mariée sur l'acte de naissance entraîne automatiquement la filiation paternelle par le jeu de la présomption *« pater is est ».* Cependant, cette différence est plutôt à envisager comme découlant du statut du couple marié et des obligations réciproques des époux que d'une différence de statut entre les enfants[142].

Si l'établissement de la filiation peut susciter encore quelques questions en termes d'harmonisation, il en va différemment de la contestation de la filiation, la situation des enfants, dans leurs rapports avec leurs parents, n'ayant aucune influence sur l'entière unification des droits en la matière.

---

[137] Le pouvoir d'attraction des deux domaines retenus permet d'appréhender les relations entre d'autres personnes notamment dans le cadre des successions et de l'obligation alimentaire si leur contentieux révèle des conflits de compétence d'attribution.

[138] X. LABBEE, *Le droit commun du couple*, Presses Universitaires du Septentrion, 2e éd., 2010.

[139] J-J. LEMOULAND, *art. cit., supra* note 133, p. 14.

[140] E. MATUTANO, Les normes du couple, un droit positif fragmenté pour un concept socialement uniforme, *R. R. J.,* 2011-3, p. 1302.

[141] A. BENABENT, Feue la filiation légitime, *Justice & Cassation*, Dalloz, 2011, p. 29 : *« La filiation est désormais unifiée : c'est un lien vertical de l'enfant avec chacun de ses parents, et qui est totalement indépendant du lien juridique pouvant exister ou non entre ces deux parents ».*

[142] J. LEPROVAUX, L'avenir de la présomption de paternité entre égalité des filiations et égalité des couples, *RJPF*, février 2008, p. 8.

Enfin, une fois la filiation établie, l'égalité des droits entre les enfants est certaine[143] et ceci aux termes de l'article 310 du Code civil qui énonce que *« tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux ».* Il convient d'ajouter que le parent, indépendamment de son statut, connaît également les mêmes droits et devoirs dans son rapport avec l'enfant[144].

31. Annonce de plan.- Parce que le droit substantiel n'a pas les mêmes caractéristiques selon le domaine dans lequel il intervient, il est important de vérifier le rapport du modèle élaboré par les règles de répartition des compétences d'attribution avec celui issu du droit substantiel de la famille. En effet, si le droit substantiel a valeur de symbole[145], c'est le cas également de l'organisation judiciaire[146]. L'analyse de la pluralité des compétences est également riche d'enseignements s'agissant des modèles véhiculés en matière familiale. Ainsi, il n'y aurait plus le juge de tel ou tel statut (couple marié, couples non mariés, enfant né dans le mariage, enfant né hors mariage) mais le juge de telle ou telle question (la liquidation des intérêts patrimoniaux, la rupture du couple, l'autorité parentale, l'assistance éducative…). Comparer les modèles véhiculés en matière familiale par le droit substantiel et par l'organisation judiciaire est très éclairant. Des difficultés peuvent naître de la rencontre entre

---

[143] M. DOUCHY-OUDOT, *Rép. Proc. civ.,* Dalloz, v° Filiation (2010), p. 2 : *« Il n'est plus de filiation légitime ou naturelle, les termes ont définitivement disparu du code (...). Curieusement le législateur n'est pas allé au bout de l'égalité recherchée dès lors que la filiation adoptive reste un titre distinct du titre 7e relatif à la filiation. Dira-t-on que l'enfant adopté a de toute façon les mêmes droits que l'enfant biologique ? Il en était de même de l'enfant naturel par rapport à l'enfant légitime ».*

[144] Cela est du à l'indépendance progressive entre la relation parent-enfant et la nature de la relation conjugale entre les parents eux-mêmes. Pour une proposition de dissocier totalement le lien parental du lien qui unit les parents entre eux : c*f.,* M-L. CICILE-DELFOSSE, *Le lien parental*, LGDJ, 2003 (Préface F. TERRE), p. 136.

[145] P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *op. cit., supra* note 11, 2011, p. 26 : *« Dans la famille aussi, (dans la famille surtout ?), la loi a valeur de symbole : elle ne se contente pas de constater ce qui est, elle dit ce qui peut être et ne peut pas être ; au-delà, elle dessine ce qui doit être. Pendant des siècles, le modèle proposé par la loi fut celui de la famille unie fondée sur le mariage (...). En posant une règle, la loi pose nécessairement des interdits et propose des modèles ».* Pour une présentation des modèles mis en place par le législateur, G. CORNU, *op. cit., supra* note 4, p. 16 : *« Cette pluralité de situation a d'abord incliné le législateur à une attitude modérée. De cet ensemble, il fait émerger un modèle : celui d'un ménage légitime, uni, avec enfants ; celui de la vie familiale en mariage. Mais il n'a pas laissé dans la nuit les autres situations auxquelles il attache des conséquences en général atténuées et fragmentaires. Le droit du modèle institutionnel se double d'un droit des modalités variables de la vie familiale. Ayant conservé le modèle - cette « voie royale » que demeure le mariage- il a donné en parallèle (et en mineur) des effets de droit aux situations para-institutionnelles ».*

[146] La répartition des compétences c'est aussi l'expression de principes. *Cf.,* S. GUINCHARD (dir.), *op. cit., supra* note 11, p. 119 : *« Supprimer le juge dans le divorce par consentement mutuel c'est également rapprocher le mariage d'un contrat ordinaire : c'est donc changer de modèle de société. Et cela, seul le législateur peut le faire »* ; J. HAUSER, note sous Cass., 1e civ., 10 juillet 1996, RTD*Civ.,* 1997, p. 410 : *« La loi du 8 janvier 1993 qui a éliminé bien des conflits de compétence a laissé subsister -mais pouvait-elle le supprimer sans un bouleversement complet de nos principes- le conflits entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants ».*

une organisation judiciaire construite sur un juge, pour qui le statut des personnes qui le saisissent est indifférent, et un droit substantiel laissant coexister différents statuts, du moins en ce qui concerne les couples. L'étude des différents conflits de compétence d'attribution permet de mettre en lumière ces hiatus.

Dans les litiges concernant les couples, le droit est différencié selon les catégories de couple. Dans le cadre des relations parent-enfant, le droit substantiel est unifié ou tout du moins harmonisé, quel que soit le statut de l'enfant dans ses rapports avec ses parents. Ainsi, l'étude successive de la dynamique des conflits au sein du contentieux des couples (Partie I) puis des relations parent-enfant (Partie II) apparaît évidente pour montrer les enseignements des conflits de compétence d'attribution afin de rendre lisible la répartition des compétences en matière de droit de la famille.

PARTIE 1.

La dynamique des conflits de compétence d'attribution dans les relations de couple

32. Des couples aux statuts différents.- Le mariage, *« union librement et solennellement consentie de personnes qui acceptent d'exercer les droits et de respecter les obligations que la loi attache à la qualité d'époux »*[147], n'est plus aujourd'hui l'unique forme de vie en couple[148] reconnue par le Code civil. La loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 a introduit le pacte civil de solidarité[149], défini à l'article 515-1 du Code civil comme *« un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune »,* et le concubinage[150], défini à l'article 515-8 du même code comme *« une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe qui vivent en couple »*[151]. Malgré une volonté de faire des lois contenant des dispositions destinées à s'appliquer indifféremment aux conjoints, partenaires et concubins[152], le statut de ces couples reste différent[153]. Le concubinage n'en bénéficie d'aucun au contraire du mariage[154] et du Pacs[155].

33. Des problèmes identiques.- Quel que soit leur statut, les couples peuvent être confrontés à des problèmes identiques, qui surviennent à l'occasion de la formation de leur union, pendant la vie commune ou lors de la rupture. Les litiges qui en découlent sont de

[147] G. RAYMOND, M-L. CICILE-DELFOSSE, *JCl Civil code*, « Art. 143 à 147 », v° Fasc. 10, « Mariage.- Les conditions à réunir dans la personne des époux » (2014), n° 3. *Adde,* P. COURBE, A. GOUTTENOIRE, *op. cit., supra* note 3, p. 20 : *« Acte juridique solennel par lequel deux personnes de sexe différent ou de même sexe décident d'adhérer au statut légal des personnes mariées »*. Pour une définition antérieure à la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe : *cf.,* G. CORNU (dir.), *op. cit., supra* note 15, v° Mariage (premier sens) : *« union légitime d'un homme et d'une femme en vue de vivre en commun et de fonder une famille, un foyer ».*

[148] Pour une présentation de l'évolution du droit du couple : X. LABBEE, Reconstruire la famille : le droit commun du couple, *LPA*, 20 décembre 2007, n° 254, p. 4 et ss.

[149] « Pacs » est l'abréviation qui sera utilisée.

[150] Le concubinage n'est pas né avec la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999. Il a toujours existé dans les faits. *Cf.,* J. CARBONNIER, *op. cit., supra* note 135, 2002, p. 701 et 715.

[151] Le terme « conjoint » est réservé aux couples mariés, celui de « partenaire » aux membres d'un Pacs et celui de « concubin » aux hommes et/ou femmes qui vivent en couple sans être ni mariés, ni pacsés.

[152] Pour une présentation de ces lois : A-S. BRUN-WAUTHIER *Régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux des couples non mariés*, Larcier, 2013, 3e éd., p. 19.

[153] C. NEIRINCK, Le couple et la contractualisation de la rupture, *R. R. J.,* PUAM, 2009-1, p. 107 : *« Le droit français connaît trois formes légalisées de vie en couple qui, même si elles semblent se rapprocher, ont néanmoins un périmètre différent et se distinguent par leur nature juridique et les conséquences qui en résultent »* ; S. CASTAGNE, Mariage, PACS, concubinage- Analyse comparative, *JCP éd. N,* 2008, Etude 1325, p. 13. *Adde,* Conseil constitutionnel, Décision n° 2011-155 QPC du 29 juillet 2011 : *« Considérant (…), que le législateur a dans l'exercice de la compétence que lui reconnaît l'article 34 de la Constitution défini trois régimes de vie en couple qui soumettent les personnes à des droits et obligations différents ».*

[154] Articles 144 à 309 du Code civil.

[155] Articles 515-1 à 515-7-1 du Code civil.

nature soit patrimoniale[156] soit extrapatrimoniale[157]. Ils peuvent naître entre les membres du couple mais aussi avec des tiers[158].

34. Une centralisation des compétences auprès du juge aux affaires familiales.- Depuis sa création, par la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993, le juge aux affaires familiales[159] a toujours été le vecteur « naturel » de la volonté de centraliser, auprès d'un même juge, les questions relatives aux couples[160]. La plupart des affaires relatives aux couples mariés lui ont été progressivement confiées. Avec la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, le juge aux affaires familiales est également désigné comme le juge de certains problèmes patrimoniaux des couples non mariés. La loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative *« aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants »* a également confié au juge aux affaires familiales le soin de délivrer des ordonnances de protection lors de violences au sein des couples, quel que soit leur statut.

35. Les angles d'attaque écartés.- Afin d'appréhender la dynamique des conflits de compétence d'attribution en matière de droit des couples, nous aurions pu envisager, tout d'abord, une division structurée à partir de la nature patrimoniale ou extrapatrimoniale des questions soumises au juge. Cependant, ces deux aspects sont souvent mêlés et la division aurait été ainsi difficile à défendre. Ensuite, traiter des conflits, dans un premier temps dans le cadre des relations des couples mariés et, dans un second temps dans le cadre des relations des couples non mariés méconnaîtrait la tendance du législateur à assigner un juge unique à

---

[156] G. CORNU (dir.), *op. cit., supra* note 15, v° Patrimonial (premier sens) : ce *« qui se rapporte au patrimoine, aux biens (spéc. A la gestion de ceux-ci et aux opérations qui les concernent) qu'il s'agisse du commerce, des affaires en général ou, au sein de la famille, des questions pécuniaires (...) »*.

[157] G. CORNU (dir.), *op. cit., supra* note 15, v° Extrapatrimonial (premier sens) : ce *« qui ne fait pas partie du patrimoine mais touche à la personne ; qui n'a pas le caractère d'un bien, mais relève d'un autre ordre de valeur, d'où le propre d'être hors commerce (sans exclure néanmoins que l'atteinte à un droit extrapatrimonial donne lieu à une indemnisation pécuniaire) »* ; (second sens) : *« Qui concerne les matières autre que celles qui se rapportent au patrimoine (le droit des personnes) »*.

[158] Les conflits qui peuvent surgir entre les membres du couple en tant que père et mère, par exemple quant à l'aménagement de l'autorité parentale, ne sont pas l'objet de cette partie. *Cf.,* Partie 2 *infra* par. n° 315 et ss.

[159] *Cf., supra* par. n° 5 pour une présentation du juge aux affaires matrimoniales, juridiction ayant précédé le juge aux affaires familiales.

[160] S. GUINCHARD, (dir.), *op. cit., supra* note 11, p. 220 : *« Les réformes issues de la loi dite « Malhuret » du 22 juillet 1987, et plus encore, de la loi du 8 janvier 1993 créant le juge aux affaires familiales, ont réalisé une concentration entre les mains d'un même juge pour connaître de la rupture du mariage, de l'autorité parentale et de son exercice, ainsi que de certaines questions financières intéressant la famille. Cette unification a été poursuivie par le décret du 29 octobre 2004 portant réforme de la procédure en matière familiale qui a soumis l'ensemble de ces contentieux à une procédure uniforme et simplifiée, sous réserve de quelques exceptions »*.

l'ensemble des couples. Enfin, l'étude successive des compétences du juge aux affaires familiales puis des autres juges ne permettrait pas d'aborder les conflits entre les différentes juridictions.

36. Annonce de plan.- Aussi, convient-il, pour révéler au mieux cette dynamique, d'observer dans un premier temps la pertinence de la centralisation des compétences auprès du juge aux affaires familiales comme outil au service de la limitation des conflits (Titre 1). Ensuite, il s'agira de porter notre regard sur la dynamique des conflits dans les domaines où la centralisation n'est pas totale (Titre 2).

TITRE 1.

Les conflits engendrés par la centralisation des compétences d'ordre patrimonial auprès du juge aux affaires familiales

37. L'intérêt de la centralisation.- Centraliser signifiant *« réunir dans un même centre, ramener à une direction unique »*[161], la centralisation est aisément perçue comme une solution aux conflits de compétence d'attribution. En effet, un même juge, le juge aux affaires familiales, traiterait de la globalité des problèmes[162], pour la plupart communs à tous les couples[163]. Les juges étant moins nombreux à intervenir, il en résulterait mécaniquement une diminution des conflits de compétence d'attribution. Nous verrons toutefois que si la centralisation des compétences auprès du juge aux affaires familiales a effectivement comme effet de limiter les conflits, elle doit être correctement appréhendée afin de ne pas en créer de nouveaux.

38. L'exclusion des questions liées à la lutte contre les violences au sein du couple.- En matière de lutte contre les violences au sein des couples, la centralisation des compétences auprès du juge aux affaires familiales est réelle. En effet, en droit civil[164], le juge aux affaires

[161] Le petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, v° Centraliser.

[162] E. MILLARD, *op. cit., supra* note 119, p. 197 : *« On a souhaité pour des raisons d'efficacité, placer dans les mains d'un même juge un certain nombre de litiges concernant la famille. Il s'agit là de la reconnaissance d'une unité « conflictuelle », si l'on veut employer cette expression, en tout cas d'une prise de conscience qu'un traitement global des litiges concernant la famille, ou intervenant en son sein était nécessaire ». Adde*, L. GEBLER, Le nouveau bloc de compétence du juge aux affaires familiales, *AJ fam.,* 2009, p. 256 : *« La logique affichée de cette réforme est à la fois horizontale et verticale. Horizontale en ce qu'elle vise à agréger les procédures familiales autour d'un même pôle au sein des tribunaux de grande instance. C'est ainsi que le bloc « protection des personnes vulnérables » confié au juge des tutelles est démantelé au profit d'un bloc « famille-autorité parentale » dans sa composante tant patrimoniale qu'extrapatrimoniale. Verticale en ce qu'elle permet au JAF de connaître de la suite naturelle de la procédure de divorce qu'est la liquidation du régime matrimonial »* ; S. GUINCHARD (dir.), *op. cit., supra* note 11, p. 225 : *« Dans un souci de spécialisation du juge et de traitement vertical des dossiers, il paraît (…) opportun de permettre au juge de connaître de la suite naturelle de la procédure en divorce qu'est la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux »*.

[163] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « La simplification du droit de la filiation, modèle d'une simplification du droit de la famille », in J. POUSSON, F. RUEDA (dir.), *Qu'en est- il de la simplification du droit ? Actes du colloque des 26 et 27 novembre 2009*, LGDJ, Presses de l'Université Toulouse I Capitole, 2010, p. 297 : *« En 2009, c'est l'unité fondamentale des problèmes posés par la dissolution des diverses formes de couple qui fonde une réunification de la compétence judiciaire pour en connaître » ;* L. GEBLER, *art. cit., supra* note 162, p. 256 *: « Par effet d'aimantation et prenant en compte l'évolution des structures familiales, la liquidation des indivisions des concubins et couples « pacsés » a rejoint le giron de la justice familiale »*.

[164] La législation sur les violences au sein du couple a fait l'objet de lois spécifiques en matière pénale. Ainsi, la loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal mentionne expressément que la

familiales a toujours eu à connaître de cette question, tout d'abord pour les couples mariés[165], et aujourd'hui pour l'ensemble des couples[166]. Toutefois, l'étude de ce domaine n'a pas d'intérêt quant à la dynamique de la résorption des conflits de compétence d'attribution car ces derniers ne s'y sont pas développés de manière spécifique. La compétence *ab initio* du juge aux affaires familiales pour ce contentieux spécifique a évité un phénomène de résistance d'une juridiction précédemment compétente. En outre, le domaine de la lutte contre les violences est beaucoup plus restreint que les affaires patrimoniales. Il est ainsi facilement appréhendable dans ses limites[167].

39. Les litiges patrimoniaux naissant du vivant des membres du couple.- Ce sont les questions patrimoniales naissant du vivant[168] des membres du couple qui constituent le domaine privilégié pour observer la réalité des effets de la centralisation des compétences auprès du juge aux affaires familiales. En effet, le juge aux affaires familiales a vu ses compétences s'étendre dans ce domaine et cette compétence élargie n'est pas réservée au couple marié. Il y a donc une centralisation des affaires patrimoniales auprès du juge aux affaires familiales et ceci quel que soit le couple[169].

---

qualité de conjoint de la victime constitue une circonstance aggravante de l'infraction commise, qualité élargie aux concubins, partenaires et anciens conjoints par la loi n° 2006-339 du 4 avril 2006.

[165] La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce a mis en place « le référé violence » qui était codifié à l'article 220-1 du Code civil. Ce mécanisme était réservé aux couples mariés et permettait au juge d'accorder la jouissance du logement familial au conjoint qui n'était pas l'auteur des violences. Pour une illustration de l'exclusion de l'article 220-1 du Code civil aux couples de concubins : *Cf.,* TGI Lille, 3e ch., 21 février 2006, *Dr fam.,* 2006, Comm 141, note I. CORPART ; *D.* 2006, p. 1350, note X. LABBEE. En l'espèce, dans le cadre d'une procédure devant le juge aux affaires familiales, une concubine affirmant être victime de violences de la part de son concubin, arguait de l'application par analogie de l'article 220-1 du Code civil pour qu'il soit statué sur la résidence séparée des concubins. Le tribunal débouta la concubine de sa demande aux motifs que *« les dispositions de l'article 220-1 du Code civil, relatives à l'éviction du conjoint violent, sont exclusivement applicables aux époux ».*

[166] La loi n° 2010-769 du 1er juillet 2010 a remplacé le « référé violence » par « l'ordonnance de protection » qui concerne l'ensemble des couples et qui permet également d'attribuer le logement en cas de violences. *Cf.,* F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, Les aspects civils de la loi relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, *RLDC,* 2010, p. 43; M-B. MAIZY, M. CHOPIN, La loi du 9 juillet 2010 et l'ordonnance de protection : une réponse adaptée aux violences intrafamiliales, *AJ fam.,* 2010, p. 514.

[167] Il en va différemment lorsque les enfants sont concernés par l'ordonnance de protection de l'article 515-9 du Code civil. Dans cette hypothèse, la compétence du juge aux affaires familiales doit composer avec celle du juge des enfants. *Cf., infra* par. n° 381 et ss.

[168] Si ces questions naissent d'un décès ou d'une absence déclarée d'un des membres du couple, le juge aux affaires familiales ne sera pas compétent. *Cf., infra* par. n° 247 et ss.

[169] La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe ne modifie pas les développements en matière de droit patrimonial. *Cf.,* A-S. BRUN-WAUTHIER, *op. cit., supra* note 152, p. 17 : *« Du point de vue extrapatrimonial, la modification est incontestablement révolutionnaire tant la signification du mariage et celle de la filiation en ressortent transformées. En revanche, du seul point de vue des régimes patrimoniaux des couples, l'ouverture du mariage aux couples homosexuels ne devrait pas engendrer de bouleversement à proprement parler ».*

Le contentieux patrimonial naît de la création, inéluctable pour les couples quel que soit leur statut[170], d'intérêts patrimoniaux communs. Cela concerne tant les biens qui peuvent être acquis ensemble, que les questions pécuniaires naissant au sein des couples ou vis-à-vis des tiers. Si cette confusion des intérêts, situation de fait, s'impose à tous les couples, les réponses juridiques apportées au traitement d'éventuelles difficultés diffèrent. Cependant, le législateur, par la loi n° 2009- 526 du 12 mai 2009[171], faisant fi de ce droit substantiel différent, assigne un juge unique, le juge aux affaires familiales, à l'ensemble des questions patrimoniales naissant du vivant des membres du couple. Le juge aux affaires familiales deviendrait-il ainsi le juge de l'ensemble des intérêts patrimoniaux de tous les couples[172], réduisant à néant les éventuels conflits de compétence d'attribution en la matière ?

40. Annonce de plan.- Pour répondre à cette interrogation, il convient d'observer les effets de la centralisation des compétences auprès du juge aux affaires familiales. La rupture du couple n'impliquant pas toujours la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux, qui d'ailleurs peuvent intervenir, dans certaines hypothèses, pendant la vie du couple, il y a lieu de retenir un critère de présentation lié au contentieux patrimonial, indépendamment de la rupture ou non du couple. Il s'agit ainsi d'étudier, tout d'abord, les effets de la centralisation sur les conflits tout au long des relations patrimoniales (Chapitre 1) et, ensuite au moment de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux[173] (Chapitre 2).

---

[170] A. BOLZE, Les rapports patrimoniaux des couples en dehors de la communauté légale, *Dr. fam.,* 2001, Chron 5, p. 10 : *« En choisissant de vivre sous le régime de l'indépendance patrimoniale, les couples sans communauté imaginent sans doute qu'ils éviteront de mêler leurs intérêts pécuniaires. On sait que, en réalité, leurs prévisions vont être doublement déjouées. En premier lieu, il faut régler les dépenses quotidiennes liées à la vie commune qui altèrent rapidement l'isolement des patrimoines. En second lieu, certains biens acquis ensemble vont être confondus de sorte que leur propriété s'avère indécise. Ainsi, en dépit de la séparation initiale des patrimoines, il se crée une indissociabilité des créances, des dettes et des biens qui confine à une mise en commun »* ; P. CATALA, *op. cit., supra* note 118, p. 90 : *« Toute communauté de vie étant génératrice d'une communauté d'intérêts, la famille possède une vocation naturelle à susciter des appropriations plurales : celle des conjoints communs en biens, des héritiers coïndivisaires, des époux ou proches parents associés »*.

[171] La modification législative opérée par la loi du 12 mai 2009 est à examiner avec les modifications réglementaires opérées par les décrets n° 2009-1591 du 17 décembre 2009 et n° 2009-1963 du 29 décembre 2009.

[172] V. LARRIBAU-TERNEYRE, Les apports de la loi du 12 mai 2009 de simplification du droit sur le contentieux familial et le droit des personnes et de la famille, *Dr fam.,* 2009, Etude 29, p. 12.

[173] Il faut rappeler ici que cette centralisation des compétences ne concerne pas la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux causés par le décès ou l'absence déclarée de l'un des membres du couple.

Chapitre 1.
Les relations patrimoniales du couple

41. La compétence du juge aux affaires familiales.- L'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, dans sa version issue de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, énonce que le juge aux affaires familiales connaît *« de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, des demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux et des indivisions entre personnes liées par un pacte civil de solidarité ou entre concubins, de la séparation de biens judiciaire, sous réserve des compétences du président du tribunal de grande instance et du juge des tutelles des majeurs ».* Le juge aux affaires familiales est également compétent pour les : *« actions liées à la fixation de la contribution aux charges du mariage ou du pacte civil de solidarité »*[174]. Ainsi, le législateur affirme la compétence du juge aux affaires familiales pour les questions liées aux relations patrimoniales du couple[175]. Cet office étendu, provenant d'un transfert de compétences appartenant auparavant pour la plupart au tribunal de grande instance, devrait limiter les conflits en rendant la répartition des compétences d'attribution cohérente.

42. Annonce de plan.- Pour mesurer la réalité des effets de la centralisation des compétences auprès du juge aux affaires familiales sur les conflits de compétence d'attribution, il convient d'étudier la stricte délimitation de la matière soumise au juge aux affaires familiales[176]. D'autant que le législateur a confié au juge aux affaires familiales un nombre important d'actions. Parmi celles-ci, il convient de distinguer celles qui correspondent

[174] Le juge aux affaires familiales est également compétent pour l'obligation alimentaire. Dans le cadre des relations du couple marié, elle s'illustre sous forme de contribution aux charges du mariage et de devoir de secours. Ces deux devoirs tendent à se rapprocher voire à se confondre. *Cf.,* V. BONNET, *op. cit. supra* note 22, p. 231 et ss. C'est surtout de la contribution aux charges du mariage dont il sera question dans ce chapitre. Pour les partenaires de Pacs, il est question de contribution aux charges du Pacs.

[175] L'homologation du changement de régime matrimonial et la séparation de biens judiciaire, en tant que cause de dissolution du régime matrimonial, peuvent entraîner la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux. Cependant, ils sont traités dans cette partie car la liquidation et le partage ne sont que la conséquence de ces actions. L'action principale est bien relative aux relations patrimoniales. Il y a une modification des relations patrimoniales mais non une cessation.

[176] Il est évident que les réserves de compétence attribuées au juge des tutelles des majeurs et au président du tribunal de grande instance pour certaines matières relevant de la nouvelle compétence du juge aux affaires familiales sont à étudier afin de déterminer strictement la compétence du juge aux affaires familiales. Cette étude sera toutefois menée dans le titre consacré à la centralisation inachevée. *Cf., infra* par. n° 212 et ss. Il nous appartient dans ce titre de s'attarder sur les effets mêmes de la centralisation.

à la mise en œuvre d'un droit substantiel spécifique énoncé dans le Code civil (Section 1) et celles qui renvoient à un ensemble plus flou de droits (Section 2).

Section 1.

Les actions fondées sur un droit substantiel déterminé

43. Un droit substantiel précis.- L'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire contient des actions qui correspondent à la mise en œuvre d'un droit substantiel spécifique énoncé dans le Code civil. Il s'agit, pour les couples mariés, de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial dont l'article 1397 du Code civil précise les hypothèses. Il s'agit ensuite de la séparation de biens judiciaire détaillée aux articles 1443 et suivants du Code civil. Enfin, la contribution aux charges du mariage voit son régime défini à l'article 214 du Code civil. Les couples non mariés auront recours à l'article 515-4 du Code civil[177] pour la fixation de la contribution aux charges du Pacs. Avec cette nouvelle rédaction de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, les conflits en matière de contribution aux charges prennent fin (Paragraphe 1). Il convient toutefois de rester attentif aux limites de la compétence du juge aux affaires familiales en matière d'homologation du changement de régime matrimonial et de séparation de biens judiciaire (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La contribution aux charges : la fin des conflits

44. La compétence du juge aux affaires familiales est affirmée sans aucune réserve pour les actions liées à la fixation de la contribution aux charges du mariage ou du Pacs, actions reposant sur des droits substantiels précis. Aussi, c'est la disparition d'un conflit apparent pour la contribution aux charges du mariage (A) et, dans la cadre de la contribution aux charges du Pacs, c'est la fin d'un conflit réel (B).

[177] L'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire se réfère à l'action liée à la fixation de la contribution aux charges du pacte civil de solidarité alors que l'article 515-4 du Code civil indique que les partenaires liés par un Pacs *« s'engagent (...) à une aide matérielle (...) Si les partenaires n'en disposent autrement, l'aide matérielle est proportionnelle à leurs facultés respectives »*. Si les expressions ne sont pas identiques, il s'agit toutefois de la même matière.

A. La fin d'un conflit apparent en matière de contribution aux charges du mariage

45. La situation avant la loi du 12 mai 2009.- Avant la loi du 12 mai 2009, la contribution aux charges du mariage relevait déjà de la compétence du juge aux affaires familiales. Il convenait toutefois de noter une situation spécifique en matière de séparation de biens judiciaire. En effet, selon l'alinéa 2 de l'article 1449 du Code civil, *« le tribunal, en prononçant la séparation*[178]*, peut ordonner qu'un époux versera sa contribution entre les mains de son conjoint (...) ».* Quant à ce tribunal qui prononçait la séparation de biens judiciaire, il s'agissait du tribunal de grande instance en vertu notamment de l'article 1292 du Code de procédure civile qui énonçait dans son alinéa premier que *« la demande en séparation de biens est portée devant le tribunal de grande instance de la résidence de la famille ».* Dès lors pouvait se poser la question de l'existence d'un conflit de compétence. Toutefois avant d'examiner un éventuel conflit, il convient de s'assurer que la même matière était en jeu. L'article 214 du Code civil relatif à la contribution aux charges du mariage prévoyait dans ses dispositions initiales que *« si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives ».* Les mêmes termes étaient employés à l'article 1449 du Code civil. Par conséquent, le juge aux affaires familiales et le tribunal de grande instance avaient à connaître de la même matière. Le partage de compétence donnait l'apparence d'un conflit. Cependant, le juge aux affaires familiales était compétent de manière générale, alors que le tribunal de grande instance ne l'était, en matière de contribution aux charges du mariage, que dans le cadre bien précis de la séparation de biens judiciaire. Ce n'était donc qu'un conflit apparent.

46. La situation depuis la loi du 12 mai 2009.- Aujourd'hui, si le juge aux affaires familiales est toujours compétent pour statuer sur la contribution aux charges du mariage, le tribunal de grande instance ne l'est plus pour la séparation de biens judiciaire. Il a laissé sa place au juge aux affaires familiales. L'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire le précise spécifiquement. Il en va de même de l'article 1292 du Code de procédure civile. Il n'y a plus de partage de compétence pour cette même matière et, par voie de conséquence, plus de conflit apparent.

---

[178] Il s'agit bien évidemment de la séparation de biens judiciaire puisque l'alinéa 1er de l'article 1449 énonce que *« la séparation de biens prononcée en justice a pour effet de placer les époux sous le régime des articles 1536 et suivants ».*

47. Passons à présent à la fin d'un conflit réel.

B. La fin d'un conflit réel en matière de contribution aux charges du Pacs

48. La présentation de la problématique.- Avec la désignation expresse du juge aux affaires familiales pour les actions liées à la fixation de la contribution aux charges du Pacs, la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 met fin à un conflit réel. En effet, la question de la compétence en matière de contribution aux charges du Pacs avait été posée à la Cour d'appel de Douai. Celle-ci y avait répondu dans un arrêt du 27 février 2003[179], écartant la compétence du juge aux affaires familiales au bénéfice de celle du tribunal de grande instance, juridiction de droit commun, pour statuer sur le montant de l'aide matérielle. En l'espèce, deux femmes avaient conclu un pacte civil de solidarité. Suite à la rupture[180] unilatérale du pacte, la partenaire délaissée assigna l'autre devant le juge aux affaires familiales, invoquant notamment l'article 515-4[181] du Code civil pour obtenir une *« somme mensuelle (...) à titre de subsides ».* La défenderesse fit valoir l'incompétence du juge aux affaires familiales au profit du tribunal de grande instance. Le juge aux affaires familiales se déclara effectivement incompétent. Un contredit fut formé et rejeté par la Cour d'appel de Douai qui reconnut l'incompétence du juge aux affaires familiales. La cour ne retint pas les arguments de la partenaire délaissée qui présentait le Pacs comme un *« contrat portant sur des relations personnelles et patrimoniales dont les conséquences en matière alimentaire devaient être tranchées par le juge aux affaires familiales et non par le juge du contrat, à savoir le tribunal*

---

[179] CA Douai, 27 février 2003, RTD*Civ*., 2003, p. 684, note J. HAUSER ; *D.* 2004, Somm. p. 2969, note J-J. LEMOULAND.

[180] Si ce contentieux est intervenu une fois le couple séparé, comme la contribution correspond aux obligations liées au fonctionnement du couple, cela est traité dans cette partie. Il convient également de noter que la contribution peut être demandée, de manière rétroactive, au moment de la rupture car elle n'aurait pas de nature alimentaire. *Cf.,* A. BATTEUR, *op. cit., supra* note 23, p. 518 : *« On pourrait considérer que la règle « aliments ne s'arréragent pas » ne s'applique pas : un partenaire pourrait réclamer une pension alimentaire dans les années où il n'a pas bénéficié d'aide financière de l'autre. Dans la mesure où le pacs peut être rompu très facilement, on peut supposer en revanche que dès qu'il recevra une assignation, le partenaire concerné rompra le pacs, ce qui permettre de limiter le montant de la condamnation »* ; X. LABBEE, *op. cit., supra* note 138, p. 111 : *« Si l'action engagée devant le JAF permet de fixer pour l'avenir le devoir d'aide matérielle (aussi longtemps que le pacte n'est pas résilié) elle devrait permettre aussi de récupérer pour le passé les aides qui n'auraient pas été versées car le devoir d'aide matérielle entre partenaires ne paraît pas avoir de caractère alimentaire et la règles « aliments ne s'arréragent pas » ne semble pas pouvoir s'appliquer ».*; X. LABBEE, L'aide matérielle a-t-elle un caractère alimentaire ?, *JCP éd. G,* 2008, I, 197, p. 24.

[181] Article 515-4 alinéa 1 (dans sa version issue de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999) : *« Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'apportent une aide mutuelle et matérielle. Les modalités de cette aide sont fixées par le pacte ».*

de grande instance ». Pour rejeter la compétence du juge aux affaires familiales, la Cour d'appel s'appuya notamment sur la décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999[182], qui présentait le Pacs comme un contrat spécifique, énonçant que *« tant la lettre que l'esprit des textes donnent compétence au juge du contrat, c'est-à-dire au tribunal de grande instance, pour statuer sur les conséquences de la rupture, le fait que l'aide mutuelle applicable aux partenaires du PACS se rapproche de la contribution aux charges du mariage prévue par l'article 214 du Code civil n'ayant pas pour effet de rendre compétent le juge aux affaires familiales ».*

49. L'indifférence de la nature du Pacs.- L'une des questions principales posées par l'arrêt était relative à la nature du Pacs. Etait-il un contrat dont les difficultés d'exécution appelaient la compétence du juge du contrat ou une institution familiale relevant de la compétence du juge aux affaires familiales ? La Cour d'appel retint la qualification du contrat[183], écartant également toute analogie avec la procédure applicable en matière de contribution aux charges du mariage. De cette décision, il a pu être dit que *« comme toujours en droit, les qualifications montraient un jour leur importance »* et ainsi était remis à l'honneur la *« belle querelle d'auteurs sur sa*[184] *nature juridique, contrat ou simili-mariage »*[185]. Depuis la loi du 12 mai 2009 qui a expressément désigné le juge aux affaires familiales comme compétent en matière de contribution aux charges du Pacs, la question de la nature du Pacs n'importe plus pour la détermination de la juste compétence d'attribution.

50. Si, en matière de contribution aux charges, nous assistons à la disparition de conflits de compétence d'attribution, il convient de délimiter précisément les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales en matière de changement de régime matrimonial et de séparation de biens judiciaire afin d'éviter l'apparition de conflits.

---

[182] Conseil constitutionnel Décision n° 99-419, DC du 9 novembre 1999, *D*. 2000, Somm. p. 424, note S. GARNERI, *JCP éd. G,* 2000, I, 261, Chron, B. MATHIEU, M. VERPEAUX, p. 1806.
[183] Pour un approfondissement de la question de la nature du Pacs, *cf., infra* par. n° 279.
[184] Celle du Pacs.
[185] CA Douai, 27 février 2003, RTD*Civ*., 2003, p. 684, note J. HAUSER.

Paragraphe 2. Le changement de régime matrimonial et la séparation de biens judiciaire : les justes limites de la compétence du juge aux affaires familiales

51. Les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales en matière d'homologation du changement de régime matrimonial (A) et de séparation de biens judiciaire (B) imposent de s'intéresser aux limites de ces compétences.

A. Le changement de régime matrimonial

52. L'annulation de la convention notariée.- Depuis la loi du 12 mai 2009, le juge aux affaires familiales est compétent, selon l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, pour l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial. L'article 1300-4 du Code de procédure civile avait échappé au toilettage opéré par le décret n° 2009-1591 du 17 décembre 2009. En effet, il indiquait que *« la demande d'homologation d'un changement de régime matrimonial* (était) *portée devant le tribunal de grande instance de la résidence de la famille »*[186]. Avec le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012, l'article 1300-4 du Code procédure civile prévoit dorénavant que *« la demande d'homologation d'un changement de régime matrimonial est portée devant le juge aux affaires familiales de la résidence de la famille (...) ».* Mais cette compétence en matière d'homologation du changement de régime matrimonial entraîne-t-elle également la compétence du juge aux affaires familiales pour le contentieux de remise en cause de la convention notariée de changement de régime matrimonial[187] ? La convention peut, en effet, être remise en cause, qu'elle ait été homologuée[188] ou non[189]. Elle peut être annulée pour vices du consentement[190], fraude, incapacité ou illicéité[191]. La convention peut également subir une annulation si l'acte notarié

---

[186] . Dans ce sens, M. AZAVANT, Décret du 17 décembre 2009 relatif à la procédure devant le Juge aux affaires familiales en matière de régimes matrimoniaux et d'indivisions, *Dr fam.,* 2010, Comm. 42, p. 37.

[187] Les époux peuvent également faire appel du jugement d'homologation et se pourvoir en cassation. Cette question n'est pas traitée, notre recherche étant limitée au premier degré.

[188] Cass., 1e civ., 14 janvier 1997, RTD*Civ.,* 1997, p. 985, note B. VAREILLE. La Cour de cassation affirme que *« l'homologation judiciaire laisse subsister le caractère contractuel du changement de régime matrimonial des époux, de sorte que la convention des parties* (peut) *être annulée pour des causes qui sont propres ». Adde,* J. REVEL, *Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 6e éd., 2012, p. 105 et ss.

[189] A-S. BRUN-WAUTHIER, *op. cit., supra* note 152, p. 346; R. CABRILLAC, *Droit des régimes matrimoniaux,* LGDJ, 8e éd., 2013, p. 98.

[190] Cass., 1e civ., 17 juin 2009, *JCP éd. G,* n° 44, 26 octobre 2009, 391, n°10, note G. WIEDERKEHR.

[191] Ph. MALAURIE, L. AYNES, *op. cit., supra* note 136, p. 100.

ne contient pas la liquidation du régime matrimonial[192]. Le contentieux peut concerner les époux mais également les tiers[193]. Ces derniers peuvent agir en nullité pour fraude[194]. En outre, l'article 1397 du Code civil ouvre la voie de l'action paulienne aux créanciers non opposants. L'action paulienne, prévue à l'article 1167 du Code civil, prévoit que les créanciers *« peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits »*[195].

53. La compétence.- Certes, le juge aux affaires familiales est le juge de l'homologation judiciaire mais est-il également le juge de la remise en cause de la convention notariée ? Aucune indication textuelle ne permet d'aller dans ce sens. En effet, l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire emploie uniquement les termes précis d' « homologation judiciaire du changement de régime matrimonial » et aucune disposition en droit substantiel n'apporte d'éléments permettant d'avancer dans ce questionnement. Ainsi, nous sommes en présence d'un conflit réel. Faut-il privilégier la compétence du tribunal de grande instance au titre de sa compétence en matière d'actions personnelles dont le montant est indéterminé ? Ou convient-il de retenir la compétence du juge aux affaires familiales au titre du mouvement de centralisation du contentieux des couples auprès de cette juridiction ? Si la compétence du juge aux affaires familiales était retenue, il conviendrait également de retenir qu'elle comprendrait également les actions intentées par les tiers. Afin d'éviter tous conflits, cette

---

[192] Article 1397 alinéa 1 : *« Après deux années d'application du régime matrimonial, les époux peuvent convenir, dans l'intérêt de la famille, de la modifier, ou même d'en changer entièrement par un acte notarié. A peine de nullité, l'acte notarié contient la liquidation du régime matrimonial modifié si elle est nécessaire »*.

[193] Pour une présentation des recours des tiers et des questionnements engendrés. *Cf.,* E. NAUDIN, « Du Code civil au Code de procédure civile : la procédure de changement de régime matrimonial et les tiers » in *Mélanges en l'honneur du doyen G. WIEDERKEHR, De code en code*, Dalloz, 2009, p. 569 et ss. : pour les enfants ; p. 576 et ss. : pour les créanciers. *Adde,* A-S. BRUN-WAUTHIER, *op. cit., supra* note 152, p. 347 : A propos de la nullité pour absence de liquidation du régime modifié : *« La nullité semble davantage protéger des intérêts privés que l'intérêt général ; toutefois, il ne faudrait pas qu'elle soit réservée aux époux, mais puisse être ouverte aux créanciers de ces derniers »* ; à propos de la nullité pour fraude, p. 348 : *« Absolue, la nullité pour fraude est ouverte dans un délai de cinq ans à toute personne intéressée, soit à chacun des époux ou à leurs héritiers. On pourrait également imaginer de l'ouvrir aux créanciers des conjoints, à tout le moins aux créanciers qui ont fait opposition au changement de régime, les créanciers non opposants disposant, quant à eux, de l'action paulienne »*.

[194] A titre d'illustration, Cass., 1e, civ., 17 février 2010, *JCP éd. G,* n° 9, 1er mars 2010, 243, note P. HILT. Son existence n'ayant pas été révélée au juge chargé de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial de son père, un enfant né d'un premier lit de cet homme demanda la nullité de la convention homologuée. Notons que dans cette affaire, la nullité ne fut pas accordée.

[195] Il convient de relever que selon les termes de l'article 882 du Code civil, les créanciers peuvent s'opposer au partage. En outre, si le partage se fait au mépris de l'opposition des créanciers, ils peuvent intenter une action en complément de part. Mais nous sommes ici dans le domaine de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux et non des relations patrimoniales.

compétence doit faire l'objet d'une insertion spécifique dans l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.

54. Il convient de passer à présent à la séparation de biens judiciaire, domaine dans lequel les limites des la compétence du juge aux affaires familiales doivent également être étudiées.

B. La séparation de biens judiciaire

55. Le juge aux affaires familiales est compétent, selon l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, pour la séparation de biens judiciaire. Mais l'est-il pour l'action en nullité d'une telle séparation de biens, qui, aux termes de l'article 1444 du Code civil, peut intervenir si *« les poursuites tendant à liquider les droits des parties n'ont pas été commencées dans les trois mois du jugement passé en force de chose jugée et si le règlement définitif n'est pas intervenu dans l'année de l'ouverture des opérations de liquidation »*[196] *?* Le raisonnement mis en œuvre ci-dessus s'agissant de la nullité de la convention notariée de changement de régime matrimonial semble transposable à la question de la compétence du juge aux affaires familiales en matière de nullité de la séparation de biens judiciaire. En effet, un conflit de compétence peut naître entre le juge aux affaires familiales et le tribunal de grande instance. Dans un même mouvement de centralisation, la compétence du juge aux affaires familiales devrait être retenue, que l'action soit intentée par les époux ou par les tiers, et devrait faire l'objet d'une insertion dans le cadre de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.

[196] Pour une illustration d'une telle action en nullité, Cass., 1e civ., 4 juin 2009, *JCP éd. N*, n° 45, 6 novembre 2009, 1304, note V. BREMOND; *JCP éd. G*, n° 44, 26 octobre 2009, 391, note A. TISSERAND-MARTIN.

Conclusion de la Section 1

56. Les effets des nouvelles compétences du juge aux affaires familiales sur le conflits.- Les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales mettent fin à un conflit réel en matière de contribution aux charges du Pacs. Mais sa compétence en matière d'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial et de séparation de biens judiciaire est l'occasion de nouveaux conflits.

57. Une modification proposée.- Afin d'éviter un conflit réel de compétence d'attribution, il peut être proposé de modifier l'article L. 213-3 du Code de l'organisation en ajoutant à la compétence du juge aux affaires familiales la connaissance du contentieux relatif, d'une part, à la remise en cause de la convention notariée et, d'autre part, à l'action en nullité de la séparation de biens judiciaire. L'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire serait rédigé de la manière suivante : *« (...). Le juge aux affaires familiales connaît : 1° Des demandes relatives à la convention notariée de changement de régime matrimonial, de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial (...) de la séparation de biens judiciaire et de son action en nullité (...)».*

Section 2.

Les actions fondées sur un droit substantiel indéterminé

58. Des droits aux contours flous.- Si certaines actions sont fondées sur un droit substantiel précis, tel n'est pas le cas des demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux et des indivisions entre personnes liées par un Pacs ou entre concubins. En effet, l'expression *« demandes relatives au fonctionnement »,* issue du langage usuel[197], ne renvoie pas à des droits précis**.** Il est donc nécessaire de recenser les interventions judiciaires qui permettent aux régimes matrimoniaux et à l'indivision de fonctionner, entendu au sens courant comme le fait d' « accomplir une fonction »[198]. Cette étape est importante car elle permet de déterminer le champ d'application de la compétence du juge aux affaires familiales[199]. Les actions étant différenciées selon les couples, il convient d'étudier, d'une part, les « demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux »[200] des époux[201] (Paragraphe 1) et, d'autre part, les demandes relatives au fonctionnement « des indivisions entre personnes liées par un Pacs ou entre concubins »[202] (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux

59. La notion de régime matrimonial.- Déterminer ce que sont les demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux nécessite de définir au préalable le régime

---

[197] Les termes usuels provoquent en soi des difficultés quand ils sont employés dans un texte juridique. *Cf.,* D. GUTMANN, « L'objectif de simplification du langage législatif », in N. MOLFESSIS, *Les mots de la loi*, Economica, 1999, p. 87 : *« Il ne suffit pas de remplacer un terme juridique technique par un terme courant pour que l'on puisse parler de simplification »*. D'autant plus, que *« les termes qui n'étaient pas techniques lors de la rédaction d'une loi le deviennent peu à peu, une fois entrés dans la vie juridique, soumis à l'effort d'interprétation, définis, consacrés, patinés en quelque sorte dans les prétoires » (J. RAY, Essai sur la structure logique du Code civil français, F. Alcan, 1926, p. 31). Il en résulte que la simplification sémantique du langage législatif, non seulement n'immunise pas le texte contre la technicité, mais peut au contraire contribuer à cacher cette technique derrière une apparence trompeuse pour le profane »*.

[198] Le petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, v° Fonctionner.

[199] Il faudra ensuite vérifier quel est l'effet des réserves de compétence du président du tribunal de grande instance et du juge des tutelles des majeurs. *Cf., infra* par. n° 212 et ss.

[200] Texte de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.

[201] Le terme « époux » n'apparaît pas dans le texte de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire mais cela est sous-entendu puisque les régimes matrimoniaux ne sont relatifs qu'aux couples mariés.

[202] Texte de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.

matrimonial. Ce dernier est entendu au sens large comme l' *« ensemble des règles d'ordre patrimonial qui régissent, au cours et à la dissolution du mariage, les biens des époux (quant à la propriété, la disposition, l'administration et la jouissance) et toutes les questions pécuniaires du ménage, tant dans les rapports entre les époux que dans les relations de ceux-ci avec les tiers, y compris les règles du régime matrimonial primaire »*[203]. Le Code civil se préoccupe de cette matière, d'une part, dans l'ensemble de règles dénommé régime primaire[204], qui s'imposent au couple marié et qui sont définies aux articles 212 à 226 du Code civil, et, d'autre part, au sein du titre *« Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux »*[205]. C'est à travers cet ensemble de règles que sont analysées « *les demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux ».* Si les mesures de crise illustrent bien ce type de demandes (A), il en va différemment pour d'autres actions, ce qui peut être l'occasion de conflits réels (B).

A. Les mesures de crise

60. Les mesures de crise.- Les mesures de crise prises par le juge sont de manière certaine des demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux. En permettant de dépasser la crise, la mesure permet aux régimes matrimoniaux de continuer à fonctionner. Dans le cadre du régime primaire, le législateur a mis en place une série de mesures qui font appel au juge. Ainsi, tout d'abord, le juge, dans le cadre de l'article 217 du Code civil[206], peut autoriser un époux à passer seul un acte si son conjoint est empêché ou oppose un refus non justifié par l'intérêt de la famille. Ensuite, la représentation judiciaire de l'article 219 du Code

[203] G. CORNU (dir.), *op. cit., supra* note 15, v° Régime matrimonial.
[204] G. CORNU (dir.), *op. cit., supra* note 15, v° Régime primaire : *« Ensemble des règles primordiales à incidence pécuniaire, en principe impératives, applicables à tous les époux quel que soit leur régime matrimonial proprement dit (...) et destinées à sauvegarder les fins du mariage, tout en assurant un pouvoir d'action autonome à chacun des époux, soit que ces règles puissent jouer d'elles mêmes, soit qu'elles permettent l'intervention du juge ».*
[205] Ce titre contient les articles 1387 à 1581 du Code civil relatif au régime légal de communauté réduit aux acquêts (articles 1400 à 1496 du Code civil) et aux régimes conventionnels, que sont la communauté conventionnelle (articles 1497 à 1535 du Code civil), la séparation de biens (articles 1536 à 1568 du Code civil) et la participation aux acquêts (articles 1569 à 1581 du Code civil).
[206] Article 217 alinéa 1er du Code civil : *« Un époux peut être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement de son conjoint serait nécessaire, si celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille ».*

civil[207] permet à un époux, lorsque l'autre est empêché, de se faire habiliter à le représenter. Enfin, avec la sauvegarde judiciaire de l'article 220-1 du Code civil, le juge peut ordonner une mesure d'urgence si un époux met gravement en péril les intérêts de la famille[208]. Dans le cadre des régimes matrimoniaux au sens strict, il existe également des mesures qui font appel au juge pour maintenir un bon fonctionnement du régime matrimonial. Ainsi, dans le régime légal, les articles 1426 et 1429 du Code civil prévoient des mesures de transfert de pouvoirs[209]. Selon le premier de ces articles, le juge peut ordonner la substitution d'un époux à l'autre dans la gestion des biens communs[210]. Il y aura également une intervention judiciaire pour autoriser les actes soumis à la cogestion. Dans le cadre de l'article 1429[211], le juge peut dessaisir un conjoint de ses droits d'administration et de jouissance sur ses biens propres. Les différentes mesures énoncées, en ce qu'elles permettent de dépasser une crise, sont, sans doute aucun, *« des demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux ».* Elles rentrent ainsi dans le champ d'application de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.

61. Une dichotomie procédurale.- Il faut toutefois relever que la lecture du Code de procédure civile pourrait suggérer une solution contraire qui apparaît à l'étude des articles 1136- 1 et 1287 du Code de procédure civile. Ces dispositions sont contenues dans le même livre[212] mais dans des titres différents[213]. D'une part, l'article 1136-1 du Code de procédure

---

[207] Article 219 alinéa 1er du Code civil : *« Si l'un des époux se trouve hors d'état de manifester sa volonté, l'autre peut se faire habiliter par justice à le représenter, d'une manière générale, ou pour certains actes particuliers, dans l'exercice des pouvoirs résultant du régime matrimonial, les conditions et l'étendue de cette représentation étant fixées par le juge ».*

[208] L'article 214 du Code civil, relatif à l'action en contribution aux charges du mariage, pourrait également rentrer dans ce cadre puisqu'il y est fait appel au juge, lorsqu'un époux ne contribue pas volontairement. Cependant, cela est sans intérêt car il y est déjà fait référence, de manière spécifique, au sein de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.

[209] Il faut noter que ces articles prévoient également la saisine du juge pour la restitution de ces pouvoirs.

[210] Article 1426 du Code civil alinéas 1er et 2e : *« Si l'un des époux se trouve, d'une manière durable, hors d'état de manifester sa volonté, ou si sa gestion de la communauté atteste l'inaptitude ou la fraude, l'autre conjoint peut demander en justice à lui être substitué dans l'exercice de ses pouvoirs. Les dispositions des articles 1445 à 1447 sont applicables à cette demande. Le conjoint ainsi habilité par justice a les mêmes pouvoirs qu'aurait eus l'époux qu'il remplace ; il passe avec l'autorisation de justice les actes pour lesquels son consentement aurait été requis s'il n'y avait pas eu substitution ».*

[211] Article 1429 alinéa 1er : *« Si l'un des époux se trouve, de manière durable, hors d'état de manifester sa volonté ou s'il met en péril les intérêts de la famille, soit en laissant dépérir ses propres, soit en dissipant ou détournant les revenus qu'il en retire, il peut, à la demande de son conjoint, être dessaisi des droits d'administration et de jouissance qui lui sont reconnus par l'article précédent. Les dispositions des articles 1445 et 1447 sont applicables à cette demande ».*

[212] Livre troisième : Dispositions particulières à certaines matières.

[213] L'article 1136-1 est contenu dans le titre 1er : *« Les personnes »* et l'article 1287 est contenu dans le titre 3 : *« Les régimes matrimoniaux- Les successions et les libéralités ».*

civile, contenu dans une section intitulée *« le fonctionnement, la liquidation et le partage des régimes matrimoniaux et des indivisions entre personnes liées par un pacte civil de solidarité ou entre concubins »* énonce que *« les demandes relatives aux fonctionnement des régimes matrimoniaux (...) relevant de la compétence du juge aux affaires familiales obéissent aux règles de la procédure en matière contentieuse applicable devant le tribunal de grande instance ».* D'autre part, l'article 1387, relatif à la procédure devant le juge aux affaires familiales, fait référence à l'article 217 du Code civil et au second alinéa de l'article 1426 du même code. Nous avions inclus les mesures issues des articles 217 et 1426, second alinéa, dans les termes « demandes relatives au fonctionnement du régime matrimonial ». Pourtant, force est de constater que l'article 1287 ne semble pas reproduire la même procédure que celle mentionnée à l'article 1136-1 du Code de procédure civile. En effet, il est indiqué, dans le premier alinéa de l'article 1287, que *« la demande mentionnée au premier alinéa de l'article 1286*[214] *est instruite et jugée comme en matière gracieuse et obéit à cette procédure devant le tribunal de grande instance ».* Si, le second alinéa de l'article 1287 du Code de procédure civile fait référence à la procédure contentieuse en prévoyant que *« lorsque la demande d'autorisation tend à passer outre au refus du conjoint, les dispositions des articles 788 à 792*[215] *sont applicables »,* cela ne concerne qu'un domaine limité et non l'ensemble des mesures mises en place par les articles 217 et 1426, second alinéa. Il convient alors de se demander quelles conclusions tirer de cette dichotomie de procédure. Faut-il en déduire que le fonctionnement du régime matrimonial ne peut être illustré par les mesures de crises, notamment celle relevant de la compétence du juge aux affaires familiales ? Il ne semble pas pertinent de donner trop d'importance à ces différences. Il est envisageable de supposer que le terme fonctionnement a été intégré dans l'article 1136-1 comme une reprise automatique des nouvelles compétences d'attribution du juge aux affaires familiales, issues de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire. Mais c'était essentiellement la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux qui étaient visés, notamment parce que la section qui contient l'article 1136-1 suit les sections consacrées au divorce et la séparation de corps.

[214] Alinéa 1er de l'article 1286 du Code civil : *« Les demandes d'autorisation et d'habilitation prévues par la loi et notamment à l'article 217, au deuxième alinéa de l'article 1426 (...) sont formées par requête devant le juge aux affaires familiales ».*

[215] Les articles 788 à 792 du Code de procédure civile sont contenus dans un chapitre relatif à la procédure en matière contentieuse devant le tribunal de grande instance.

Malgré cet élément divergent issu des dispositions procédurales, il semble opportun de retenir les mesures de crise comme faisant partie des demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux.

B. Des actions plus difficiles à intégrer, l'occasion de conflits réels

62. Les différentes hypothèses envisagées.- L'intervention judiciaire n'est pas limitée aux mesures de crise. Cependant, ces dernières sont facilement entendues comme des demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux. Il en va différemment de la détermination du régime matrimonial, de l'action en nullité et en inopposabilité, de l'action en responsabilité pour faute de gestion, des hypothèques des époux nécessitant une intervention judiciaire ou de la liquidation anticipée de la créance de participation. Nous allons les étudier tour à tour.

63. La détermination du régime matrimonial.- Il est quelquefois nécessaire dans une instance de déterminer le régime matrimonial. Cette demande peut, certes, être entendue comme une demande relative au fonctionnement des régimes matrimoniaux, sauf si une interprétation restrictive du terme fonctionnement était retenue. Dans ce cas, le terme « fonctionnement » ne pourrait s'appliquer à l'opération de qualifier ce qui doit fonctionner[216]. Dans la cadre d'une instance en divorce, cela a été analysé comme dépendant de la compétence du juge aux affaires familiales[217]. Il est certain que si le terme « fonctionnement » était supprimé, l'interprétation de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire permettrait d'inclure plus facilement la demande relative à la détermination du régime matrimonial.

64. Les actions en nullité et en inopposabilité.- Il peut y avoir des actions en nullité lorsque des actes contreviennent aux règles des régimes matrimoniaux. L'article 215 du Code civil, relatif à la protection du logement de la famille, prévoit expressément cette action en nullité entraînée par un acte irrégulier[218]. Dans le régime légal, l'article 1427 du Code civil[219]

---

[216] Pour comparer avec l'existence de l'indivision. *Cf., infra* par. n° 74.

[217] Ce point est à compléter avec les développements spécifiques que cette question peut prendre dans le cadre d'une procédure de divorce. *Cf., infra* par. n° 129.

[218] Article 215 alinéa 3 du Code civil : *« Les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux qui n'a pas donné*

précise les conditions de l'action en nullité lorsque l'un des époux outrepasse ses pouvoirs sur les biens communs. Il convient de se demander si les actions en nullité des actes accomplis en contravention des principes des régimes matrimoniaux sont des demandes relatives au fonctionnement. Dans une conception restrictive du terme « fonctionnement », les demandes faites au juge ne seraient relatives qu'à la bonne marche et non à la sanction d'un dysfonctionnement, fonctionner étant entendu comme accomplir une fonction, un travail. Ainsi, la demande présentée au juge aurait comme seul objectif de dépasser un blocage. Cependant, une acception large permet également d'intégrer les sanctions en ce que ces dernières ne permettent pas opérationnellement de faire fonctionner le régime mais, en rappelant les règles, elles y participent. Dans un contexte de centralisation des compétences, cette interprétation doit être privilégiée. Les actions en nullité doivent donc être considérées comme des demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux. Partant, l'action en nullité du contrat de mariage[220] doit également être interprétée comme une telle demande. Il en va de même pour l'action en inopposabilité de l'acte accompli en fraude par le conjoint[221], la nullité et l'inopposabilité ayant toutes deux comme objectif l'inefficacité de l'acte.

Cette conception extensive du terme « fonctionnement » introduit la question des tiers. En effet, ces derniers, entendus comme étrangers au couple, sont également concernés par l'action en nullité. Est-ce que l'expression *« demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux »* ne concerne que les rapports entre conjoints[222] ? La réponse doit être négative parce que la définition même du régime matrimonial intègre les rapports avec les

---

son consentement à l'acte peut en demander l'annulation : l'action en nullité lui est ouverte dans l'année à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus d'un an après que le régime matrimonial s'est dissous ».

[219] Article 1427 du Code civil : *« Si l'un des époux a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, l'autre à moins qu'il n'ait ratifié l'acte peut en demander l'annulation. L'action en nullité est ouverte au conjoint pendant deux années à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus de deux ans après la dissolution de la communauté ».*

[220] Le contrat de mariage étant l'acte de choix du régime matrimonial, c'est l'acte initial qui permet au régime matrimonial de fonctionner. C'est pour cette raison que le contrat de mariage peut être considéré de la même manière que le régime matrimonial.

[221] Article 1421 alinéa 1 du Code civil : *« Chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer, sauf à répondre des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion. Les actes accomplis sans fraude par un conjoint sont opposables à l'autre ».*

[222] J. MASSIP, Les nouvelles attributions du juge aux affaires familiales en matière de régimes matrimoniaux et d'indivision, *JCP éd. N,* 2011, Etude 1086, p. 34-35 : *«On peut cependant hésiter à soumettre ces actions (celles des articles 1427 et 215 al. 3 du Code civil) à la compétence du JAF car elles ne concernent pas seulement les rapports entre les époux mais aussi le tiers avec lequel un des conjoints a traité indûment. Il appartiendra à la jurisprudence de trancher ce problème de compétence ».*

tiers. Mais jusqu'à quel point les rapports avec les tiers sont-ils compris dans l'expression « demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux » ? Qu'en est-il, par exemple d'une action en responsabilité engagée par un tiers contractant[223] ? Il semble que nous atteignons là les limites du caractère extensible des « demandes relatives au fonctionnement du régime matrimonial ». L'aspect « responsabilité civile » devrait dominer. Ainsi, ce sont les juridictions de droit commun compétentes en matière de responsabilité civile[224] qui devraient intervenir.

65. L'action en responsabilité pour faute de gestion.- Par souci de cohérence, l'action en responsabilité engagée par l'époux contre son conjoint en raison d'une faute de gestion[225] devrait également entrer dans la catégorie *« demandes relatives au fonctionnement du régime matrimonial »*. Dans le cadre du régime légal, cette action est mentionnée à l'article 1421 du Code civil. Il est certain que cette action interviendra souvent après la dissolution du régime[226]. Il est alors plus difficile de la considérer comme une demande relative au fonctionnement d'un régime matrimonial qui n'existe plus. Cependant, cette action est née d'une faute intervenue dans le fonctionnement du régime matrimonial. Ce n'est que l'action qui est reportée à la dissolution du régime.

66. Les hypothèques des époux nécessitant une intervention judiciaire.- S'interroger sur le contenu des demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux implique

---

[223] R. CABRILLAC, *op. cit., supra* note 189, p. 190 : *« La gestion de la communauté pourrait également aboutir à engager la responsabilité d'un époux vis-à-vis d'un tiers, mais une jurisprudence excessivement rigoureuse a posé que le seul dépassement de ses pouvoirs par un époux n'engage pas sa responsabilité vis-à-vis du tiers contractant. Le tiers voulant obtenir des dommages et intérêts devrait donc établir le concert frauduleux des époux ou au moins l'intention frauduleuse de l'époux contractant »*.

[224] Selon le montant, il s'agit du tribunal de grande instance, du tribunal d'instance et du juge de proximité. Ce dernier sera supprimé à partir du 1er janvier 2015.

[225] Pour une illustration jurisprudentielle : Cass., 1e civ., 1er février 2012, *AJ fam.,* 2012, p. 152, note P. HILT.

[226] R. CABRILLAC, *op. cit., supra* note 189, p. 190 : *« Cette action peut-elle être intentée avant la dissolution du régime ? Le droit commun ne s'y opposerait pas, mais le sort de l'indemnité allouée conduit à une réponse négative. Si l'on admet, comme certains auteurs, que l'indemnité est propre, il n'y a pas de difficultés. Mais il est plus logique de relever que le dommage causé par la faute de gestion le sera le plus souvent aux biens communs, les dommages et intérêts prenant alors la forme d'une récompense due à la communauté par l'époux fautif. Or le règlement des récompense n'intervient que par l'établissement d'un compte à la fin du régime »* ; F. TERRE, Ph. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 6e éd., 2011, p. 421 : *« Rien ne s'oppose (...) à l'exercice de cette action pendant la durée du mariage (...). L'absence de jurisprudence atteste (...) la répugnance des époux à agir l'un contre l'autre en justice. La préservation de la paix des familles est au prix de l'impunité de bien des fautes de gestion »*.

également de s'intéresser aux hypothèques des époux. L'intervention judiciaire[227] est requise à l'article 2404 du Code civil lorsque l'hypothèque intervient comme garantie lors d'accroissement des pouvoirs d'un époux dans le cadre des articles 1426 et 1429 du Code civil. Dans ce cas, la sûreté légale peut être décidée soit dans le jugement décidant le transfert de pouvoirs, soit par une décision postérieure. Dans le cadre de l'article 2403 du Code civil, une hypothèque judiciaire conservatoire peut être ordonnée en cas de demande en justice d'un époux tendant à faire constater une créance contre son conjoint[228]. Si l'hypothèse de l'article 2404 du Code civil est liée au régime de communauté légale et s'inscrit ainsi facilement dans les demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux, il en va différemment de l'article 2403 du Code civil. En effet, les créances entre époux sont traditionnellement dissociées du cœur du fonctionnement des régimes matrimoniaux. Ainsi, l'hypothèque de l'article 2403 ne paraît pas correspondre au fonctionnement du régime matrimonial. Cependant, la définition du régime matrimonial englobe les questions pécuniaires dans les rapports entre époux et n'est-ce pas ce que sont les créances entre époux ? Par souci de cohérence en termes de compétence[229], cette hypothèque devrait être considérée comme relevant du fonctionnement du régime matrimonial. Alors, logiquement, lorsque le juge intervient pour autoriser une cession de rang dans le cadre de l'article 2405 alinéa 3[230], il s'agit là aussi d'une demande relative au fonctionnement des régimes matrimoniaux. Il en va de même de la demande de mainlevée[231]. Cela est également le cas lorsque la cession de rang[232] et la demande de mainlevée[233] concernent l'hypothèse de l'article 2404.

---

[227] Article 2403 alinéa un : *« Hors le cas de participation aux acquêts, l'hypothèque légale ne peut être inscrite que par l'intervention de justice (...) »*. Ainsi, l'hypothèque des époux de l'article 2402 ne fait pas partie du propos puisque dans cette hypothèse, il y a une possibilité d'inscription de plein droit.

[228] R. CABRILLAC, *op. cit., supra* note 189, p. 105 : *« Elle permet à un époux qui agit en justice pour faire constater une créance à l'encontre de son conjoint de se prémunir contre l'insolvabilité de ce dernier. (...) La créance invoquée doit être une créance résultant de l'état d'époux (pension alimentaire, remboursement d'avances, fautes de gestion de l'autre époux...) »* ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, *op. cit., supra* note 136, p. 104 : *« Un époux ou un ancien époux intente une action en justice contre son conjoint ou les héritiers de celui-ci, pour faire constater sa créance : il invoque, par exemple, des fautes de gestion commises par l'autre, ou réclame une pension alimentaire. Le jugement de condamnation emportera une hypothèque légale »*.

[229] Si cette solution ne devait pas être retenue, selon l'hypothèque, l'époux devrait saisir le juge aux affaires familiales ou le tribunal de grande instance.

[230] Article 2405 alinéa 3 du Code civil : *« Si l'époux bénéficiaire de l'inscription, en refusant de consentir une cession de rang ou subrogation, empêche l'autre époux de faire une constitution d'hypothèque qu'exigerait l'intérêt de la famille ou s'il est hors d'état de manifester sa volonté, les juges pourront autoriser cette cession de rang ou subrogation aux conditions qu'ils estimeront nécessaires à la sauvegarde des droits de l'époux intéressé.(...) »*.

[231] Article 2446 du Code civil : *« Quand l'hypothèque légale a été inscrite par application des articles 2402 et 2403, et sauf clause expresse du contrat de mariage l'interdisant, l'époux bénéficiaire de l'inscription peut en donner mainlevée totale ou partielle. (...). Si l'époux bénéficiaire de l'inscription, en refusant de réduire son hypothèque ou d'en donner mainlevée empêche l'autre époux de faire une constitution d'hypothèque ou une*

67. La liquidation anticipée de la créance de participation.- Il convient également de se demander si la liquidation anticipée de la créance de participation, relative au régime de la participation aux acquêts, peut être entendue comme une demande relative au fonctionnement des régimes matrimoniaux. L'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire prévoit que le juge aux affaires familiales est compétent en matière de séparation de biens judiciaire. En nommant précisément cette action, le législateur avait-il l'intention d'exclure la liquidation par anticipation de la créance de participation, qui, elle, n'apparaît pas dans l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire? Il est certain que le régime de participation aux acquêts étant très peu mis en œuvre, *de facto*, la liquidation anticipée de la créance de participation doit être une action peu connue des tribunaux et peut-être du législateur. Ces deux actions ont néanmoins la même finalité. En effet, en cas de mise en péril des intérêts d'un conjoint par le comportement de l'autre, les deux actions ont comme objectif de mettre fin au régime matrimonial qui permet ce comportement[234]. Pour s'assurer de la cohérence quant à la compétence, il faudrait alors considérer que la liquidation anticipée de la créance de participation est intégrée aux demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux. Cependant, le fait que le législateur ait éprouvé le besoin de préciser spécifiquement l'action en séparation de biens judiciaire montre qu'il la distingue des demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux. Ne faut-il pas alors arriver à la même conclusion pour l'action en liquidation anticipée de la créance de participation car ces deux actions sont comparables ? Ainsi, en l'absence de désignation spécifique, à l'instar de l'action en séparation de biens judiciaire, il y a ici la source d'un conflit réel. En effet, si la liquidation anticipée de la créance de participation ne peut entrer dans le champ d'application

---

aliénation qu'exigerait l'intérêt de la famille ou, s'il est hors d'état de manifester sa volonté, les juges pourront autoriser cette réduction ou cette mainlevée aux conditions qu'ils estimeront nécessaires à la sauvegarde des droits de l'époux intéressé (...) ».

[232] Article 2406 alinéa 1 du Code civil : *« Quand l'hypothèque a été inscrite par application de l'article 2404, la cession de rang ou la subrogation ne peut résulter, pendant la durée du transfert d'administration, que d'un jugement du tribunal qui a ordonné le transfert ».*

[233] Article 2446 alinéa 4 du Code civil : *« Quand l'hypothèque a été inscrite par application de l'article 2404, l'inscription ne peut être rayée ou réduite, pendant la durée du transfert d'administration, qu'en vertu d'un jugement du tribunal qui a ordonné le transfert. Dès la cessation du transfert d'administration, la radiation de la réduction peut être faite dans les conditions prévues aux alinéas 1 et 3 ci-dessus ».*

[234] R. CABRILLAC, *op. cit., supra* note 189, p. 290 : *« Selon l'article 1580 du Code civil*, *« Si le désordre des affaires d'un époux, sa mauvaise administration ou son inconduite, donnent lieu de craindre que la continuation du régime matrimonial ne compromette les intérêts de l'autre conjoint, celui-ci peut demander la liquidation anticipée de sa créance participation ». Le mécanisme ainsi prévu est calqué sur l'article 1443 du Code civil relatif à la séparation de biens judiciaire (...). Les règles de la séparation de biens judiciaire sont applicables à cette demande ; si elle aboutit, les époux seront placés sous le régime de séparation de biens, de manière rétroactive, à la date de la demande (...) ».*

de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, et en l'absence de compétence spécifique, la compétence du tribunal de grande instance réapparaît.

68. L'existence de conflits réels.- Si une interprétation stricte de l'expression *« demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux »*[235] est retenue, la détermination du régime matrimonial, l'action en nullité et en inopposabilité, l'action en responsabilité pour faute de gestion, les hypothèques des époux nécessitant une intervention judiciaire[236] ou la liquidation anticipée de la créance de participation ne pourront rentrer dans le cadre de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire. Ces différentes actions seront alors du ressort, soit du tribunal de grande instance au titre de sa compétence pour les actions personnelles dont le montant est indéterminé, soit du tribunal de grande instance ou du tribunal d'instance en fonction du montant de la demande[237]. Si une interprétation plus large est privilégiée, la compétence du juge aux affaires familiales sera admise. Cela est l'occasion de conflits réels. Pour éviter de tels conflits et pour une cohérence s'agissant des nouvelles compétences du juge aux affaires familiales, une nouvelle rédaction de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire[238] doit être proposée.

69. Il s'agit à présent de constater que l'expression *« demandes relatives au fonctionnement de l'indivision entre personnes liées par un pacte civil de solidarité ou entre concubins »*[239] entraîne également des difficultés d'interprétation.

Paragraphe 2. Les demandes relatives au fonctionnement de l'indivision entre personnes liées par un Pacs ou entre concubins.

70. La notion d'indivision.- Afin d'élucider l'expression *« demandes relatives au fonctionnement de l'indivision entre personnes liées par un pacs ou entre concubins »*, il convient tout d'abord de définir l'indivision. Celle-ci peut être entendue comme *«la situation juridique qui existe, jusqu'au partage d'une chose (immeuble acquis en commun) ou d'un ensemble de choses (masse successorale, communauté dissoute), entre ceux qui ont sur cette*

[235] Article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.
[236] Il s'agit surtout de l'hypothèse de l'article 2403 du Code civil.
[237] Selon le montant, il s'agit du tribunal de grande instance, du tribunal d'instance et du juge de proximité. Ce dernier sera supprimé à partir du 1er janvier 2015.
[238] *Cf., infra* par. n° 93.
[239] Article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.

chose ou cet ensemble un droit de même nature (propriété, nue-propriété, usufruit), chacun pour une quote-part (égale ou inégale), aucun n'ayant de droit privatif cantonné sur une partie déterminée et tous ayant des pouvoirs concurrents sur le tout (usage, jouissance, disposition) »[240]. Si le terme « indivision » est usuellement utilisé pour les droits réels[241] entendus comme le droit *« qui s'exerce, sans intermédiaire, sur une chose »*[242], il va sans dire que l'expression peut concerner les droits personnels[243] qui supposent un *« lien d'obligation entre son titulaire et une autre personne »*[244].

71. Le régime applicable aux concubins et partenaires.- Le code civil réglemente le statut de l'indivision à deux endroits distincts. Le régime légal s'y développe dans les articles 815 à 815-18 et le régime conventionnel fait l'objet d'un titre *« Des conventions relatives à l'exercice des droits indivis »* qui comprend les articles 1873-1 à 1873-18. Selon les situations, les partenaires[245] et les concubins peuvent voir leur indivision soumise à l'un ou l'autre des régimes. Il convient de relever, dans cet ensemble de règles, les actions correspondant aux *« demandes relatives au fonctionnement de l'indivision entre personnes liées par un pacte civil de solidarité ou entre concubins ».* Cette opération est alors l'occasion de prévenir à la fois des conflits réels (A) et un pseudo-conflit (B).

---

[240] G. CORNU (dir.), *op. cit., supra* note 15, v° Indivision (1er sens).

[241] F. DELHAY, *La nature juridique de l'indivision- Contribution à l'étude des rapports de la notion d'indivision avec les notions de société civile et de personnalité morale*, LGDJ, 1968 (Préface J. PATARIN), p. 1 : *« Qu'il y ait entre les auteurs quelques divergences sur la notion de quote-part ne les empêche pas de considérer à l'unisson que chaque indivisaire est titulaire d'un droit réel. ». En note de renvoi, l'auteur précise : « Le plus souvent, les auteurs raisonnent dans leur présentation de l'indivision à partir du droit de propriété. Ainsi, Marcade, Explication théorique et pratique du Code civil, 277 sur l'article 815 : L'indivision est l'état d'une chose appartenant à plusieurs personnes dont chacune est, pour une fraction quelconque, propriétaire de la chose entière »* ; F-X. TESTU, *Rép. Civ.,* Dalloz, V° Indivision (1997- Mise à jour 2010), p. 3, n°1 et ss : *« Lorsqu'un objet de droit est commun à plusieurs propriétaires, on dit que cette chose est en indivision. Tel est le sens correspondant à l'emploi usuel du mot. Toutefois, les sujets de droit qui forment les membres de l'indivision ne sont pas toujours titulaires d'un droit de propriété : il peut s'agir d'un droit réel tel que, par exemple, l'usufruit ou la nue-propriété ; c'est alors l'usufruit, ou la nue-propriété, qui est en indivision. Cette idée doit également être admise au sujet d'un droit de bail ou même d'autres droits de créance. De sorte que, dans ce sens élargi, l'indivision correspond à la cotitularité d'un droit subjectif : les titulaires de droits identiques dans leur nature (peu importent les différences de quotité) portant sur un même objet sont en situation d'indivision. La jurisprudence témoigne de ce sens élargi, lorsqu'elle applique certains textes de droit de l'indivision à des hypothèses de cotitularité (...).Mais dans l'ensemble, on raisonne à partir de l'indivision la plus pure, la propriété indivise qui a constitué la première manifestation de l'indivision dans un système juridique, et qui en demeure la manifestation la plus courante ».*

[242] Y. STRICKLER, *Les biens,* PUF, 2006, p. 8.

[243] C. ATIAS, *L'indivision*, Edilaix, 2e éd., 2010, p. 29 : *« Des locataires peuvent être ensemble créanciers de la jouissance des biens loués et débiteurs des obligations locatives ».*

[244] Y. STRICKLER, *op. cit., supra* note 242, p. 10.

[245] Ph. SIMLER, P. HILT, Le nouveau visage du PACS : un quasi mariage, *JCP éd. G,* 2006, I, 161, p. 1495.

A. Les conflits réels

72. Les conflits réels peuvent naître d'une incertitude quant aux contours des demandes (1) mais également quant aux couples concernés par ces demandes (2).

1. La délimitation des demandes

73. Il convient dans un premier temps de s'intéresser aux limites temporelles des demandes (a) avant de recenser quelles sont les demandes qui constituent le cœur du fonctionnement de l'indivision (b).

a. Les limites temporelles des demandes

74. L'existence de l'indivision.- Avant de s'interroger sur son fonctionnement, il faut dans certains cas déterminer si la situation peut être qualifiée d'indivision. Cette question se pose pour les concubins qui ne bénéficient pas de présomption d'indivision si l'acte est muet sur ce point[246]. Dans ce cas, la détermination de l'indivision doit-elle être considérée comme une demande relative au fonctionnement de l'indivision ? Dans une conception extensive du mot fonctionnement, il semble que cette question de la détermination de l'existence de l'indivision doit rentrer dans l'expression *« demandes relatives au fonctionnement de l'indivision »*. Si une conception restrictive est retenue, la solution diffère puisque le fonctionnement ne concerne que le mouvement alors que la détermination de l'indivision n'est que la qualification de ce qui doit fonctionner[247]. Ainsi, les ferments d'un conflit réel de compétence d'attribution sont mis en place. Dans le mouvement de centralisation des compétences auprès du juge aux affaires familiales, il paraît pertinent de privilégier une interprétation large.

---

[246] S. BEN HADJ YAHIA, *Rép. Civ., cit., supra* note 134, p. 36, n° 308 et ss : *«L'indivision peut exister entre concubins (...). Le fait de vivre en concubinage ne saurait suffire à caractériser l'existence d'une indivision. Entre concubins, la présomption d'indivision n'est pas de droit (...). L'indivision est souvent stipulée par convention (...). Mais en dehors d'une indivision conventionnelle, l'indivision est déduite »* ; F-X. TESTU, *Rép. Civ., cit., supra* note 241, p. 15, n° 124 : *« Il peut arriver qu'un bien acquis conjointement par deux personnes et sans assignation de parts ne se trouve pas en indivision. Tel est le cas lorsqu'une clause d'accroissement, au plus exactement un pacte tontinier a été stipulé »*.

[247] Pour comparer avec la détermination du régime matrimonial. *Cf., supra* par. n° 63.

75. Le sursis au partage.- Si le point de départ des demandes relatives au fonctionnement de l'indivision peut être source de question, il convient également de se demander si la possibilité de surseoir au partage par jugement, mentionnée à l'article 815 du Code civil, doit être comprise dans le fonctionnement de l'indivision ou dans la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux. Il est important de répondre à cette interrogation notamment par rapport aux réserves de compétences qui s'appliquent au fonctionnement et non à la liquidation et au partage[248]. En se fondant sur les modifications apportées par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, la demande de sursis au partage relève plutôt de la liquidation et du partage de l'indivision. En effet, si avant cette réforme, l'article 815 du Code civil[249] contenait les hypothèses dans lesquelles le sursis au partage pouvait être prononcé, aujourd'hui, ces hypothèses sont contenues dans le chapitre relatif au partage[250].

b. Le cœur des demandes

76. Des interventions judiciaires multiples.- Les mesures palliant un blocage.- Il faut, à présent, relever les interventions judiciaires permettant la bonne marche de l'indivision. Ces interventions sont ainsi entendues comme des « demandes relatives au fonctionnement de l'indivision »[251]. Il est possible de se référer au paragraphe du Code civil intitulé *« Des actes autorisés en justice ».* En son sein, les demandes peuvent avoir pour objet d'obvier à des

[248] *Cf.,* article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire : *« (...) Le juge aux affaires familiales connaît :1° De l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, des demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux et des indivisions entre personnes liées par un pacte civil de solidarité ou entre concubins, de la séparation de biens judiciaire, sous réserve des compétences du président du tribunal de grande instance et du juge des tutelles des majeurs ; 2° Du divorce, de la séparation de corps et de leurs conséquences, de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux des époux, des personnes liées par un pacte civil de solidarité et des concubins, sauf en cas de décès ou de déclaration d'absence (...) ».*

[249] L'article 815 du Code civil est inséré dans un chapitre VII intitulé *« Du régime légal de l'indivision ».*

[250] Il s'agit du chapitre VIII intitulé « Du partage ».

[251] C. ATIAS, *op. cit., supra* note 243, p. 59 : *« Le plus souvent, les conflits d'intérêts entre les indivisaires aboutissent au partage, c'est à dire à la fin de l'indivision. Cette issue n'est pas inéluctable. Les dispositions légales ont institué des remèdes qui permettent la survie de l'indivision, elles font appel à des interventions judiciaires »* ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, *op. cit., supra* note 136, p. 228 : *« Il* (le régime légal) *multiplie les possibilités de recours judiciaires dans les hypothèses de crise (...) ; il* (le juge) *est (...) l'autorité qui sauvegarde l'intérêt collectif dominant les intérêts individuels, sans compter son pouvoir modérateur qui se glisse partout. (...) ; En outre, et très classiquement, le juge, doit, selon son office habituel, régler les conflits entre indivisaires, toujours nombreux, et même de plus en plus, parce que l'indivision demeure difficile à vivre ».*

situations de blocage. Il en va ainsi dans le cadre de l'article 815-4[252], sur le fondement duquel un indivisaire peut se faire habiliter en justice à représenter un autre indivisaire hors d'état de manifester sa volonté. L'article 815-5[253] prévoit une autorisation de passer seul un acte pour lequel le consentement de l'autre indivisaire[254] serait nécessaire, si le refus de ce dernier met en péril l'intérêt commun. Dans le cadre de l'article 815-6[255], il est question de toutes les mesures urgentes prises par le juge que requiert l'intérêt commun. L'article 815-7[256] prévoit, quant à lui, l'interdiction de déplacer certains meubles. Ces mesures, en ce qu'elles permettent de dépasser un blocage et donc de faire fonctionner l'indivision, sont des demandes relatives au fonctionnement de l'indivision[257]. Il faut noter qu'au sein du régime conventionnel, il est opéré un renvoi à certains de ces articles[258].

77. L'autorisation judiciaire de vente.- Il convient de se demander si l'article 815-5-1, intégré par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, peut correspondre à une demande relative au fonctionnement de l'indivision. Cet article autorise l'aliénation d'un bien indivis dans certaines conditions à la demande de l'un ou des indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis[259]. Il est enserré dans les différentes dispositions qui permettent de dépasser

---

[252] Article 815-4 alinéa 1 du Code civil : *« Si l'un des indivisaires se trouve hors d'état de manifester sa volonté, un autre peut se faire habiliter par justice à le représenter d'une manière générale ou pour certains actes particuliers, les conditions et l'étendue de cette représentation étant fixées par le juge »*.

[253] Article 815-5 du Code civil : *« Un indivisaire peut être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le consentement d'un coïndivisaire serait nécessaire, si le refus de celui-ci met en péril l'intérêt commun. Le juge ne peut, à la demande d'un nu-propriétaire, ordonner la vente de la pleine propriété d'un bien grevé d'usufruit contre la volonté de l'usufruitier. L'acte passé dans les conditions fixées par l'autorisation de justice est opposable à l'indivisaire dont le consentement a fait défaut »*.

[254] Le terme indivisaire est utilisé au singulier car notre propos est relatif au couple.

[255] Article 815-6 du Code civil : *« Le président du tribunal de grande instance peut prescrire ou autoriser toutes les mesures urgentes que requiert l'intérêt commun. Il peut notamment autoriser un indivisaire à percevoir des débiteurs de l'indivision ou des dépositaires de fonds indivis une provision destinée à faire face aux besoins urgents, en prescrivant, au besoin, les conditions de l'emploi. Cette autorisation n'entraîne pas prise de qualité pour le conjoint survivant ou pour l'héritier. Il peut également soit désigner un indivisaire comme administrateur en l'obligeant s'il y a lieu à donner caution, soit nommer un séquestre. Les articles 1873-5 à 1873-9 du présent code s'appliquent en tant que de raison aux pouvoirs et aux obligations de l'administrateur, s'ils ne sont autrement définis par le juge »*.

[256] Article 815-7 du Code civil : *« Le président du tribunal peut interdire le déplacement des meubles corporels sauf à spécifier ceux dont il attribue l'usage personnel à l'un ou l'autre des ayants droits, à charge pour ceux-ci de donner caution s'il l'estime nécessaire »*.

[257] Ces demandes sont comparables avec les mesures de crise du régime matrimonial. *Cf., supra* par. n° 60.

[258] Article 1873-8 du Code civil : *« Les décisions qui excèdent les pouvoirs du gérant sont prises à l'unanimité, sauf au gérant, s'il est lui même indivisaire, à exercer les recours prévus par les articles 815-4, 815-5 et 815-6 »*. Il est à noter qu'il n'y a pas de renvoi à l'article 815-7. Mais selon Ph. MALAURIE, L. AYNES, *op. cit., supra* note 136, p. 368 : *« Cette décision figure comme exemple à l'article 220-1, alinéa 2, au titre des mesures urgentes : elle pourrait donc être prise sur le fondement de l'article 815-6 »*.

[259] J. LAFOND, L'autorisation judiciaire de vendre un bien indivis (C. civ., art. 815-5-1 nouveau), *JCP éd. N*, n° 21, 22 mai 2009, Etude 1180, p. 12.

un blocage et peut donc être défini comme une demande permettant le fonctionnement de l'indivision. En outre, bien que relatif à l'aliénation d'un bien, l'article 815-5-1 du Code civil ne se réfère qu'à l'autorisation de mise en vente. En tant qu'acte préparatoire au partage[260], il doit être compris dans les demandes relatives au fonctionnement de l'indivision.

Cependant, au-delà des réserves du juge des tutelles des majeurs et du président du tribunal de grande instance que nous étudierons plus après[261], la compétence *ab initio* du juge aux affaires familiales pose problème. Cela doit être étudié ici car il semble que cette matière n'est pas centralisée auprès du juge aux affaires familiales. En effet, l'article 815-5-1 mentionne la compétence du tribunal de grande instance pour connaître de cette demande[262].

Deux positions peuvent être défendues. D'un côté, il semble que la compétence du juge aux affaires familiales doit aujourd'hui être favorisée car aucune réserve n'est consacrée au tribunal de grande instance dans le cadre de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire. Cependant, d'un autre côté, l'article 815-5-1, comprenant la compétence du tribunal de grande instance, a été intégré par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, celle-là même qui a modifié les compétences d'attribution en matière d'indivision au sein du couple. Force est de constater qu'aucune compétence n'est attribuée au juge aux affaires familiales au sein de l'article 815-5-1 du Code civil. Devant ces contradictions, il aurait été pertinent de mettre en place une articulation plus claire des compétences. Le législateur a-t-il spécifiquement voulu conserver la compétence du tribunal de grande instance dans cette hypothèse ou est-ce un oubli ? Cette situation aboutit à un conflit réel. En effet, lorsqu'il faudra demander une

---

[260] F. SAUVAGE, Le rôle du notaire dans la mise en œuvre de la vente du bien indivis à la demande des indivisaires majoritaires, *AJ fam.,* 2010, p. 311.

[261] *Cf., infra* par. n° 212 et ss.

[262] Article 815-5-1 du Code civil : *« Sauf en cas de démembrement de la propriété du bien ou si l'un des indivisaires se trouve dans l'un des cas prévus à l'article 836, l'aliénation d'un bien indivis peut être autorisée par le tribunal de grande instance, à la demande de l'un ou des indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis, suivant les conditions et modalités définies aux alinéas suivants. Le ou les indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis expriment devant un notaire, à cette majorité, leur intention de procéder à l'aliénation du bien indivis. Dans le délai d'un mois suivant son recueil, le notaire fait signifier cette intention aux autres indivisaires. Si l'un ou plusieurs des indivisaires s'opposent à l'aliénation du bien indivis ou ne se manifestent pas dans un délai de trois mois à compter de la signification, le notaire le constate par procès-verbal. Dans ce cas, le tribunal de grande instance peut autoriser l'aliénation du bien indivis si celle-ci ne porte pas une atteinte excessive aux droits des autres indivisaires. Cette aliénation s'effectue par licitation. Les sommes qui en sont retirées ne peuvent faire l'objet d'un remploi sauf pour payer les dettes et charges de l'indivision. L'aliénation effectuée dans les conditions fixées par l'autorisation du tribunal de grande instance est opposable à l'indivisaire dont le consentement a fait défaut, sauf si l'intention d'aliéner le bien du ou des indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis ne lui avait pas été signifiée selon les modalités prévues au troisième alinéa ».*

autorisation judiciaire de vendre dans une indivision entre partenaires ou entre concubins[263], quelle juridiction sera reconnue compétente ? Le juge aux affaires familiales ou le tribunal de grande instance ? Aucun argument décisif ne vient mettre fin à ces interrogations.

78. La protection des intérêts individuels.- D'autres actions visent à faire respecter les droits et les obligations des indivisaires. Elles prennent place dans la section intitulée *« Des droits et des obligations des indivisaires »* alors que les mesures palliant une situation de blocage sont présentes dans une section intitulée *« Des actes relatifs aux biens indivis »*. Il va sans dire que le fonctionnement des indivisions ne peut négliger les indivisaires et leurs intérêts individuels. Ainsi, les différentes actions faisant appel au juge, afin de protéger les intérêts individuels, doivent être considérées comme des demandes relatives au fonctionnement des indivisions[264]. Ce sont les articles 815-9[265], 815-11[266] et 815-12[267] du Code civil qui sont visés. Dans le cadre de la protection des intérêts individuels, le régime conventionnel renvoie également à certains de ces articles[268].

79. Les actions en nullité.- A l'instar de la solution dégagée précédemment pour les actions en nullité déployées dans les régimes matrimoniaux[269], il convient de retenir que les actions en nullité naissant dans le cadre de l'indivision doivent être comprises dans « les demandes relatives au fonctionnement de l'indivision ». Cela concerne les actions en nullité

---

[263] Cela ne concerne que les indivisions entre concubins et partenaires. Nous verrons pour les couples mariés, le juge aux affaires familiales n'est pas reconnu compétent pour les indivisions les concernant (*Cf., infra* par. n° 82 et ss.). Ainsi, la compétence du tribunal de grande instance en matière d'autorisation judiciaire de vente d'un bien indivis est reconnue sans difficultés.

[264] T. SEMERE, L'administration de l'indivision, *AJ fam.,* 2010, p. 304 : *« Lors de la « vie » de l'indivision, cette dernière doit pouvoir fonctionner ne serait-ce que pour la bonne gestion et la conservation des biens ainsi que dans l'intérêt même des indivisaires»*.

[265] Article 815-9 alinéa 1 du Code civil : *« Chaque indivisaire peut user et jouir des biens indivis conformément à leur destination, dans la mesure compatible avec le droit des autres indivisaires et avec l'effet des actes régulièrement passés au cours de l'indivision. A défaut d'accord entre les intéressés, l'exercice de ce droit est réglé, à titre provisoire, par le président du tribunal »*.

[266] Article 815-11 alinéa 3 du Code civil : *« En cas de contestation, le président du tribunal de grande instance « peut ordonner une répartition provisionnelle des bénéfices sous réserve d'un compte à établir lors de la liquidation définitive »*.

[267] Article 815- 12 du Code civil : *« L'indivisaire qui gère un ou plusieurs biens indivis est redevable des produits nets de se gestion. Il a droit à sa rémunération de son activité dans les conditions fixées à l'amiable, ou, à défaut, par décision de justice »*.

[268] Article 1873-11 alinéa 2 du Code civil : *« Chaque indivisaire est tenu de participer aux dépenses de conservation des biens indivis. A défaut d'accord particulier, les articles 815-9, 815-10 et 815-11 du présent code sont applicables à l'exercice du droit d'usage et de jouissance, ainsi qu'à la répartition des bénéfices et des pertes »*.

[269] *Cf., supra* par. n° 64.

de l'article 815-16 du Code civil relatives aux *« cessions ou (...) licitation opérée au mépris des dispositions des articles 815-14 et 815-15 »*[270].

80. Le gérant du régime conventionnel.- Le régime conventionnel comprend également des articles relatifs au gérant de l'indivision[271]. Dans le cadre d'une convention d'indivision au sein d'un couple, si l'un des membres est désigné gérant[272], il convient de retenir que les demandes relatives au gérant sont des demandes relatives au fonctionnement des indivisions.

81. Si certaines actions sont entendues sans difficultés comme des demandes relatives au fonctionnement de l'indivision, pour d'autres actions il faudra proposer des modifications des textes législatifs[273] et réglementaires pour les inclure sans doute aucun dans le champ d'application de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire. Les questions sont également nombreuses lorsqu'il s'agit de s'intéresser aux couples concernés par l'indivision de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.

2. Les couples concernés

82. L'indivision entre époux.- La comparaison avec les indivisions entre partenaires et concubins.- L'indivision entre époux soulève des interrogations. En effet, l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire ne prévoit que les hypothèses des indivisions entre personnes liées par un pacte civil de solidarité ou entre concubins. Il n'est pas fait mention des époux. L'indivision est certes réglée, dans le Code civil, indépendamment de son origine et de sa consistance[274], mais cela ne peut suffire à intégrer l'indivision entre époux dans les dispositions de l'article L. 213-3. Il y est, en effet, spécifiquement précisé qu'il s'agit de

---

[270] Les développements sur les tiers tenus en rapport avec l'action en nullité et le régime matrimonial peuvent être transposés en matière d'indivision. *Cf., supra* par. n° 64.

[271] Article 1873-5 alinéa 4 du Code civil : *« Dans tous les cas, la révocation peut être prononcée par le tribunal à la demande d'un indivisaire lorsque le gérant, par ses fautes de gestion, met en péril les intérêts de l'indivision »*.
Article 1873-10 du Code civil : *« Le gérant a droit, sauf accord contraire, à la rémunération de son travail. Les conditions en sont fixées par les indivisaires, à l'exclusion de l'intéressé, ou à défaut, par le président du tribunal de grande instance à titre provisionnel ».*

[272] Il faut préciser que cette situation se rencontre rarement. *Cf.,* A. BOLZE, *art. cit., supra* note 170, p. 11 : *« La nomination d'un gérant ne paraît se justifier qu'au-delà de deux personnes ».*

[273] *Cf., infra* par. n° 93.

[274] P. CATALA, *op. cit., supra* note 118, p. 125 : Le législateur *« n'a pas cru devoir fonder de catégories autonomes sur l'origine successorale ou non successorale de l'indivision, ni sur la nature familiale ou non*

l'indivision entre partenaires et concubins. La dénomination des membres des trois couples ne peut être confondue. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation l'a rappelé dans un arrêt du 5 mars 2008[275] en précisant que les conjoints sont « *en l'état de la législation française, les personnes unies par les liens du mariage* ».

83. La comparaison avec le fonctionnement des régimes matrimoniaux.- Si les demandes relatives au fonctionnement de l'indivision entre époux ne peuvent se rattacher aux demandes de fonctionnement de l'indivision entre concubins et partenaires, est-il possible de les relier aux demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux ? Il faut apporter une réponse négative à cette question. L'indivision est, en effet, considérée en parallèle du régime matrimonial. Elle n'est pas intégrée dans le fonctionnement des régimes matrimoniaux, mais est désignée comme un *« satellite ou parasite du régime matrimonial »*[276].

84. La comparaison avec la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux.- Si les indivisions entre époux sont exclues des dispositions de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire relatives au fonctionnement, sont-elles comprises dans les dispositions relatives à la liquidation et au partage des intérêts patrimoniaux ? Il faut là aussi répondre de manière négative. Si la dissolution du régime matrimonial entraîne souvent une période d'indivision qualifiée de « post-communautaire », la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux sont des opérations à distinguer.

---

familiale des biens indivis. Il lui a paru que ces contingences n'affectaient pas les traits fondamentaux de la situation, notamment l'existence dans tous les cas d'un intérêt collectif ».

[275] Cass., 2e civ., 5 mars 2008, *Dr. fam.,* 2008, Comm. 51, p. 15, note V. LARRIBAU-TERNEYRE. Il est précisé dans l'arrêt qu' *« attendu que les conjoints étant, en l'état de la législation française, les personnes unies par les liens du mariage, les dispositions de l'article L. 11,2° du code électoral en faveur du conjoint ne s'étendent pas aux personnes vivant maritalement et ne peuvent être invoquées par le partenaire d'un pacte civil de solidarité ».*

[276] P. CATALA, « L'indivision entre époux » in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 185 : *« Satellite ou parasite du régime matrimonial, l'indivision entre époux est chose courante. Elle s'allie volontiers à la séparation de biens. Lorsque des époux séparés de biens n'ont pas stipulé de société d'acquêts dans leur convention matrimoniale, il est fréquent qu'ils procèdent à des acquisitions conjointes au cours du mariage. L'indivision conventionnelle qui en résulte établit une zone d'intérêts communs entre les coacquéreurs ; il y a création d'acquêts indivis, comme si le mari et la femme, ayant éprouvé la solidité de leur union, édifiaient alors la communauté dont ils n'avaient pas voulu à l'origine»* ; B. VAREILLE, « L'indivision et les couples » in Association H. CAPITANT, *L'indivision*, Journées nationales, Tome VII Bordeaux, Dalloz, 2005, p. 5 : *« Le second trait propre à caractériser plus efficacement les conséquences de l'indivision particulière, c'est que sa portée varie selon les situations du couple. Ainsi, elle laisse subsister pour le couple marié son statut patrimonial, avec lequel elle compose nécessairement. On pense ici évidemment à la situation des époux séparés de biens et coïndivisaires ».*

85. Le domaine de l'exclusion.- Ainsi, aucun argument ne permet de considérer que les demandes relatives au fonctionnement des indivisions entre époux sont régies par l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire[277]. Les conséquences sont importantes. Sont concernées par cette exclusion, les hypothèses des époux séparés de biens[278] et coïndivisaires, mais également l'indivision post communautaire. Bien que cette dernière fasse suite à la séparation du couple, il s'agit, malgré tout, de fonctionnement de l'indivision. En outre, la qualité d'ex-époux, dans le cadre du fonctionnement de l'indivision post-communautaire, ne peut être assimilée à celle de partenaire ou de concubin visée par les dispositions initiales de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.

86. L'exclusion de la compétence du juge aux affaires familiales.- Si l'indivision entre époux ne fait pas partie du champ d'application de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, et étant donné qu'elle n'est attribuée à aucune juridiction spécifique, elle est alors de la compétence du tribunal de grande instance[279]. Il convient de se demander quelle peut être alors la spécificité de l'indivision entre époux[280] qui justifie cette compétence. Il est difficile de mettre en lumière des éléments qui démontreraient la spécificité de cette indivision. Le législateur a t-il voulu la rapprocher de l'indivision successorale qui est de la compétence du tribunal de grande instance ? Il semble plutôt que nous sommes en présence d'un oubli de sa part. Avec cette lacune, nous aboutissons à une situation paradoxale. En effet,

---

[277] Le seul indice qui peut aller dans ce sens est le titre de la section du Code de procédure civile qui comprend l'article 1136- 1 relatif à la procédure applicable aux compétences du juge aux affaires familiales en matière de relations patrimoniales au sein du couple. En effet, la section s'intitule « le fonctionnement, la liquidation et le partage des régimes matrimoniaux et des indivisions entre personnes liées par un pacte civil de solidarité ou entre concubins ». La construction grammaticale de ce titre permet d'émettre deux hypothèses. D'un côté, il peut être retenu que l'indivision ne peut se rattacher qu'aux partenaires de Pacs et de concubins. D'un autre côté, le terme fonctionnement placé en début de titre pourrait s'appliquer à l'indivision. Même si cette possibilité est retenue, il faut toutefois convenir que la valeur d'un titre est nulle en rapport avec les articles du Code de procédure civile et du Code de l'organisation judiciaire qui ne permettent pas d'envisager que l'indivision puisse concerner les couples mariés.

[278] Cela concerne aussi les époux soumis au régime de participation aux acquêts.

[279] Article L. 211-3 du Code de l'organisation judiciaire : *« Le tribunal de grande instance connaît de toutes les affaires civiles et commerciales pour lesquelles compétence n'est pas attribuée, en raison de leur nature ou du montant de la demande, à une autre juridiction »*. Il faut toutefois préciser qu'il est possible de considérer que la compétence en matière d'indivision n'est pas exclusivement attribuée au tribunal de grande instance. D'ailleurs, aucun texte ne va dans ce sens. Il est à supposer que la compétence du tribunal de grande instance est souvent retenue car les demandes sont soient indéterminées ou supérieures au taux de compétence du tribunal d'instance. Il n'est pas nécessaire d'aller plus loin dans cette question car ce qui nous importe, c'est de constater que la compétence du juge aux affaires familiales fait défaut.

[280] Il est rappelé que l'indivision entre époux et notamment post-communautaire *« n'obéit pas à un régime spécifique : l'article 1476 renvoie expressément au droit commun de l'indivision (...) »*. R. CABRILLAC, *op. cit., supra* note 189 , p. 209.

le juge aux affaires familiales, en matière d'indivision, connaît un contentieux plus étendu pour les partenaires et les concubins que pour les couples mariés.

87. Il faut à présent s'intéresser à un pseudo-conflit relatif à la contribution aux charges du concubinage.

B. Un pseudo-conflit : « la contribution aux charges du concubinage »

88. La question de l'existence de la contribution aux charges du concubinage. Il convient de se demander si l'expression *« demandes relatives au fonctionnement de l'indivision »* peut inclure une contribution aux charges du concubinage, bien qu'aucune norme substantielle n'existe dans ce sens. Au préalable, il faut rappeler que la Cour de cassation a toujours refusé d'appliquer aux concubins l'obligation de contribuer aux charges de la vie commune[281]. Elle a écarté l'analogie avec la contribution aux charges du mariage et il en irait certainement de même concernant l'analogie avec la contribution aux charges du Pacs. Cette jurisprudence constante de la Cour de cassation a toutefois souffert d'une certaine opposition, tant des juges du fond[282] que de la doctrine[283]. Si le raisonnement par analogie n'est pas accepté, il convient de se demander si l'expression *« fonctionnement de l'indivision »* ne permet pas d'intégrer cette contribution, ainsi que le propose un auteur dans les termes suivants : *« Le nouveau texte*[284] *confie au juge aux affaires familiales le soin d'examiner les « demandes relatives au fonctionnement de l'indivision ». L'expression ne contient-elle pas, en matière de concubinage, un germe de « contribution aux charges de l'indivision » ? »*[285]. Cette proposition est illustrée par un exemple précis. Ainsi, *« il faut supposer que deux concubins aient acquis en indivision des droits sur un bien (par exemple sur l'immeuble qui abrite le couple ou la famille). Si l'un d'entre eux ne remplit plus ses obligations d'indivisaire, l'autre peut saisir le juge aux affaires familiales (et non pas la juridiction de droit commun) de la difficulté. (...). Mais pourquoi ne pas imaginer que dans le*

[281] A titre d'illustration : Cass., 1e civ., 28 novembre 2006, *AJ fam*., 2007, p. 33, note F. CHENEDE.
[282] A titre d'illustration : CA Pau, 4 avril 2005, *Dr. fam*., 2005, Comm. 152, p. 21, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.
[283] V. LARRIBAU-TERNEYRE, note sous CA Pau, 4 avril 2005, *Dr. fam.,* 2005, Comm. 152, p. 21 : *« Jusqu'à quand la Cour de cassation parviendra-t-elle à maintenir sa position de sévérité à l'égard du concubinage ? ».*
[284] Il s'agit de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.
[285] X. LABBEE, La judiciarisation du PACS et du concubinage, *D.* 2009, Chron., p. 2055.

cadre de la même assignation, le concubin fasse état d'une demande relative à l'autorité parentale (en présence d'enfants) et à la fixation d'une pension alimentaire ? Pourquoi ne pas réunir en un acte unique les deux difficultés puisque nous sommes devant le même juge ? (...). Il est certain que la « contribution aux charges de l'indivision familiale » peut ressembler à s'y méprendre à l'obligation aux charges du mariage ou du pacte (...) et que le juge aux affaires familiales utilisera les mêmes paramètres pour la calculer »[286]. C'est ainsi, par le biais d'une demande incidente, que l'éventuelle contribution aux charges du concubinage pourrait prendre son essor.

89. L'absence d'une demande comparable dans le régime de l'indivision.- Au préalable, il convient d'examiner si la demande d'un indivisaire peut être rapprochée de la contribution aux charges du mariage ou du Pacs. Ces charges *« correspondent à tous les frais qu'il est d'usage, dans les familles, de payer sur les revenus»*[287]. Si cette participation n'est pas volontaire, l'époux ou le partenaire récalcitrant peut être condamné à verser une somme d'argent. Dans le régime de l'indivision, aucune demande relative au fonctionnement de l'indivision ne met en place cette possibilité de versement d'une somme d'argent pour faire face aux charges de l'indivision.

90. Les conséquences de l'insertion de la contribution aux charges du Pacs dans l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.- Force est de constater également que la contribution aux charges du Pacs fait l'objet d'une insertion spécifique dans l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire et qu'au sein de cet article, il est également fait mention du fonctionnement de l'indivision entre partenaires. La coexistence de ces deux actions au sein du même article démontre que le fonctionnement de l'indivision entre partenaires ne peut contenir la contribution aux charges d'une quelconque vie commune puisqu'il est nécessaire de spécifier l'action en contribution aux charges du Pacs.

91. L'absence de norme substantielle.- L'intérêt d'une contribution aux charges de la vie commune ne fait aucun doute et elle peut se justifier par la communauté de vie qui entraîne des charges. Cette contribution ne serait donc pas due au mariage mais à la

[286] X. LABBEE, *op. cit., supra* note 138, p. 116.
[287] G. CORNU, *op. cit, supra* note 4, p. 69.

communauté de vie, élément commun des couples[288]. Toutefois, c'est en termes de droit substantiel que la question doit être posée et réglée. Cette problématique est une illustration de ce qu'une compétence commune ne peut créer une unité entre les couples si le législateur ne l'établit pas également en droit substantiel. Plus qu'une réelle contribution aux charges du concubinage, il faut plutôt penser que, lorsque les juges auront à se prononcer sur des demandes relatives au fonctionnement de l'indivision, et qu'il y aura une demande incidente relative aux enfants, l' « intérêt de la famille » remplacera l' « intérêt commun », notion liée à l'indivision. Il est ainsi envisageable que, dans ce cas, la contribution à l'entretien des enfants sera d'un montant plus élevé pour compenser l'absence de contribution aux charges du concubinage. Ce d'autant plus que les juges du fond ont déjà démontré leur propension à mettre en place une contribution aux charges du concubinage, soit directement, soit par le biais de l'enrichissement sans cause[289]. Cependant, il faut affirmer que si le juge aux affaires familiales est saisi d'une demande de contribution aux charges du concubinage, il ne pourra que reconnaître l'absence de norme substantielle en ce sens[290]. Ce n'est donc pas une question de compétence car aucun juge ne pourrait se reconnaître compétent. C'est ainsi un pseudo-conflit dont il s'agit.

---

[288] V. LARRIBAU-TERNEYRE, note sous CA Pau, 4 avril 2005, *Dr. fam.,* 2005, Comm. 152, p. 22 : *« Devant la résistance des juges du fond, la Cour de cassation finira-t-elle par céder et par appliquer aux concubins par analogie, certaines des solutions d'un régime primaire réservé certes aux époux mais que la logique de la communauté de vie pourrait à elle seule justifier dans les rapports entre concubins, à savoir l'idée d'une contribution réciproque aux charges du ménage ? ».*

[289] Cette proposition d'essor de contribution aux charges du concubinage semble avoir reçu l'approbation d'un juge, Vice-président chargé des affaires familiales. *Cf.,* M-B. MAIZY, Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 : extension des attributions du juge aux affaires familiales et nécessaire réorganisation en juridiction, *AJ fam.,* 2010, p. 107 : *« S'agissant du concubinage, ainsi que l'observe M. Labbée dans une note intitulée « La judiciarisation du pacs et du concubinage » (...), l'expression demandes relatives au fonctionnement des indivisions entre concubins pourrait contenir, en matière de concubinage, un germe de « contribution aux charges de l'indivision »*. Pour une présentation de positions contraires : L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, LGDJ, 1990 (Préface M. GOBERT), p. 442 : *« En l'absence de texte exprès, le juge refuse catégoriquement d'étendre aux concubins les règles propres aux personnes mariées. Cette attitude est commune à toutes les juridictions (...) qui ont eu à connaître de la question ; et c'est un refus sans faille qu'elles ont opposé, aussi bien lorsqu'il leur était demandé de procéder à une extension analogique des textes parlant clairement de mariage ou de conjoint, que d'interpréter extensivement des textes utilisant des notions un peu moins précises (telle celle de ménage) : il est clair que le juge refuse de faire, de lui-même, le moindre pas sur la voie de l'assimilation ».*

[290] E. MATUTANO, *art. cit., supra* note 140, p. 1313 : *« En droit processuel, le a) du 3° de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire donne communément compétence au juge des affaires familiales pour se prononcer sur les actions liées à la fixation de l'obligation alimentaire, de la contribution aux charges du mariage ou du pacte civil de solidarité. Ici s'esquisse une unité procédurale entre les litiges portant sur les deux contrats en cause, mariage et pacs. Cette unité laisse cependant hors de son champ le concubinage, dont le fond du droit applicable ne prévoit pas d'obligation analogue à celles du mariage et du pacte civil de solidarité ».*

Conclusion de la Section 2

92. Des modifications dans le Code de l'organisation judiciaire, le Code civil et le Code de procédure civile.- Les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales doivent être correctement appréhendées afin d'éviter la création de nouveaux conflits. Au regard des difficultés entraînées par l'utilisation de l'expression issue du langage courant, *« les demandes relatives au fonctionnement »* et tout en tenant compte du fait qu'une marge d'interprétation est toujours possible[291], il convient de proposer une première réécriture partielle de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, dans ses dispositions relatives aux relations patrimoniales[292]. A cette modification, s'ajoutent des changements de dispositions du Code civil et du Code de procédure civile.

93. Une proposition de réécriture partielle de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.- Suite aux difficultés d'interprétation de l'expression *« demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux et des indivisions »*, il convient d'adjoindre spécifiquement aux compétences du juge aux affaires familiales la liquidation anticipée de la créance de participation. Pour les hypothèques, il faut pouvoir également les désigner spécifiquement. Cela est d'autant plus nécessaire que les dispositions relatives aux hypothèques des époux ne sont pas contenues dans les parties du Code civil consacrées au régime primaire et aux régimes matrimoniaux. Pour intégrer de manière certaine dans le cadre

---

[291] M. VAN DE KERCHOVE, « Rien n'est simple, tout se complique. La complexité, limite à la simplification du droit » in J. POUSSON, F. RUEDA (dir.), *Qu'en est- il de la simplification du droit ? Actes du colloque des 26 et 27 novembre 2009*, LGDJ, Presses de l'Université Toulouse I Capitole, 2010, p. 117 : *« Si l'on peut difficilement nier l'importance d'un idéal de sécurité et de certitude en droit, (...), il n'en reste pas moins vrai qu'un tel idéal se heurte à des limites indépassables, et que des éléments fondamentaux d'incertitude, sans doute variables selon le temps et les lieux, marquent inéluctablement le phénomène juridique. L'incertitude affecte notamment la signification des règles de droit. Le langage naturel ou « semi-artificiel », dans lequel elles sont formulées, se trouve en effet affecté de ce que les anglo-saxons appellent une « texture ouverte (...) qui a pour double conséquence que l'extension des concepts signifiés par ses termes ne font pas l'objet d'une délimitation nette, et qu'en toute hypothèse, elle ne peut faire l'objet d'une délimitation complète. A l'idée qu'une règle de droit pourrait être dotée d'une clarté absolue, il convient dès lors d'opposer l'idée qu'une telle clarté est toujours relative à un double contexte d'énonciation et d'application et qu'une telle clarté même relative, est loin de toujours exister, marquant ainsi la signification de toute règle juridique d'un degré plus ou moins radical d'incertitude. Par ailleurs, à l'idée que la clarté d'un texte juridique pourrait se fonder sur le sens usuel de ses termes, il convient également d'opposer la double idée selon laquelle ce sens usuel recouvre toujours en réalité une pluralité de signification aux contours indéterminées et que l'insertion d'un terme usuel dans un texte juridique ne peut laisser sa signification absolument inchangée, ne fût-ce que pour la raison que le droit exige, au niveau de son application, un degré de précision relatif aux « situations limites » qui ne répond à aucun besoin essentiel de la pensée courante »*.

[292] Cette clarification va dans le sens du principe d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi posé par le Conseil constitutionnel dans une décision du 16 décembre 1999 (Décision n°99-421 DC du 16 décembre 1999).

de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire les demandes relatives à l'existence de l'indivision ou des régimes matrimoniaux, les actions en nullité ou en inopposabilité, il suffirait d'enlever le terme « fonctionnement » dans l'expression « demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux et des indivisions ». Cette suppression du terme « fonctionnement » permettrait quand même de prendre en compte les mesures de crises et toutes les autres actions qui ressortaient des « demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux et des indivisions ». Enfin, la compétence du juge aux affaires familiales doit s'étendre aux indivisions entre les époux ou ex-époux. Cela permettrait d'écarter la compétence du tribunal de grande instance en la matière.

Compte tenu de ces modifications, l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire pourrait indiquer que le juge aux affaires familiales connaît *« de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, des hypothèques des époux, des demandes relatives aux régimes matrimoniaux et aux indivisions entre époux*[293] *ou entre personnes liées par un pacte civil de solidarité ou entre concubins, de la séparation de biens judiciaire, de la liquidation anticipée de la créance de participation, sous réserve de la compétence du juge des tutelles des majeurs ».* Les dispositions resteraient inchangées quant aux actions liées à la fixation de la contribution aux charges du mariage ou du pacte civil de solidarité[294].

94. Des modifications dans le Code civil.- Pour compléter les différentes modifications proposées, il serait intéressant de supprimer la référence au tribunal de grande instance dans le cadre de l'article 815-5-1 du Code civil. Ainsi, lorsqu'il s'agira d'une indivision entre les membres du couple, l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, dans sa version proposée ci-dessus, conduira à la compétence du juge aux affaires familiales. Au contraire, en présence d'une indivision autre, le tribunal de grande instance restera compétent en tant que juridiction de droit commun.

Quant à l'article 1449 du Code civil, il est pertinent de substituer le terme juge au terme tribunal, d'autant que c'est le juge aux affaires familiales qui est compétent pour la séparation de biens judiciaire.

---

[293] La mention d'ex-époux, prenant en compte l'indivision post-communautaire, n'est pas spécifiée au sein de l'article. Cette question de l'appréciation de l'état d'époux sera traitée *infra* par. n° 301.

[294] Nous nous proposons de traiter la question de l'action en responsabilité pour faute de gestion lorsque nous nous intéresserons aux compétences du juge aux affaires familiales en matière de responsabilité civile. *Cf., infra* par. n° 193.

Dans le cadre de l'hypothèque entre époux, si la compétence du juge aux affaires familiales est retenue, le terme « juge » doit être préféré au terme « tribunal » dans les articles 2404, 2403 et 2446, pour qu'aucun doute ne subsiste.

95. Une modification dans le Code de procédure civile.- Il peut être proposé une modification de l'article 1136-1 du Code de procédure civile qui entraînerait la suppression de ses dispositions initiales. Il ne serait consacré qu'à la liquidation et au partage. Il serait alors rédigé de la manière suivante : *« les demandes relatives à la liquidation et au partage des intérêts patrimoniaux des époux, des personnes liées par un pacte civil de solidarité et des concubins relevant de la compétence du juge aux affaires familiales obéissent aux règles de la procédure en matière contentieuse applicable devant le tribunal de grande instance ».* En effet, si la liquidation et le partage peuvent obéir à une procédure unique, tel n'est pas le cas des demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux et des indivisions. Ces demandes, par leur diversité, ne peuvent se contenter de la formule uniforme de l'article 1136-1 du Code de procédure civile.

Conclusion du Chapitre 1

96. Une centralisation affichée.- Voici déterminée la compétence initiale du juge aux affaires familiales en matière de relations patrimoniales du couple. Il faudra certes la confronter ensuite aux compétences du juge des tutelles des majeurs et du président du tribunal de grande instance mais une réelle centralisation des compétences du juge aux affaires familiales peut d'ores et déjà être affirmée. Plus que la résorption de conflits[295], cette centralisation a conduit à réfléchir à la prévention d'éventuels conflits par une analyse stricte de la matière confiée au juge dans le cadre de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.

97. Une centralisation à tempérer.- Toutefois, la centralisation auprès du juge aux affaires familiales en matière de relations patrimoniales se trouve mise à mal par des mouvements qui ne semblent pas forcément réfléchis par le législateur. Il en va ainsi en matière d'indivision des époux qui, selon notre interprétation, ne peut relever, en droit positif, de la compétence du juge aux affaires familiales[296]. Il en va également ainsi de la compétence d'attribution en matière d'autorisation judiciaire de vente d'un bien indivis qui ressort de la compétence du tribunal de grande instance[297].

98. La teneur de la proposition de la modification de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.- Quelques propositions ont été faites pour aller dans le sens de cette centralisation tant souhaitée. Il s'agit essentiellement d'une modification de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire[298] qui serait rédigé de la manière suivante : *« Dans chaque tribunal de grande instance, un ou plusieurs magistrats du siège sont délégués dans les fonctions de juge aux affaires familiales. Le juge aux affaires familiales connaît : 1° Des demandes relatives à la convention notariée de changement de régime matrimonial, de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, des hypothèques des époux, des demandes relatives aux régimes matrimoniaux et aux indivisions entre époux ou entre personnes liées par un pacte civil de solidarité ou entre concubins, de la séparation de biens judiciaire et de son action en nullité, de la liquidation anticipée de la*

[295] Pour la suppression des conflits en matière de contribution aux charges : *Cf., supra* par. n° 44 et ss.
[296] *Cf., supra* par. n° 82 et ss.
[297] *Cf., supra* par. n° 77 et ss.
[298] Pour l'ensemble des modifications proposées : *Cf., supra* par. n° 93 et ss.

créance de participation, sous réserve des compétences du président du tribunal de grande instance et du juge des tutelles des majeurs[299] *».* Le reste des dispositions en matière de relations patrimoniales demeure inchangé. Il va sans dire que d'autres modifications pourraient être proposées en fonction des développements qui vont suivre.

99. L'absence d'influence sur le droit substantiel.- Quelle que soit la réalité de la centralisation, il est certain que les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales ne peuvent avoir d'influence directe sur le droit substantiel. Ainsi, la « contribution aux charges du concubinage » ne peut être reconnue[300].

100. Considérons à présent l'état des conflits lorsqu'il y a liquidation et partage des intérêts patrimoniaux, c'est-à-dire lorsque les relations patrimoniales prennent fin.

[299] La pertinence des réserves de compétences attribuées au président du tribunal de grande instance et au juge des tutelles des majeurs sera étudiée dans la suite des développements. *Cf., infra* par. n° 212 et ss.
[300] *Cf., supra* par. n° 88 et ss.

Chapitre 2.

La liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux

101. Le juge aux affaires familiales, la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux.- Selon l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, dans sa version issue de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, le juge aux affaires familiales connaît : 2° *« du divorce, de la séparation de corps et de leurs conséquences, de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux des époux, des personnes liées par un pacte civil de solidarité et des concubins, sauf en cas de décès ou de déclaration d'absence ».* La liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux du couple peuvent intervenir quelle que soit la nature de ce dernier. La liquidation est l'opération préalable au partage, elle est définie comme *« l'opération globale de mise au clair d'une masse à partager (...); la suite d'opérations comptables préalables au partage, qui consistent à isoler la masse à partager et à fixer les droits de chaque copartageant (...) »*[301]. Le partage est, quant à lui, défini comme l' *« opération à effet déclaratif par laquelle les copropriétaires d'un bien ou d'une universalité (succession, communauté) mettent fin à l'indivision, en attribuant à chaque copartageant, à titre privatif, une portion concrète de biens (...) destinés à composer son lot (...) »*[302] .

102. Des causes différentes selon les trois types de couples.- Malgré une présentation uniforme de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire qui fait mention d'une même « liquidation et partage des intérêts patrimoniaux » pour les trois couples, il convient néanmoins d'opérer des distinctions. Les causes de ces opérations liquidatives et de partage diffèrent selon les couples.

---

[301] G. CORNU (dir.), *op. cit., supra* note 15, v° Liquidation ; F. TERRE, Ph. SIMLER, *op. cit., supra* note 226, p. 495 : pour une définition en rapport avec le régime de la communauté légale : *« Le terme liquidation désigne l'ensemble des opérations tendant, sinon à la réduction de la communauté dissoute à un solde en espèces liquides, du moins à l'établissement d'une situation nette susceptible d'un règlement par voie de partage ».*

[302] G. CORNU (dir.), *op. cit., supra* note 15, v° Partage. Remarque : certains auteurs peuvent englober les opérations de liquidation et de partage dans un terme unique. *Cf.,* P. LIPINSKI, *La liquidation dans le régime de la séparation de biens*, LGDJ, 2002, p. 16 (Préface G. CHAMPENOIS) : *« Sans méconnaître la distinction qui existe entre la notion de liquidation et partage, nous avons choisi d'intégrer les modalités de partage à notre étude : le partage est la suite logique de la liquidation. Pour plus de clarté, nous désignerons désormais les opérations préalables à la détermination de la masse partageable et les règles relatives au partage par le terme générique : « d'opérations de répartition des biens » ».*

Pour les couples non mariés, ce n'est que dans l'hypothèse d'un décès ou d'une absence déclarée qu'il y a forcément liquidation et partage des intérêts patrimoniaux. En cas de rupture, qui échappe à l'intervention judiciaire[303], la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux n'en sont pas la conséquence obligatoire[304]. Les nouvelles compétences attribuées au juge aux affaires familiales pour la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des personnes liées par un pacte civil de solidarité et des concubins ne modifient en rien cette règle[305].

Pour les couples mariés, il en va autrement. Tout d'abord, lorsqu'il y a dissolution du mariage par le divorce[306], il y a forcément une intervention judiciaire et une liquidation des intérêts patrimoniaux. Ensuite, les conjoints connaissent des causes spécifiques tels que la nullité du mariage, la séparation de biens judiciaire, la liquidation anticipée de la créance de participation, le changement de régime matrimonial.

Enfin, quels que soient les couples, à tout moment, les biens acquis en indivision peuvent être liquidés et partagés, sans cause spécifique.

---

[303] A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « Responsabilité civile et rupture unilatérale du concubinage », in Etudes offertes à J. RUBELLIN-DEVICHI, *Des concubinages- Droit interne- Droit international- Droit comparé*, Litec, 2002, p. 258. Cela est l'objet de critiques : Pour le Pacs, X. LABBEE, Le PACS et le rapport Guinchard, *D.* 2008, p. 2354 : *« Le PACS est à cent lieues du mariage. Il n'en a que l'apparence. S'il lui ressemble dans sa formation et ses effets, il en diffère totalement dans sa rupture ou dans la crise. Il se révèle alors dans sa réalité : il n'est qu'un concubinage. Et le juge est absent au moment où on a besoin de lui »*. De manière générale, A. TISSERAND-MARTIN, « La protection légale du logement familial : modèle pour un droit commun des couples ? », in *Mélanges en l'honneur du doyen Georges WIEDERKEHR, De code en code*, Dalloz, 2009, p. 842 : *« Une certaine défaillance de l'ordre public familial en résulte. Celle-ci traduit une conception extrême de la liberté de rompre, liberté érigée, en l'absence de mariage, en droit discrétionnaire, réfractaire aux contraintes qu'entraînerait toute organisation juridique des conséquences de la rupture. Cette conception, incompatible avec la construction d'un ordre public familial commun à toutes les familles, entretient volontairement une certaine confusion entre rupture libre et répudiation »*.

[304] *Cf.,* néanmoins l'article 515-5-3 alinéa 3 du Code civil : *« Par dérogation à l'article 1873-3, la convention d'indivision est réputée conclue pour la durée du pacte civil de solidarité. Toutefois, lors de la dissolution du pacte, les partenaires peuvent décider qu'elle continue de produire ses effets (…) »*.

[305] C'est pour cela que l'expression « judiciarisation » du PACS et du concubinage est à relativiser. X. LABBEE, *art. cit., supra* note 285, p. 2053 : *« Par la grâce de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, la pacte civil de solidarité et le concubinage entrent désormais dans le droit de la famille. Le nouvel article L. 213-3 du code de l'organisation judiciaire confie en effet au juge aux affaires familiales le soin de trancher les contentieux susceptibles d'opposer les partenaires et concubins. Le JAF devient donc le juge de toutes les conjugalités »*.

[306] Nous mettons volontairement la question de la séparation de corps à l'écart de nos développements, en soulignant que les problématiques soulevées en la matière se retrouvent à l'identique en cas de divorce. L'article 1129 du Code de procédure civile indique en effet que *« la procédure de la séparation de corps obéit aux règles prévues pour la procédure de divorce »*. Au sein du Code civil, l'article 296 du Code civil précise que *« la séparation de corps peut être prononcée à la demande de l'un des époux dans les mêmes cas et aux mêmes conditions que le divorce »*. Quant aux conséquences de la séparation de corps, l'article 302 du Code civil indique que *« la séparation de corps entraîne toujours séparation de biens. En ce qui concerne les biens, la date à laquelle la séparation de corps produit ses effets est déterminée conformément aux dispositions des articles 262 à 262-2 »*. Enfin, l'article 304 indique que *« sous réserve des dispositions de la présente section, les*

103. La problématique issue du lien entre les causes et les conséquences.- Ce qui nous importe c'est évidemment la compétence quant aux conséquences entraînées par ces causes, c'est-à-dire la compétence d'attribution pour la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux. Néanmoins, les causes sont également à prendre en compte et ceci de deux manières. Tout d'abord, la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux suite au décès ou à l'absence déclarée sont de la compétence d'une autre juridiction que le juge aux affaires familiales. Ainsi, au titre de la résorption des conflits par l'instauration d'un juge unique, ces questions ne seront pas examinées ici[307]. Nous avions, en effet, déjà énoncé que la centralisation des compétences visait le contentieux patrimonial opposant les membres vivants du couple. Ensuite, les conflits peuvent naître de la rencontre de la compétence d'attribution relative à la cause et celle relative à la conséquence. Ce conflit est exacerbé lorsque la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux sont la conséquence du divorce[308]. C'est dans cette période que les conflits sont les plus aigus[309].

---

conséquences de la séparation de corps obéissent aux mêmes règles que les conséquences du divorce énoncées au chapitre III ci dessus ».

[307] *Cf., infra* par. n° 248 et ss.

[308] Cette question de la rencontre des compétences quant à la cause de la liquidation et du partage et celles quant à la liquidation et au partage peut théoriquement se poser dans les mêmes termes pour toutes les autres causes de dissolution. Toutefois, il faut relever que si un conflit de compétence d'attribution doit naître, il faut évidemment être en présence de plusieurs juridictions. Avant la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, le changement de régime matrimonial, la séparation de biens judiciaire, la liquidation anticipée de la créance de participation ainsi que la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux étaient de la compétence du tribunal de grande instance. (Notons toutefois que la compétence du tribunal de grande instance en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux a pu poser question. *Cf., infra* par. n° 111). Aujourd'hui, ces différentes actions relèvent toutes de la compétence du juge aux affaires familiales. La rencontre entre le divorce et la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux a causé des discussions beaucoup plus importantes. Il faut également traiter à part la nullité car cette question sera examinée plus avant, car il ne s'agit pas ici de centralisation des compétences. *Cf., supra* par. n° 270 et ss.

[309] M-P. CHAMPENOIS-MARMIER, M. FAUCHEUX, *Le mariage et l'argent*, PUF, 1981, p. 198 : *« Le divorce et la séparation de corps constituent donc les deux des étapes de la vie matrimoniale qui favorisent le plus le recours à la justice pour régler des incidents que les époux ou les ayants cause cherchent à résoudre de façon aimable quand les rapports affectifs ne sont pas détériorés. La mésintelligence qui s'est installée dans le ménage trouve son prolongement dans les rapports pécuniaires. Il n'y a pas de concession possible au plan patrimonial quand il n'y en a plus au plan affectif. Les difficultés inhérentes à la liquidation du régime matrimonial ne peuvent qu'offrir un nouveau terrain de discorde. Et, en demandant au tribunal de trancher cet autre litige, chacun des conjoints tentent de trouver dans une décision qui lui serait favorable une compensation à son échec conjugal »* ; P. LIPINSKI, *op. cit., supra* note 302, p. 27 : *« Un rapide examen des décisions rendues en la matière atteste de la concentration du contentieux à ce moment (dissolution du régime), notamment en cas de divorce »* ; J. REVEL, *op. cit, supra* note 188, p. 239 : *« Lorsque la communauté est dissoute par le divorce, le règlement des intérêts pécuniaires des époux doit se faire par la combinaison des règles du régime matrimonial et du divorce. C'est d'ailleurs souvent, en pratique, à cette occasion que se révèle le contentieux du régime matrimonial, parce que la répartition des biens et leur gestion tant active que passive, est remise en cause à l'heure des comptes ».*

104. Annonce de plan.- Les couples mariés se trouvent dans une situation spécifique lorsque la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux sont la conséquence du divorce. Par conséquent, il faudra examiner l'effet sur les conflits de la nouvelle compétence du juge aux affaires familiales en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux causés par le divorce (Section 1). En revanche, tous les couples sont confrontés à la même problématique liée à la nécessité de délimiter précisément les notions de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux, et ceci indépendamment de la cause des opérations liquidatives et de partage. Dans cette analyse, le droit substantiel sera le centre de nos préoccupations (Section 2).

Section 1.
Une problématique spécifique au couple marié

105. Avec les modifications opérées par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, les compétences du juge aux affaires familiales en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des couples mariés lors de la rupture sont étendues (paragraphe 1). Aussi est-ce la fin des conflits réels (paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'extension des compétences du juge aux affaires familiales : un facteur favorisant la disparition des conflits

106. La loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, en modifiant l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, affirme la compétence du juge aux affaires familiales en matière de liquidation et partage des intérêts patrimoniaux en cas de rupture du lien conjugal et met fin ainsi à une situation antérieure confuse. Si le fondement textuel est affirmé (A), il faut, pour assurer la pleine efficacité de cette compétence, analyser les facteurs subjectifs qui ont pu concourir à l'émergence des conflits. En effet, les conflits de compétence d'attribution n'étaient pas seulement liés à une articulation complexe des textes juridiques. Ils prenaient également naissance dans des éléments subjectifs essentiellement constitués par les représentations communes, d'une part, du divorce, et d'autre part de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux. Ces questions n'avaient pas à être traitées par le même juge car il s'agissait de matières différentes (B).

A. L'affirmation d'un fondement textuel

107. Pour déterminer les compétences d'attribution en cas de dissolution du lien conjugal et de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux, il faut examiner les dispositions juridiques établissant cette compétence. Etudier l'apport et certaines limites de la nouvelle rédaction de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire (2) nécessite d'examiner au préalable sa rédaction antérieure (1).

1. Un système antérieur confus

108. L'étude des compétences du juge aux affaires familiales et du tribunal de grande instance aurait dû permettre de déterminer lequel devait juger de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux en cas de dissolution du lien conjugal. Cependant, ni l'analyse de la compétence du juge aux affaires familiales ni celle du tribunal de grande instance n'aboutissaient à un résultat satisfaisant.

109. L'absence de compétence générale du juge aux affaires familiales.- L'article L. 213-3, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2009-256 du 12 mai 2009[310], disposait que le juge aux affaires familiales connaissait non seulement du divorce mais aussi de ses conséquences. Si le Code de l'organisation judiciaire ne précisait pas l'étendue de ces conséquences, le Code civil, code de droit substantiel, était riche en enseignements. Dans le titre *« Du divorce »* du Livre premier[311], un chapitre était, en effet, expressément consacré aux conséquences du divorce. La seconde section de ce chapitre était intitulée *« Des conséquences du divorce pour les époux ».* Différents articles contenaient les termes de « liquidation et de partage ». Il s'agissait des articles 265-2[312], 267[313], 267-1[314]. Par analogie, la présence de

[310] Article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 : *« Dans chaque tribunal de grande instance, un ou plusieurs magistrats du siège sont délégués dans les fonctions de juge aux affaires familiales. Le juge aux affaires familiales connaît : 1° Du divorce, de la séparation de corps et de leurs conséquences, sous réserve des compétences attribuées au tribunal de grande instance ; 2° Des actions liées à la fixation de l'obligation alimentaire, de la contribution aux charges du mariage et de l'obligation d'entretien, à l'exercice de l'autorité parentale, à la modification du nom de l'enfant naturel et aux prénoms »*.

[311] Le livre premier est intitulé « Des personnes ».

[312] Article 265-2 du Code civil dans sa version issue de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 et inchangée depuis : *« les époux peuvent pendant l'instance en divorce, passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial. Lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à la publicité foncière, la convention doit être passée par acte notarié »*.

[313] Article 267 du Code civil dans sa version issue de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 et inchangée depuis : *« A défaut d'un règlement conventionnel par les époux ; le juge, en prononçant le divorce, ordonne la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux. Il statue sur les demandes de maintien dans l'indivision ou d'attribution préférentielle. Il peut aussi accorder à l'un des époux ou aux deux une avance sur sa part de communauté ou de biens indivis. Si le projet de liquidation du régime matrimonial établi par le notaire désigné sur le fondement du 10° de l'article 255 contient des informations suffisantes, le juge, à la demande de l'un ou l'autre des époux, statue sur les désaccords persistant entre eux »*.

[314] Article 267-1 du Code civil dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 : *« Si les opérations de liquidation et de partage ne sont pas achevées dans le délai d'un an après que le jugement de divorce est passé en force de chose jugée, le notaire transmet au tribunal un procès verbal de difficultés reprenant les déclarations respectives des parties. Au vu de celui-ci, le tribunal peut accorder un délai supplémentaire d'une durée maximale de six mois. si, à l'expiration de ce délai les opérations ne sont toujours pas achevées, le notaire en informe le tribunal. Il établit, si les changements intervenus le rendent nécessaire, un*

dispositions relatives à la liquidation et au partage des intérêts patrimoniaux dans une partie intitulée *« Des conséquences du divorce »* permettait de penser que le raisonnement qui conduisait à intégrer *« les opérations de liquidations et de partage des intérêts patrimoniaux »* dans le terme général de *« conséquences »* présent à l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, était acceptable[315].

Cependant, il n'était pas possible de se contenter de cette conclusion pour affirmer avec certitude une compétence générale du juge aux affaires familiales en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux causés par le divorce. D'autant plus que la compétence du juge aux affaires familiales était établie *« sous réserve des compétences attribuées au tribunal de grande instance ».*

110. L'existence de pouvoirs spécifiques selon le Code civil.- Il fallait toutefois observer que certains articles du Code civil attribuaient au juge aux affaires familiales des pouvoirs spécifiques en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux. Il s'agissait notamment des articles 255 et 267 du Code civil. L'article 255 énumérait les mesures provisoires que le juge[316] pouvait prendre pendant la procédure de divorce. Cela étant, l'article 255 du Code civil mettait en place différentes mesures relatives à la liquidation et au partage. Le terme liquidation apparaissait dans le 7°[317], le 8°[318] et le 10°[319] de l'article 255 et le terme

---

nouveau procès verbal. Le tribunal statue sur les contestations subsistent entre les parties et les renvoie devant le notaire afin d'établir l'état liquidatif ».

[315] Un même raisonnement aurait pu être tenu par rapport à l'article 228 du Code civil qui, bien que présent dans le Code civil, mettait en place la compétence d'attribution du juge aux affaires familiales en matière de divorce. Le premier alinéa, dans sa rédaction antérieure à son abrogation par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, précisait que *« le tribunal de grande instance statuant en matière civile est seul compétent pour se prononcer sur le divorce et ses conséquences »*. Il était ajouté qu' *« un juge de ce tribunal est délégué aux affaires familiales »*. Ici aussi, rien ne permettait de soutenir que la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux étaient compris dans le terme *« conséquences »*.

[316] Il s'agissait ici du juge aux affaires familiales. En effet, si la compétence du juge aux affaires familiales était admise pour la procédure de divorce sur le fondement des articles 228 du Code civil et L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, elle pouvait d'autant plus être retenue pour l'ordonnance de conciliation qui, précisément, contenait des mesures provisoires dont il était question à l'article 255 du Code civil

[317] Article 255 du Code civil dans sa version issue de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 et inchangée depuis : *«Le juge peut notamment (...) 7° Accorder à l'un des époux des provisions à valoir sur ses droits dans la liquidation du régime matrimonial si la situation le rend nécessaire »*. La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 a pu mettre fin à un conflit réel en étendant les compétences du juge aux affaires familiales dans le cadre de la procédure de divorce. En effet, l'article 255 du Code civil, dans sa version antérieure à la loi du 26 mai 2004, indiquait que le juge peut notamment *« accorder à l'un des conjoints des provisions sur sa part de communauté si la situation le rend nécessaire »*. La Cour de cassation (Cass., 1e civ., 17 janvier 2006, n° 04-19053, Publié au bulletin) avait retenu une interprétation stricte de cette disposition en énonçant que *« si le JAF tient de l'article 255 du code civil dans sa rédaction antérieure à la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 le pouvoir d'accorder à un époux, au titre des mesures provisoires, une avance sur sa part de communauté, il n'est pas compétent pour lui attribuer les revenus provenant de biens indivis ou la part du prix de vente d'un biens indivis, mesures qui*

« partager » dans le 10°. L'article 267 du Code civil, dans sa version issue de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 et inchangée depuis, énonçait, quant à lui, en son alinéa premier qu' *« à défaut d'un règlement conventionnel par les époux, le juge*[320]*, en prononçant le divorce, ordonn(ait) la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux ».* Les alinéas successifs précisaient les mesures en matière de liquidation et de partage. Le juge pouvait statuer sur les demandes de maintien dans l'indivision ou d'attribution préférentielle et également accorder une avance sur la part de communauté ou de biens indivis[321]. Le dernier alinéa précisait que *« si le projet de liquidation du régime matrimonial établi par le notaire désigné sur le fondement du 10° de l'article 255 contient des informations suffisantes, le juge, à la demande de l'un ou l'autre des époux, statue sur les désaccords ».*

En combinant Code civil et Code de procédure civile, les pouvoirs liquidatifs du juge aux affaires familiales apparaissaient également dans le cadre du divorce par consentement mutuel. En effet, l'article 230 du Code civil énonçait que *« le divorce peut être demandé conjointement par les époux lorsqu'ils s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets en soumettant à l'approbation du juge une convention réglant les conséquences du divorce »*[322]*,* et l'article 1091 du Code de procédure civile précisait que cette convention doit contenir *« un état liquidatif du régime matrimonial ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation »*[323]*.*

---

relèvent de la seule compétence du président du tribunal de grande instance, par application de l'article 815-11 du code civil ».

[318] Article 255 du Code civil dans sa version issue de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 et inchangée depuis : *« Le juge peut notamment (...) 8° Statuer sur l'attribution de la jouissance ou de la gestion des biens communs ou indivis autres que ceux visés au 4°, sous réserve des droits de chacun des époux dans la liquidation du régime matrimonial ».*

[319] Article 225 du Code civil dans sa version issue de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 et inchangée depuis: *« Le juge peut notamment (...) 10° Désigner un notaire en vue d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager ».*

[320] Ayant admis la compétence du juge aux affaires familiales pour le divorce c'est lui qui était, bien évidemment, visé : « le juge, en prononçant le divorce ».

[321] D'autres dispositions pouvaient enrichir la réflexion sur les compétences spécifiques en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux, mais leur étude aboutissait à des résultats moins clairs en termes de relations entre le juge aux affaires familiales et les opérations de liquidation et de partage. Il s'agissait des articles 265-2, 267-1 et 268 du Code civil. Si l'article 265-2 contenait les termes de « liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux », en revanche les mots « juge aux affaires familiales » n'apparaissaient pas. *A contrario,* l'article 268 faisait référence à un juge qui prononce le divorce et qui doit donc être reconnu comme le juge aux affaires familiales. Cependant, l'article n'employait pas clairement les termes *« liquidation et partage »* puisqu'il se référait à des conventions *« réglant tout ou partie des conséquences du divorce ».* L'analyse de l'article 267-1 s'imposait également car il y était fait mention des opérations de liquidation et de partage. Contrairement aux articles déjà analysés qui faisaient référence à un juge, il était ici question de *« tribunal ».* Ce terme renvoyait plutôt à une formation collégiale. Rien ne permettait de relier ce tribunal au juge aux affaires familiales. Cet article devait être écarté, d'autant plus qu'il y était question de la période postérieure au prononcé du divorce.

[322] Dans sa version issue de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 et inchangée depuis.

[323] Dans sa version issue du décret n° 2005-460 du 13 mai 2005 et inchangée depuis.

111. La compétence du tribunal de grande instance.- Au terme de l'étude des compétences du juge aux affaires familiales en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux, il convenait de conclure à l'existence de pouvoirs spécifiques du juge aux affaires familiales en matière de liquidation et de partage mais non à une compétence générale. D'autant plus que l'étude des compétences du juge aux affaires avait mis en lumière la compétence du tribunal de grande instance. Rappelons que l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire indiquait que le juge aux affaires familiales connaissait *« du divorce, de la séparation de corps et de leurs conséquences sous réserve des compétences attribuées au tribunal de grande instance »*[324]. Cependant, pour ce dernier, il n'était pas indiqué clairement qu'il connaissait de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux. Avait-il obtenu cette compétence par défaut ou de manière spécifique? L'article R. 111-4 du Code de l'organisation judiciaire[325], consacré aux compétences exclusives du tribunal de grande instance, permettait de pencher vers une compétence spécifique du tribunal car les termes *« régimes matrimoniaux »* y figuraient sans autre précision. Il n'était pas déraisonnable de considérer que dans l'expression *« régimes matrimoniaux »*, les opérations de liquidation et de partage peuvent être incluses[326]. Que pouvait d'ailleurs comprendre cette expression si ce n'étaient les différentes étapes de la naissance de la vie et de la mort d'un régime matrimonial?

Il était également envisageable de se référer aux actions immobilières, compétence exclusive du tribunal de grande instance telle que précisé à l'article R. 211-4 du Code de l'organisation judiciaire[327]. Cependant, les biens immobiliers ne sont pas les seuls à faire l'objet de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux.

Si la compétence du tribunal de grande instance ne pouvait être retenue, il fallait donc faire appel à sa compétence par défaut[328]. Ainsi, la compétence devait être partagée avec le tribunal d'instance.

Malgré ces incertitudes, il semble que la compétence du tribunal de grande instance n'ait pas fait de doutes pour la doctrine[329]. Dans le même sens, la Cour de cassation[330] a pu

---

[324] Dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009.
[325] Issu du décret n° 2008-522 du 2 juin 2008 et dans sa version antérieure au décret n°2009-1963 du 29 décembre 2009.
[326] G. CORNU (dir.), *op. cit., supra* note 15, v° Régime matrimonial.
[327] R. 211-4 du Code de l'organisation judiciaire, 6°, créé par le décret 2008-522 du 2 juin 2008.
[328] Article L. 211-3 du Code de l'organisation judiciaire : *« Le tribunal de grande instance connaît de toutes les affaires civiles et commerciales pour lesquelles compétence n'est pas attribuée, en raison de leur nature ou du montant de la demande, à une autre juridiction »*.

énoncer que *« si le jugement de divorce, même irrévocable, ne contient aucune disposition sur le report de la date de ses effets dans les rapports entre époux, en ce qui concerne leurs biens, la demande peut en être faite au cours de l'instance ultérieure en liquidation relevant de la compétence du tribunal de grande instance ».*

112. Avec la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, les éléments de notre réflexion se modifient[331].

2. La mise en place de la compétence du juge aux affaires familiales

113. L'affirmation de la compétence générale du juge aux affaires familiales.- L'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, issu de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009,

---

[329] La doctrine, sur la base de l'article L. 312-1 du Code de l'organisation judiciaire instauré par la loi -n° 93-22 du 8 janvier 1993 (*« Il* (le juge aux affaires familiales) *connaît 1° Du divorce, de la séparation de corps, ainsi que de leurs conséquences dans les cas et conditions prévues aux chapitres 3 et 4 du titre VI du livre 1er du Code civil* »), a toujours réservé la liquidation et la partage des intérêts patrimoniaux au tribunal de grande instance en précisant les pouvoirs spécifiques du juge aux affaires familiales. Les commentaires de l'ensemble de la doctrine pourraient s'appliquer à l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire mis en place par l'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 et qui a remplacé l'article L. 312-1 du Code de l'organisation judiciaire. L'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire précise en effet que le juge aux affaires familiales connait du divorce et de ses conséquences. Il est rajouté que cela se fait sous réserve des compétences du tribunal de grande instance. La question des compétences du tribunal de grande instance devient ainsi encore plus insistante. *Cf.,* L. CADIET, art. *cit. supra* note 41, p. 47 ; J-P. GRIDEL, « Regards sur le juge aux affaires familiales », in *Etudes offertes à Pierre Catala : Le droit privé français à la fin du XX*e *siècle*, Litec, 2001, p. 210 ; J. MASSIP, *art. cit., supra* note 41, p. 1140 ; H. PARCHEMINAL, *art. cit., supra* note 50, p. 231 et 232 ; C. WATINE-DROUIN, *art. cit., supra* note 49, p. 562. *Adde,* V. LARRIBAU-TERNEYRE, *art. cit., supra* note 49, p. 145. Comme l'ensemble de la doctrine, l'auteur réserve le contentieux relatif à la dissolution du régime matrimonial au tribunal de grande instance et précise l'existence d'exceptions. Elle énonce que : *« le juge aux affaires familiales a reçu compétence pour la liquidation des intérêts patrimoniaux en cas de divorce (art. 264-1 c. civ.) »*. L'expression employée par l'auteur est, cependant, assez large. Est-ce qu'il s'agit d'une reprise de l'article 264-1 du Code civil avec l'oubli du mot ordonner ou bien l'auteur met-il en avant des compétences plus larges ? Le contenu de l'article de l'auteur ne permet pas de nous prononcer sur l'étendue de cette expression.

[330] Cass., 1e civ., 19 février 2002, n° 99-17189, publié au Bulletin.

[331] Cette loi suit en partie les recommandations établies par la Commission présidée par M. Le recteur Serge Guinchard. *Cf.,* S. GUINCHARD (dir.), *op. cit., supra* note 11, p. 225 : *« Une fois le divorce prononcé, c'est le tribunal de grande instance qui est compétent pour connaître du contentieux relatif à la liquidation du régime matrimonial. Dans un souci de spécialisation du juge et de traitement vertical des dossiers, il paraît pourtant opportun de permettre au juge de connaître de la suite naturelle de la procédure en divorce qu'est la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux ».* Pour des commentaires du rapport « Guinchard » : C. BLERY, Articulation des contentieux : Etude des propositions de la commission Guinchard en matière de compétence civile, *Procédures*, 2008, Etude 8 ; S. GABORIAU, Ombre et lumière, *AJ fam.,* 2008, p. 334 ; N. FRICERO, A nouvelle familles, nouvelle justice..., *AJ fam.,* 2008, p. 316 ; T. FOSSIER, Le réseau famille, *AJ fam.,* 2008, p. 319 ; H. POIVEY-LECLERCQ, Un nouveau juge délégué aux affaires familiales, *AJ fam*., 2008, p. 321 ; C. SLOBODANSKY, Une nouvelle répartition des contentieux pour une justice apaisée (A propos de la remise du rapport de la commission Guinchard sur la répartition des contentieux), *LPA*, 18 juillet 2008, n° 144, p. 4.

énonce que le juge aux affaires familiales connaît *« du divorce, de la séparation de corps et de leurs conséquences, de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux des époux (...)»*[332]. La clarification passe ainsi par l'affirmation d'une compétence générale du juge aux affaires familiales en la matière. Aucune réserve textuelle n'est établie en faveur de la compétence du tribunal de grande instance. De plus, l'article R. 211-4 du Code de l'organisation judiciaire, consacré aux compétences exclusives du tribunal de grande instance[333], ne comprend plus les régimes matrimoniaux[334] qui peuvent intégrer des opérations de liquidation et de partage[335]. La compétence générale du juge aux affaires familiales en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des époux en cas de divorce est donc acquise, les termes *« liquidation »* et *« partage »* figurant explicitement à l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.

114. Le maintien des pouvoirs spécifiques du juge aux affaires familiales.- Il convient toutefois de noter que cette compétence générale du juge aux affaires familiales n'exclut pas ses pouvoirs en matière de liquidation et de partage à différents moments de la procédure de divorce. Ainsi, les articles 267, 268, 265-2 du Code civil restent inchangés[336]. Ces articles sont relatifs aux pouvoirs du juge aux affaires familiales en cours de procédure et au moment du prononcé du divorce. Il en va de même de ses pouvoirs lors du divorce par consentement mutuel dans lequel une convention soumise à l'homologation du juge doit comprendre *« un état liquidatif »*[337]. Il y a lieu de se demander si l'affirmation d'un principe général de compétence en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux aurait dû écarter ces dispositions spécifiques. Il faut affirmer le contraire. L'article L. 213-3 du Code de

---

[332] Dans le cadre des travaux parlementaires de la loi du 12 mai 2009, ce n'est qu'en première lecture au Sénat qu'un article additionnel proposé par le rapporteur de la commission s'intéresse à une modification de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire et ceci *« pour assurer une meilleure cohérence dans la répartition des contentieux entre les juridictions et mettre intégralement en œuvre la proposition n°5 de la commission sur la répartition des contentieux »*.

[333] Article R. 211-4 du Code de l'organisation judiciaire : *« Le tribunal de grande instance a compétence exclusive dans les matières déterminées par les lois et règlements, au nombre desquelles figurent les matières suivantes : 1° Etat des personnes : mariage, filiation, adoption, déclaration d'absence ; 3° Successions (...) »*.

[334] Cette modification a été opérée par le décret n° 2009-1693 du 29 décembre 2009.

[335] Il reste les successions.

[336] Notons cependant que l'article 228 du Code civil a été supprimé. Il était redondant et n'avait pas forcément lieu d'être dans un code de droit substantiel.

[337] Article 1091 du Code de procédure civile : *« A peine d'irrecevabilité, la requête comprend en annexe une convention datée et signée par chacun des époux et leur avocat portant règlement complet des effets du divorce et incluant notamment un état liquidatif du régime matrimonial ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation. L'état liquidatif doit être passé en la forme authentique devant notaire lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à publicité foncière »*.

l'organisation judiciaire traite de liquidation et de partage sans préciser les dates auxquelles ces opérations ont lieu. Toutes les opérations de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux sans considération de temps sont-elles concernées ? C'est le divorce qui entraîne la dissolution du régime matrimonial et, par conséquent, les opérations de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des époux[338]. Il y a certes la possibilité de conclure des conventions préalablement au prononcé du divorce, mais elles ne prendront effet qu'à ce moment-là[339]. Tel n'est pas le cas s'agissant de la séparation de biens, car des opérations de liquidation et de partage peuvent être effectuées avant le prononcé du divorce[340] ou indépendamment de celui-ci[341]. Mais cette exception mise à part, les deux matières se succèdent dans le temps. C'est le divorce qui entraîne ainsi la liquidation et le partage. Si certaines opérations liées à la liquidation et au partage peuvent être intégrées dans la procédure de divorce, il faut qu'une norme prévoie cette possibilité. Cela ne peut être déduit de la double compétence du juge aux affaires familiales en matière, d'une part, de divorce et,

---

[338] J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, Defrénois, 2005, p. 140, n° 138 : *« Le prononcé du divorce emporte de plein droit la dissolution du régime matrimonial des époux (...) et donne donc lieu à des opérations de liquidation qui sont normalement postérieures au prononcé du divorce puisqu'elles en sont la conséquence nécessaire »*.

[339] J. MASSIP, *op. cit., supra* note 338, p. 143, n° 140 : *« Tant que le divorce n'est prononcé, la liquidation ou la convention ne produit aucun effet. Et si le divorce n'intervient pas, la liquidation ou la convention deviendra caduque »*. L'article 1451 du Code civil indique, dans son alinéa 1er, que *« les conventions passées en application de l'article 265-2 sont suspendues, quant à leurs effets, jusqu'au prononcé du divorce ; elles ne peuvent être exécutées, même dans les rapports entre époux, que lorsque le jugement a pris force de chose jugée »*. L'article 1451 du Code civil prend place dans la partie consacrée au régime de communauté légale. Qu'en est-il pour les autres régimes ? J. MASSIP, *op. cit., supra* note 338, n° 141, p. 145 : *« Si les époux sont mariés sous un régime séparatiste, la convention passée pendant la durée de l'instance en divorce sera, comme celle qui aurait pu être passée antérieurement, immédiatement exécutoire »*. *Contra* : V. LARRIBAU-TERNEYRE, *JCl Civil code*, v° Fasc 5, « Art 266 à 285-1 » (2006 – Mise à jour 2011), n° 55 : *« L'article 1451 al 1 du Code civil modifié par la loi du 26 mai 2004 prévoit que les conventions passées en application de l'article 265-2 (donc même s'il s'agit de régimes séparatistes) sont suspendues quant à leurs effets, jusqu'au prononcé du divorce et qu'elles ne peuvent être exécutées même dans les rapports entre époux, que lorsque le jugement a pris force de chose jugée »*.

[340] J. FLOUR, G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, A. COLIN, 2001, 2e éd., p. 705 : *« Le régime (la séparation de biens) n'a pas pour objectif de créer une union d'intérêts pécuniaires entre les époux dont le résultat doit nécessairement s'apprécier au moment de la dissolution, comme c'est le cas pour la communauté ou la participation aux acquêts. (...) Il est remarquable que toutes les opérations, visant à dénouer les liens patrimoniaux qui ont pu se tisser entre les époux, peuvent être accomplies pendant le mariage (...). De plus, il peut être procédé à chacune de ces opérations de façon isolée (...). La seule exception qui est admise, sur ce second point, résulte de l'autorité de la chose jugée : lorsque le juge du divorce a ordonné la liquidation des intérêts pécuniaires des époux, le règlement de ces intérêts doit alors revêtir un caractère global (...). Finalement, si la séparation de biens appelle une liquidation, il faut convenir que le terme n'a pas ici la même signification que sous les régimes de la communauté ou de la participation aux acquêts. Toutes les questions que suscite cette liquidation pouvant être réglées pendant la vie du régime, on pourrait se dispenser d'une étude spécifique de celle-ci »* ; P. LIPINSKI, *op. cit., supra* note 302, p. 27 et ss.

[341] Le juge aux affaires familiales est ainsi compétent pour toutes les demandes de liquidation antérieures, dans le cadre de la liquidation du régime de la séparation de biens, non pas au titre de ses compétences liées au divorce, mais au titre de ses compétences générales en matière de liquidation et de partage.

d'autre part, de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux. Il est donc important que les dispositions mettant en place les pouvoirs spécifiques du juge aux affaires familiales en matière de liquidation et de partage dans le cadre de la procédure de divorce et au prononcé de celui-ci soient maintenues. L'expression « liquidation et partage des intérêts patrimoniaux des époux en cas de divorce » ne peut y suffire.

115. L'interprétation des articles qui déterminent les compétences d'attribution en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des couples mariés ne dispense pas de faire l'analyse des éléments subjectifs qui participent à créer des conflits.

B. Le maintien des sources subjectives

116. N'étant pas spécifiquement visés par les modifications législatives et réglementaires, les éléments subjectifs méritent d'autant plus notre attention. Deux séries de différences sont constatées. En premier lieu, il est d'usage de classer le divorce dans « le droit extrapatrimonial » alors que la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux font partie du « droit patrimonial ». En second lieu, les opérations de liquidation et de partage sont certes complexes mais auraient une « neutralité scientifique » en ce qu'elles résulteraient de calculs objectifs. Le divorce, quant à lui, baignerait dans une dimension toute affective. Leurs frontières sont cependant perméables, ce qui justifie la compétence d'un seul juge comme le propose la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009. Il faut à présent revenir sur cette double dichotomie patrimonial-extrapatrimonial (1) et technique-affectif (2) pour asseoir cette compétence unique.

1. Analyse de la dichotomie patrimonial/ extrapatrimonial

117. Deux matières distinctes.- Le divorce, d'une part, et la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux, d'autre part, tendent à être considérés comme deux matières de nature différente. Ainsi, le divorce relève du droit extrapatrimonial de la famille[342] et la liquidation et

[342] Pour traiter des aspects extrapatrimoniaux du droit de la famille, l'expression « droit de la famille » est généralement utilisée. Ce n'est que quand il s'agit de traiter des questions patrimoniales que le droit de la famille s'accompagne d'un adjectif qualificatif. Dans la collection Dalloz Action, deux ouvrages sont consacrés au droit de la famille. L'un est intitulé Droit patrimonial de la famille (M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la*

le partage des intérêts patrimoniaux, du droit patrimonial de la famille[343]. « Patrimonial » se rapporte au patrimoine et aux biens et « extrapatrimonial » aux personnes[344]. La doctrine présente ces matières de manière distincte[345], ce qui peut rejaillir dans la pratique judiciaire. Il se produirait ainsi entre la liquidation des régimes matrimoniaux et le droit du divorce comme une *« fatalité* (qui) *s'attach*(erait) *à cloisonner, dans l'esprit des magistrats, les programmes académiques »*[346].

118. Une réalité différente.- Cette distinction théorique ne correspond pas à la réalité vécue par le justiciable, qui voit cette « affaire » comme un tout. Pour un couple engageant une procédure de divorce, il s'agit d'un ensemble de questions liées les unes aux autres et qui,

---

famille, Dalloz, 5e éd., 2015/2016) et l'autre Droit de la famille, (P. MURAT(dir.), *Droit de la famille*, Dalloz, 6e éd., 2014/2015). Le contenu du second ouvrage traître essentiellement des aspects extrapatrimoniaux du droit de la famille.

[343] Les opérations de liquidation sont traitées dans les régimes matrimoniaux alors que les opérations de partage le sont généralement dans les questions relatives aux successions. *Cf.,* H., L., J., MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil, tome I, vol.3, La famille*, 7e éd. par L. LEVENEUR, Montchrestien, 1995, p. 769 : *« Son étude détaillée* (la liquidation) *relève du droit des régimes matrimoniaux »* et en note de renvoi il est précisé qu' *« elle* (la liquidation) *relève aussi du droit des successions (...), puisque s'agissant du moins du partage de la communauté, l'article 1476 du Code civil renvoie aux règles établies au titre « Des successions » »*. Il convient de relever que tant pour les régimes matrimoniaux que pour les successions, la qualification de droit patrimonial est communément admise. *Cf.,* Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *op. cit., supra* note 11, p. 21. Pour illustrer le droit patrimonial de la famille, les auteurs citent les obligations alimentaires, le régime matrimonial, les libéralités et le droit successoral.

[344] Pour une définition plus approfondie, *cf.,* G. CORNU (dir.), *op. cit., supra* note 15, v° Patrimonial et Extrapatrimonial.

[345] Les auteurs, en effet, traitent les matières dans des ouvrages différents. *Cf.,* J. CARBONNIER, *Droit civil. Tome 2, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 21e éd. 2002, p. 2 : *«La famille ne peut vivre « d'amour et d'eau fraîche » : une assise économique lui est nécessaire. Elle lui sera apportée par les régimes matrimoniaux, plus lointainement par les successions et libéralités. Ces trois matières (...) font partie du droit de la famille, mais leur extrême complexité technique, par la richesse des développements qu'elle entraîne, les a obligées à se rendre autonomes ; aussi bien n'en sera-t-il question dans ce volume que par quelques indications ».* ; G. CORNU, *Droit civil- la Famille*, Monchrestien, 9e éd., 2006. L'auteur dans l'ouvrage relatif à la famille consacre une partie conséquente au divorce. Dans ce cadre là, il parle de la liquidation mais sans entrer dans les techniques liquidatives ; J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, La Famille, Dissolution de la famille*, LGDJ, 1991, Dans leur traité, le divorce est étudié sur environ 400 pages alors que la liquidation du régime matrimonial ne l'est que sur la moitié d'une page; P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *op. cit., supra* note 11, p. 317 à 319. Dans leur ouvrage relatif à la famille et traitant du divorce, lorsque les auteurs s'intéressent aux règlements patrimoniaux en tant qu'effets du divorce, ils consacrent une section à la liquidation du régime matrimonial. Cette section ne comprend que trois pages alors que le titre relatif au divorce en comprend plus d'une centaine. Cette différence repérée dans les ouvrages se retrouve également dans les cursus universitaires. *Cf.,* H., L.,J., MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil, tome I, vol.3, La famille*, 7e éd. par L. LEVENEUR, Montchrestien, 1995, p. 3 : *« Le programme des matières du droit civil relevant des études de première année est, dans la plupart des universités, divisés en trois parties : I. Introduction à l'étude du droit ; II. Les personnes, y compris leur éventuelle incapacité les droits de la personnalité ; III. La famille... De telle sorte que toutes les leçons qui vont suivre seront consacrées à la famille. Encore faut-il remarquer que la plupart des règles juridiques qui visent les biens des époux, le patrimoine familial, n'y seront pas exposées ; l'étude détaillée des régimes matrimoniaux, des successions et des libéralités relève, en effet, du programme de quatrième année ; seules, des notions élémentaires sur les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités doivent être enseignées en première année »*.

a priori, doivent trouver leur résolution au même moment, c'est-à-dire au moment du prononcé du divorce. Etre divorcé, c'est ne plus avoir de liens, notamment patrimoniaux. La séparation implique ainsi en général le partage des intérêts patrimoniaux. Il peut paraître « surprenant » pour le néophyte que le divorce soit prononcé et qu'il reste encore tout à faire pour le partage des intérêts patrimoniaux.

119. Un cloisonnement à discuter.- Cette représentation que les justiciables se font de la procédure de divorce conduit à réfléchir sur une remise en cause de l'idée que l'instance en divorce ne ressortirait que de la dimension extra-patrimoniale du droit de la famille. Pour s'opposer à cette idée, il convient déjà de rappeler que le juge aux affaires familiales bénéficie de différents pouvoirs liquidatifs tout au long de la procédure[347]. Ensuite, l'étude de la prestation compensatoire[348] qui, selon l'article 270 du Code civil, est *« destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives »* des époux démontre les liens de cette prestation demandée à l'occasion de la procédure de divorce avec la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux[349]. En effet, la prestation compensatoire se rapproche de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux notamment par ses critères de fixation et par sa forme. S'agissant des critères de fixation de la prestation compensatoire, l'article 271 du Code civil précise que *« le juge prend en considération notamment : (...) le patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial »*[350]. S'agissant de la forme, la prestation compensatoire peut prendre celle d'un abandon de biens ou le versement d'une

---

[346] B. VAREILLE, note sous Cass., 2e civ., 14 janvier 1998, RTD*Civ.,* 1999, p. 172.

[347] *Cf., supra* par. n° 114.

[348] Pour une étude sur la nature juridique de la prestation compensatoire. *Cf.,* A. SERIAUX, La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris, RTD*Civ.,* 1997, p. 53.

[349] G. GOFFAUX, Liquidation de la communauté et fixation de la prestation compensatoire, *Dr. fam.,* 2001, Chron., 1, p. 4 : *« Le lien entre le résultat du partage de la communauté et le quantum de la prestation compensatoire est techniquement nécessaire pour permettre au juge d'apprécier l'éventuelle disparité entraînée par la rupture du mariage. Ce lien est également nécessaire pour assurer la cohérence entre le droit patrimonial et le droit extrapatrimonial de la famille ».*

[350] Pour une prise en compte de la liquidation du régime matrimonial rencontrant la désapprobation de la doctrine. *Cf.,* Cass., 1e civ., 1er juillet 2009, *AJ fam.,* 2009, p. 400, note S. DAVID ; *D.,* 2010, Pan., p. 1251, note G. SERRA ; *Dr fam.,* 2009, Comm. 125, note V. LARRIBAU-TERNEYRE. Pour des arrêts antérieurs : Cass., 1e civ., 26 octobre 2004, RTD*Civ.,* 2005, p. 447, note B. VAREILLE ; Cass., 2e civ., 14 janvier 1998, RTD*Civ.,* 1999, p. 172, note B. VAREILLE. La Cour de cassation, dans cet arrêt du 1er juillet 2009 énonce, que : *« la liquidation du régime matrimonial était par définition égalitaire »* et *« qu'il n'y avait donc pas lieu de tenir compte de la part de communauté devant revenir à Mme Y... pour apprécier la disparité créée par la rupture du lien conjugal dans les situations respectives des époux ».* Selon la doctrine, cette jurisprudence de la Cour de cassation méconnait le fait qu'un partage de communauté peut être inégalitaire (S. DAVID, note sous Cass., 1e

somme d'argent. Ainsi, *«la prestation compensatoire peut se traduire comme une opération de partage de l'indivision post -communautaire ; elle reçoit la même figure que l'exécution d'une créance entre époux ou la prise en considération du solde d'un compte de récompense débiteur à l'égard de la communauté »*[351]. L'article 281 du Code civil apporte encore un indice de la proximité de la prestation compensatoire avec la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux. L'article n'énonce-t-il pas, en effet, que *« les transferts et abandons prévus au présent paragraphe sont, quelles que soient leurs modalités de versement, considérés comme participant au régime matrimonial. Ils ne sont pas assimilés à des donations » ?* Si l'intérêt pratique est surtout fiscal[352], le rapprochement de la prestation compensatoire et du régime matrimonial n'est pas à négliger. Enfin, il y a lieu de préciser que ces différentes opérations peuvent avoir la même enveloppe. En effet, la convention de l'article 268 du Code civil peut recueillir l'accord des époux sur la liquidation et le partage et sur la prestation compensatoire.

120. Si l'instance en divorce ne peut être qualifiée uniquement de droit extra-patrimonial, il convient également de constater que la dimension affective qui la concerne est également présente dans l'instance en liquidation et partage des intérêts patrimoniaux des époux.

2. Analyse de la dichotomie technique/ affectif

121. La dimension affective des opérations de liquidation et de partage.- La dimension technique[353] et la complexité[354] des opérations de liquidation et de partage des intérêts

---

civ., 1er juillet 2009, arrêt *cit. supra* note 350, p. 400 ; G. SERRA, note sous Cass., 1e civ., 1er juillet 2009, arrêt *cit., supra* note 350, p. 1251).

[351] B. VAREILLE, note sous Cass., 1e civ., 26 octobre 2004, RTD*Civ.,* 2005, p. 447.

[352] Lorsque la prestation compensatoire est prélevée sur des biens propres, elle n'est pas taxée comme une donation entre époux.

[353] J. CASEY, Le JAF liquidateur : quel rôle pour l'avocat ? *AJ fam.,* 2010, p. 166 : *« La loi de simplification, le décret « d'allègement », ont contribué à placer une matière diablement technique au beau milieu du contentieux du divorce »* ; N. COUZIGOU-SUHAS, Elaboration d'un canevas liquidatif de règlement de régime matrimonial : rappel de quelques principes, *AJ fam.,* 2002, p. 294 : *« La liquidation et le règlement des régimes matrimoniaux constituent une matière technique et il convient d'aborder avec attention tous les points nécessaires à la liquidation et de les passer successivement en revue afin de posséder un tableau exhaustif du patrimoine des époux (...) »*. La dimension technique avait également été mise en avant dans le cadre des travaux parlementaires relatifs à la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 sur le divorce pour rejeter une amendement tendant à compléter les attributions du juge aux affaires familiales en prévoyant sa compétence pour le partage et la liquidation du régime matrimonial. Le gouvernement a tenu l'argumentation suivante : *« le contentieux de la liquidation du régime matrimonial est en effet bien différent de la dissolution du lien conjugal. Il recèle des*

patrimoniaux ne sont pas contestables[355]. Ces opérations ne sont pourtant pas neutres. Elles comportent une dimension affective qui les rapproche du divorce[356]. Les conflits autour des enjeux patrimoniaux peuvent, en effet, révéler la volonté pour le couple ou l'un des membres de maintenir un lien[357], quel qu'en soit la nature, au-delà du prononcé du divorce. Les intérêts patrimoniaux sont tout ce qui reste : une façade derrière laquelle se joue autre chose encore. Lors des opérations patrimoniales, il s'agit de définir ce qui revient à chacun des ex-époux. Une fois ces opérations réalisées, les sujets ne se doivent plus rien. Ils ne sont plus sous l'empire de la dette. Ainsi, toute entrave à ce processus permet de maintenir un lien. Les demandes relatives aux enjeux patrimoniaux cachent des demandes de toutes sortes. Ce peut être le prix de la trahison : l'époux trahi veut être certain qu'il ne sera pas trompé financièrement. Ou, *a contrario*, le prix du départ. Certains vont en effet, préférer abandonner toute prétention pour en finir au plus vite[358]. Des biens spécifiques vont éventuellement susciter l'intérêt réciproque des époux et leur répartition sera d'autant plus difficile. Il s'agit par exemple du logement de famille[359] ou de biens achetés pendant la vie commune. Ces biens symbolisent l'existence d'une vie ensemble et là aussi leur répartition définitive signifiera la

---

difficultés techniques très particulières qui le rapprochent souvent du contentieux relatif aux opérations de partage judiciaire dans le cadre successoral ».

[354] C. WATINE DROUIN, *art. cit., supra* note 49, p. 562 : *« C'est, semble-t-il, en raison de sa complexité que le contentieux patrimonial n'a été que partiellement confié au juge aux affaires familiales. Le tribunal de grande instance et le juge des tutelles ont paru mieux aptes à suivre ce contentieux technique, que ce nouveau juge, davantage spécialisé dans les questions relationnelles ».*

[355] B. VAREILLE, note sous CEDH, 3 octobre 2000, Kanoun c/ France, RTD*Civ.,* 2000, p. 891 : *« Quiconque a pâli un jour devant une liquidation complexe commence par sourire. Ce qui se conçoit difficultueusement s'énonce laborieusement (...)».*

[356] Il faudrait examiner également la dimension technique du divorce. *Cf.,* V. EGEA, *op. cit., supra* note 52, p. 1. Démontrer la perméabilité de la dimension affective dans les opérations de liquidation et de partage permet cependant d'illustrer l'existence de caractéristiques communes.

[357] J. MASSIP, *op. cit., supra* note 338, p. 150 : *« La durée excessive de la liquidation du régime matrimonial des époux après le prononcé du divorce est un phénomène bien connu et particulièrement regrettable ».*

[358] M-C. FRANCOIS-LAUGIER, *L'argent dans le couple et la famille,* Petite Bibliothèque Payot, 2007, p. 92 : *« Face à l'avidité, à la cupidité, à l'acharnement de l'autre, nombreux sont ceux qui renoncent à leurs demandes ou à leurs défenses, fussent-elles légitimes, et qui acceptent celles de leur ex-compagnon pour faire un deuil définitif et rapide de la relation plutôt que de poursuivre une guerre comptable sans espoir ».*

[359] M. GRIMALDI, Le sort du logement après le décès, *Gaz. Pal.,* 20 septembre 2007, n° 263, p. 13 : *« Le logement a, pour chacun, une double valeur, patrimoniale et extrapatrimoniale. Patrimoniale, parce qu'il est assuré par des droits patrimoniaux qui permettent d'habiter le local qui en tient lieu : droit de propriété, droit d'usufruit, droit d'usage et d'habitation ou droit au bail. Extrapatrimoniale, parce qu'il est le cadre de vie de l'intéressé : il détermine son environnement et constitue le centre de sa sphère d'intimité, le sanctuaire de sa vie privée ».*

fin[360]. Cette dimension affective ne doit pas être négligée et caractérise tout autant les opérations de liquidation et de partage que leur dimension technique[361].

122. Une marge de manœuvre dans l'application des règles.- La dimension affective peut se déployer dans le contentieux patrimonial et plus particulièrement dans la liquidation et le partage car les conflits ne se résolvent pas par l'application mathématique et uniforme de règles. Il y a une marge de manœuvre pour les parties et pour le juge, s'il est saisi.

123. La volonté du couple.- La volonté du couple est prépondérante[362] même si le régime primaire s'impose à tous les couples[363]. Les choix ultérieurs, sont toujours possibles étant donné le caractère non impératif d'un certain nombre de règles[364]. Dans le cadre d'une procédure de divorce, la volonté de chaque époux peut là aussi se manifester de différentes manières[365]. Si une liquidation et un partage des intérêts patrimoniaux sont toujours nécessaires, quel que soit le régime matrimonial[366], ces opérations peuvent se faire sans

---

[360] M-C. FRANCOIS-LAUGIER, *op. cit., supra* note 358, p. 88 : *« Les meubles acquis en commun et les objets offerts au couple sont le symbole d'une relation qui devait durer à jamais, et leur répartition donne alors lieu à des arguties infinies qui ressortent davantage de la volonté inconsciente de maintenir un lien que de l'avidité »*.

[361] N. COUZIGOU-SUHAS, *art. cit., supra* note 353, p. 294 : *« Ceux-ci* (les époux)*, souvent fragilisés, voire marginalisés, par le conflit familial, vont reporter leur rancœur sur le règlement pécuniaire de leur régime matrimonial. Souvent, une solution qui pourra sembler à tout égard la meilleure au praticien extérieur au conflit sera repoussée avec véhémence par l'un ou l'autre des époux pour des raisons purement subjectives »*.

[362] E. BUAT-MENART, Le partage du régime matrimonial devant le Juge aux affaires familiales : état des lieux au lendemain d'une réforme, *AJ fam.,* 2010, p. 158 : *« Les époux sont donc libres comme tous copartageants, de composer librement leurs lots respectifs, à la condition qu'ils parviennent à s'entendre. Ils peuvent procéder à un partage total, en ne laissant subsister aucune indivision entre eux, ou partiel, s'ils laissent subsister l'indivision à l'égard de certains biens (...) »*.

[363] Il faut toutefois mentionner l'article 214 et la contribution des époux aux charges du mariage. En effet, si un époux ne peut se dispenser d'une contribution, les membres du couple peuvent s'accorder sur la répartition des charges. *Cf.,* F. TERRE, Ph. SIMLER, *op. cit., supra* note 226, p. 46.

[364] V. EGEA, *op. cit., supra* note 52, p. 11 : *« La volonté individuelle occupe, depuis longtemps, une place importante en droit patrimonial de la famille »* ; J. REVEL, *op. cit., supra* note 188, p. 16 : *« A priori les volontés individuelles sont essentielles ; ce sont les futurs époux qui choisissent leur régime matrimonial par l'établissement d'un contrat de mariage dont le contenu peut être librement aménagé, la loi n'intervenant qu'à titre supplétif. Ils peuvent encore, au cours du mariage, en changer conformément à leurs intérêts pécuniaires, et, après la dissolution, la liquidation de ces intérêts est encore à leur libre disposition »*.

[365] A-S BRUN-WAUTHIER, *op. cit., supra* note 152, p. 241 : *« Les époux disposent d'une grande latitude pour régler harmonieusement les conséquences patrimoniales de leur désunion »*.

[366] Cass., 2e civ., 7 novembre 1988, n°87-17605, publié au Bulletin: *« La liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux doivent être ordonnées par le juge qui prononce le divorce, quelque soit le régime matrimonial »*. En l'espèce, le régime auquel les époux étaient soumis était un régime de séparation de biens ; F. TERRE, Ph. SIMLER, *op. cit., supra* note 226, p. 638 : *« La dissolution de régime de séparation de biens résulte, soit de la dissolution du mariage par décès ou divorce, soit d'un changement de régime matrimonial. En théorie, aucune liquidation ne devrait être nécessaire. Les patrimoines étant restés séparés, la dissolution du régime devrait laisser subsister une situation claire et nette. La réalité, le plus souvent, est moins limpide » ;* P. LIPINSKI, *op.cit., supra* note 302, p. 1 : *« La séparation de biens pure et simple présenterait ainsi l'avantage de ne pas comporter de liquidation. Cette opinion doit pourtant être écartée rapidement. Effectivement, même si la séparation de biens est choisie par des époux dûment avisés, exerçant des professions séparés et ayant*

l'intervention d'un juge. Ainsi, d'une part, dans le cadre de l'article 265-2[367] du Code civil, les époux peuvent, pendant la procédure, conclure des conventions de liquidation. D'autre part, une fois le divorce prononcé, ils ont la possibilité, s'ils ne l'ont pas déjà fait, de liquider et partager sans recourir au juge.

124. L'intervention du juge.- Le juge est néanmoins parfois amené à intervenir, que ce soit dans le cadre d'un partage amiable ou judiciaire. Dans le cadre du partage amiable, l'intervention judiciaire est de deux ordres. Il est nécessaire que le juge homologue les accords amiables lors d'un divorce par consentement mutuel[368]. Dans d'autres cas, le juge[369] peut autoriser un partage amiable même si les indivisaires ne sont pas présents ou sont incapables. L'intervention du juge est également liée au partage judiciaire qui a lieu dans des hypothèses différentes. En effet, il intervient lors d'un partage judiciaire si les ex-époux ne s'entendent pas. Ou si l'un des époux est incapable majeur, défaillant, présumé absent, hors d'état de manifester sa volonté et que l'autorisation ou l'approbation au partage amiable n'a pas été obtenue.

125. L'utilisation de notions cadres.- Que ce soit dans le cadre du partage amiable ou judiciaire, le juge aura à utiliser des notions cadres entendues comme[370] des *« notion(s) juridique(s) englobante(s) et directive(s) virtuellement applicable(s) à une série indéfinie de cas, et dont l'application, en raison de (leur) indétermination(s) intentionnelle(s) passe nécessairement par l'appréciation d'un juge (ou de son interprète) qui (les) actualise in casu, si, précisément, il estime que le cas particulier entre dans le cadre (des) notion(s)».* Dans le divorce par consentement mutuel, c'est en se basant sur « les intérêts des enfants ou de l'un des époux », non suffisamment préservés, que le juge pourra refuser l'homologation de la

---

quelques dispositions à la gestion rationnelle de leurs biens, ceux-ci ne peuvent que très difficilement conserver la séparation initiale. C'est pourquoi une liquidation d'ensemble des droits des époux séparés de biens est très souvent nécessaire au moment où cesse la vie commune » ; G. CREMONT, Divorce : techniques et difficultés du partage amiable, *Defr.,* 1999, p. 321 : *« Dans une approche simpliste, on pourrait concevoir que, lorsque les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens, il n'y ait pas lieu à liquidation du régime matrimonial. Il n'en est rien, car, en dépit du régime séparatiste, les intérêts des époux ont été nécessairement imbriqués pendant toute la durée de la vie commune ».*

[367] V. EGEA, *op. cit., supra* note 52, p. 211 et ss.

[368] S. DAVID, C. ROTH, La liquidation du régime matrimonial dans le divorce par consentement mutuel, *AJ fam.,* 2010, p. 167.

[369] Dans cette partie du raisonnement, il nous intéresse de connaître l'existence d'une intervention judiciaire sans nécessairement repérer les compétences d'attribution. Cette question sera abordée *infra* par. n° 183.

[370] G. CORNU (dir.), *op. cit., supra* note 15, v° Notion cadre.

convention[371] qui doit contenir un état liquidatif[372]. Il est ainsi possible que le juge, en se basant sur l'intérêt des époux, puisse refuser d'homologuer un maintien dans l'indivision[373]. Dans le cadre du partage judiciaire[374], différents articles contiennent des notions cadres. L'article 821, qui se rapporte au maintien dans l'indivision, fait mention des intérêts en présence[375], comme le fait l'article 832-3[376] relatif à l'attribution préférentielle.

126. Après l'étude des nouvelles compétences du juge aux affaires familiales, il s'agit à présent de vérifier les conséquences sur l'état des conflits.

Paragraphe 2. La fin des conflits réels dans la liquidation et le partage *stricto sensu*

127. Des conflits de compétence d'attribution ont pu naître pendant la procédure de divorce, au moment de son prononcé ou dans le cadre d'une procédure postérieure en liquidation et partage des intérêts patrimoniaux. Avec les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales, certains conflits prennent fin (A). Cependant, il convient d'examiner un certain

[371] *Cf.,* Article 232 du Code civil : *« Le juge homologue la convention et prononce le divorce s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé. Il peut refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux ».*

[372] *Cf.,* Article 1091 alinéa 1er du Code de procédure civile : *« A peine d'irrecevabilité, la requête comprend en annexe une convention datée et signée par chacun des époux et leur avocat portant règlement complet des effets du divorce et incluant notamment un état liquidatif du régime matrimonial ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation ».*

[373] S. DAVID, C. ROTH, *art. cit., supra* note 368, p. 169.

[374] Sans aborder les subtilités du renvoi opéré par les articles 1476, 1542 et 1578 du Code civil, il y a renvoi aux règles sur les successions. *Cf.,* F. TERRE, Ph. SIMLER, *op. cit., supra* note 226, p. 541

[375] Article 821 du Code civil : *« A défaut d'accord amiable, l'indivision de toute entreprise agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, dont l'exploitation était assurée par le défunt ou par son conjoint, peut être maintenue dans les conditions fixées par le tribunal à la demande des personnes mentionnées à l'article 822. S'il y a lieu, la demande de maintien de l'indivision peut porter sur des droits sociaux. Le tribunal statue en fonction des intérêts en présence et des moyens d'existence que la famille peut tirer des biens indivis. Le maintien de l'indivision demeure possible lors même que l'entreprise comprend des éléments dont l'héritier ou le conjoint était déjà propriétaire ou copropriétaire avant l'ouverture de la succession ».*

[376] Article 832-3 du Code civil : *« L'attribution préférentielle peut être demandée conjointement par plusieurs successibles afin de conserver ensemble le bien indivis. A défaut d'accord amiable, la demande d'attribution préférentielle est portée devant le tribunal qui se prononce en fonction des intérêts en présence. En cas de demandes concurrentes, le tribunal tient compte de l'aptitude des différents postulants à gérer les biens en cause et à s'y maintenir. Pour l'entreprise, le tribunal tient compte en particulier de la durée de la participation personnelle à l'activité ».*

nombre de pseudo-conflits sur lesquels l'extension de la compétence du juge aux affaires familiales ne peut avoir d'effets (B).

A. Les conséquences des nouvelles compétences du juge aux affaires familiales sur les conflits

128. Avec l'extension des compétences du juge aux affaires familiales, disparaissent des conflits réels constatés lors de l'instance en divorce (1). De la même manière, il est mis fin à des conflits de compétence d'attribution pouvant survenir lorsque, dans la procédure de liquidation et de partage confiée au tribunal de grande instance, intervenaient des questions relevant de la compétence du juge aux affaires familiales (2).

1. La fin des conflits réels lors de l'instance en divorce

129. La compétence pour déterminer le régime matrimonial.- En jurisprudence, les conflits repérés se révélaient dans le cadre d'une instance principale, relevant de la compétence du juge aux affaires familiales et sur laquelle venait se greffer une demande relative à la liquidation et au partage des intérêts patrimoniaux, opérations que le juge aux affaires familiales ne connaissait pas encore. Les arrêts avaient trait à la détermination du régime matrimonial, pour fixer une prestation compensatoire ou une avance sur la communauté. Dans un arrêt du 11 juillet 2006, la Cour de cassation avait déclaré le juge aux affaires familiales incompétent en la matière au profit du tribunal de grande instance[377]. En l'espèce, l'épouse avait engagé une procédure de divorce prononcé par le juge aux affaires familiales mais qui se déclara incompétent pour connaître de la demande relative au régime matrimonial applicable aux époux. La Cour d'appel confirma le jugement sur ce point. L'épouse se pourvut en cassation en arguant *« qu'il résulte de cette disposition* (article 264-1 du code civil)*, ensemble de l'obligation pour le juge de fixer la prestation compensatoire en tenant compte du patrimoine de chaque époux après la liquidation du régime matrimonial et de la compétence de tout juge de connaître des questions dont dépend le litige dont il est saisi,*

hors le cas où il s'agit de question préjudicielle relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction, que le juge qui prononce le divorce et fixe la prestation compensatoire est compétent pour déterminer le régime matrimonial des époux, qu'en déclinant cette compétence, la Cour d'appel a violé ensemble les articles 247, 267-1 et 272[378] *du Code civil et 49 du Nouveau code de procédure civile ».* La Cour de cassation n'a pas suivi ce raisonnement et a confirmé l'incompétence du juge aux affaires familiales au profit du tribunal de grande instance *« dès lors que l'article 264-1 du Code civil dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 mai 2004 ne confiait à ce juge que le pouvoir limité d'ordonner la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux et de statuer sur les demandes de maintien de l'indivision ou l'attribution préférentielle ».* Cette position de la Cour de cassation avait déjà été adoptée par la Cour d'appel de Paris[379]. La question s'était posée à l'étape des mesures provisoires, dans le cadre de l'ordonnance de non-conciliation. La cour avait énoncé que *« ne démontre pas que sa situation rende nécessaire l'attribution d'une provision sur sa part de communauté, la femme qui exerce une activité relativement bien rémunérée et qui bénéficie d'une pension alimentaire, alors surtout que l'existence d'une communauté entre les époux est contestée. Il n'appartient pas en effet à la cour statuant sur le fondement de l'article 255 du Code civil de statuer sur la qualification du régime matrimonial des époux ».*

130. La solution en droit positif.- En droit positif, la compétence du juge aux affaires familiales sera à présent reconnue, non sur le fondement des articles 255 et 267 visés dans les arrêts, mais au titre de sa compétence générale issue de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire. D'ailleurs, la circulaire d'application relative au nouvel article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire[380] illustre l'extension des compétences du juge aux affaires familiales en citant la détermination du régime matrimonial, et ceci en énonçant que *« dans le cadre d'une procédure en divorce, si à l'occasion du débat sur la prestation compensatoire, la question de la nature du régime matrimonial est évoquée, le juge ne sera*

---

[377] Cass., 1e civ., 11 juillet 2006, *D.* 2007, p. 2693, obs. M. DOUCHY-OUDOT ; *Dr. fam.,* 2006, Comm. 207, p. 52, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.
[378] Les dispositions en vigueur sont celles antérieures à la loi du 26 mai 2004.
[379] CA Paris, Ch. 1 section C, 20 Mai 1994, JurisData n° 1994-021548.
[380] Circulaire CIV/10/10 n°160-09/C1/4-9/MCG du 16 juin 2010. Objet : Présentation de l'article 14 de la loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures et du décret n°2009-1591 du 17 décembre 2009 relatif à la procédure devant le juge aux affaires familiales en matière de régimes matrimoniaux et d'indivisions.

plus tenu de surseoir à statuer dans l'attente de la décision du tribunal de grande instance mais devra au contraire trancher la question de la nature du régime matrimonial des époux »[381].

131. L'étude de l'arrêt de la Cour de cassation du 20 mars 2013.- La Cour de cassation, dans un arrêt du 20 mars 2013[382], s'est prononcée sur la compétence du juge aux affaires familiales en matière de détermination du régime matrimonial. En l'espèce, un homme et une femme se sont mariés en Grande-Bretagne. Quelques années plus tard, le divorce a été prononcé aux torts exclusifs de l'épouse. La Cour d'appel déclara que la loi applicable au régime matrimonial des époux était la loi française et Monsieur est condamné à payer une prestation compensatoire de trois millions d'euros. Il forme un pourvoi en cassation en faisant valoir *« que l'article 267 du code civil énumère de façon limitative les pouvoirs du juge prononçant le divorce en matière de liquidation et de partage du régime matrimonial ; que la détermination de la loi applicable au régime matrimonial des époux n'y figure pas ».* Cependant, la Cour de cassation énonce que *« qu'il entre dans les pouvoirs dévolus au juge aux affaires familiales de se prononcer sur le régime matrimonial des époux »*. Il faut toutefois noter que cela n'est pas lié aux pouvoirs du juge aux affaires familiales au moment du prononcé du divorce et donc à la détermination du contenu de l'article 267 du Code civil, mais à la compétence du juge aux affaires familiales issue de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire en matière non de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux mais en matière de fonctionnement des régimes matrimoniaux[383].

132. Si des conflits réels avaient été repérés dans l'instance en divorce, la question pouvait se poser également dans l'instance ultérieure en liquidation et partage.

2. La fin des conflits réels lors de l'instance en liquidation et en partage

133. La détermination de la compétence quant à des demandes relatives à la prestation compensatoire.- Avant la loi du 12 mai 2009, le juge aux affaires familiales était déjà

[381] La circulaire s'intéresse uniquement à la situation dans laquelle la détermination du régime matrimonial serait invoquée à titre de moyen de défense. Mais la compétence du juge aux affaires familiales n'est évidemment pas limitée aux moyens de défense.
[382] Cass., 1e civ., 20 mars 2013, *AJ fam.,* 2013, p. 388, note A. BOICHE ; *Dr. fam.,* 2013, Comm. 97, note L. ABADIE; *D*. 2013, p. 1451, note S. LE GAC-PECH.

compétent pour traiter de la prestation compensatoire[384], même dans le contexte d'une procédure de liquidation relevant du tribunal de grande instance. Différents arrêts de la Cour de cassation avaient relevé l'incompétence du tribunal de grande instance, engagé dans une procédure de liquidation et de partage, lorsqu'il fallait s'intéresser à la prestation compensatoire. Ainsi, la première chambre civile de la Cour de cassation a rendu un arrêt le 2 avril 2008[385] énonçant qu' *« attendu qu'en application de l'article 228, alinéa 3*[386]*, du code civil, le juge aux affaires familiales est seul compétent pour statuer sur la révision d'une prestation compensatoire ou de ses modalités de paiement ; que c'est donc à bon droit que la cour d'appel a retenu qu'il n'appartenait pas au juge saisi des difficultés relatives aux opérations de partage de l'indivision post communautaire de statuer sur une demande de conversion en capital de la prestation compensatoire allouée sous forme de rente ».* En l'espèce, l'une des parties, dans le cadre des opérations de liquidation et de partage de la communauté, avait demandé, sur le fondement de l'article 276-4 du Code civil, de substituer un capital à tout ou partie de la rente qui lui avait été accordée à titre de prestation compensatoire**.**

134. La modification de la problématique en droit positif.- Au temps de cet arrêt, la question se posait en termes de compétence. Fallait-il retenir la compétence du juge aux affaires familiales ou celle du tribunal de grande instance ? Aujourd'hui, la compétence du juge aux affaires familiales est acquise pour la révision de la prestation compensatoire mais également pour la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux. A présent, c'est la recevabilité des demandes incidentes qui peut soulever des difficultés[387]. Une demande incidente[388] est *« toute demande intervenant au cours d'un procès déjà engagé »*[389].

---

[383] *Cf., supra* par. n° 63.

[384] Article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire : *« Le juge aux affaires familiales connaît : (...) 3° Des actions liées : (...) c) à la révision de la prestation compensatoire ou de ses modalités de paiement »*.

[385] Cass., 1e civ., 2 avril 2008, *D.* 2009, p. 832, note L. WILLIATTE-PELLITTERI.

[386] La référence qui doit être visée est l'alinéa 4 et non l'alinéa 3 de l'article 228 du Code civil, dans sa version antérieure à son abrogation par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009.

[387] Selon l'article 51 du Code de procédure civile : *« le tribunal de grande instance connaît de toutes les demandes incidentes qui ne relèvent pas de la compétence exclusive d'une autre juridiction. Sauf disposition particulière, les autres juridictions ne connaissent que des demandes incidentes qui entrent dans leur compétence d'attribution »*.

[388] Les demandes incidentes sont au nombre de trois. L'article 63 du Code de procédure civile énonce que *« les demandes incidentes sont : la demande reconventionnelle, la demande additionnelle et l'intervention ».* Nous nous intéresserons qu'aux demandes formées entre les parties originaires.

[389] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *op. cit, supra* note 27, p. 270. *Adde,* L. CADIET, E. JEULAND, *op. cit., supra* note 27, p. 349 : *« Les demandes incidentes sont les demandes formées alors que l'instance a déjà été introduite par une demande initiale » ;* G. COUCHEZ, X. LAGARDE, *Procédure civile,*

Considérons l'hypothèse d'une instance principale en révision de prestation compensatoire, sur laquelle vient se greffer une demande incidente en liquidation et en partage des intérêts patrimoniaux. Cette demande incidente est-elle recevable ? La question se pose car les procédures sont différentes.

Pour les demandes en partage, la procédure est celle indiquée à l'article 1136-1 du Code de procédure civile qui prévoit que *« les demandes (...) relatives à la liquidation et au partage des intérêts patrimoniaux des époux (...) relevant de la compétence du juge aux affaires familiales obéissent aux règles de la procédure en matière contentieuse applicable devant le tribunal de grande instance (...) ».* Il y a un renvoi aux règles de procédure en matière contentieuse applicables devant le tribunal de grande instance qui sont présentées aux articles 750 à 796 du Code de procédure civile. La demande en révision de la prestation compensatoire, quant à elle, est soumise aux articles 1137 à 1142 du Code de procédure civile[390]. La procédure est plus légère. Elle est orale et les parties peuvent se défendre elles-mêmes.

Cette différence de procédure devrait entraîner pour certains auteurs[391] l'irrecevabilité de la demande lorsque la demande incidente est une demande en liquidation et en partage[392].

Sirey, 2014, 17e éd., p. 179 : *« Les demandes incidentes sont celles qui interviennent alors que l'instance est déjà engagée et qui viennent donc se greffer sur le procès en cours »;* J. HERON, T. LE BARS*, op. cit., supra* note 27, p. 107 : *« Les demandes incidentes sont les demandes qui sont formées alors qu'une ou plusieurs demandes initiales ont déjà été soumises au juge. Elles s'ajoutent à la demande initiale en venant comme se greffer sur elle ».*

[390] C. LIENHARD, *Rép. proc. civ.,* Dalloz, V° Juge aux affaires familiales » (2011), n 35.

[391] J. CASEY, *art. cit., supra* note 353, p. 166; J. MASSIP, Les nouvelles attributions du juge aux affaires familiales en matière de régimes matrimoniaux et d'indivision, *JCP éd. N*, 2011, Etude 1086, p. 36. Dans le même sens, la circulaire de « Présentation de l'article 14 de la loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures et du décret n°2009-1591 du 17 décembre 2009 relatif à la procédure devant le juge aux affaires familiales en matière de régimes matrimoniaux et d'indivisions » : « *Il ne paraît pas possible de former une demande de partage judiciaire à l'occasion d'une demande relative à l'exercice de l'autorité parentale ou à la contribution à l'entretien ou l'éducation de l'enfant, quand bien même le juge aux affaires familiale est désormais compétent pour connaître de ces deux demandes. En effet, si tel était le cas, la demande incidente en partage devrait être jugée selon les règles applicables devant le juge aux affaires familiales statuant en matière d'autorité parentale. Celle solution exclurait le bénéfice des règles applicables en matière de partage et notamment, la représentation obligatoire par avocat, les règles de la mise en état, la désignation du juge commis, ou encore le suivi des travaux du notaire désigné, ce qui serait contraire à l'esprit des textes. Ainsi, peut- on considérer que, de même qu'une demande en divorce présentée incidemment à une demande de contribution aux charges du mariage se heurterait à une fin de non-recevoir, une demande en partage présentée à titre incident apparaîtrait devoir être jugée irrecevable ».*

[392] Si la question est limitée ici à la conciliation d'une demande en révision de la prestation compensatoire et d'une demande en liquidation et en partage, il va sans dire que cela peut concerner d'autres hypothèses. A titre d'illustration, lors d'une instance relative à la fixation de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants, à la révision de la prestation compensatoire, au changement de prénom ou à l'exercice de l'autorité parentale, il peut y avoir une demande incidente en liquidation et en partage des intérêts patrimoniaux des anciens membres du couple. Il convient ainsi de noter que la question de la recevabilité des demandes incidentes doit tenir compte

Pourtant, selon la lettre de l'article 70 du Code de procédure civile en son alinéa 1er, la différence de procédure n'a aucune conséquence[393]. L'article énonce, en effet, que *« les demandes reconventionnelles ou additionnelles ne sont recevables que si elles se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant ».* C'est d'ailleurs l'une des conséquences de l'incidence de la demande, et l'un de ses intérêts[394] de n'être pas soumise au formalisme de la demande initiale. Entre les parties, selon l'article 68 du Code de procédure civile en son alinéa 1er, les demandes sont formées comme sont présentés les moyens de défense[395]. Ainsi, l'introduction se fait souvent par acte d'avocat à avocat[396].

Toutefois, la différence de procédure peut entraîner des difficultés réelles si la demande incidente en liquidation et partage est déclarée recevable[397]. En effet, si l'instance en liquidation et en partage se greffe sur une demande initiale correspondant à une procédure orale, sans avocat, est-ce que cela est conciliable avec les spécificités de la procédure en liquidation et en partage ? L'instance en liquidation et en partage peut-elle se dérouler en dehors des règles de procédure contentieuse en vigueur devant le tribunal de grande instance ? L'écrit, *« facteur d'ordre dans la pensée, de clarté et de précision dans l'expression, de sécurité dans la discussion et dans le jugement »*[398], est-il nécessaire ? La dimension technique de la matière pourrait l'imposer. Dans le même sens, l'assistance de l'avocat, professionnel du droit, n'est pas à négliger. Cependant, l'avantage des demandes incidentes est d'éviter *« la multiplication des procès juxtaposés. Le regroupement des demandes à l'intérieur d'une seule instance diminue les soucis et les frais. D'autre part, le regroupement de toutes les demandes relatives à une affaire permet au juge d'en avoir une vue globale et*

---

des développements ultérieurs sur la compétence du juge aux affaires familiales en matière de relations parent-enfant.

[393] C. ROTH, Du jugement de divorce à l'introduction de l'instance en partage : clarifications sur un entre-deux parajudiciaire, *AJ fam.,* 2010, p. 154 : *« La recevabilité d'une demande incidente, qu'elle soit additionnelle ou reconventionnelle, ne tient pas à la procédure devant être suivie pour l'introduction de l'action ouverte lorsqu'il s'agit d'une demande principale : faute de disposition spécifique, elle ne paraît pouvoir être appréciée qu'au regard du seul critère défini à l'art. 70 c. pr.civ : se rattache-t-elle aux prétentions originaires par un lien suffisant ? ».*

[394] G. COUCHEZ, X. LAGARDE, *op. cit., supra* note 389, p. 179.

[395] L. CADIET, E. JEULAND, *op. cit., supra* note 27, p. 352 ; M. DOUCHY-OUDOT, *Rép. Proc. civ.,* v° Demande reconventionnelle (2013), n. 36 ; Y. DESDEVISES, *JCl Proc. civ.,* v° Fasc. 126-7, « Demande en justice- Demandes incidentes » (2011), n°17 et ss.

[396] G. CORNU, *op. cit., supra* note 15, v° Acte du palais : *« Nom encore donné dans la pratique aux actes de procédure que les avocats ou les avoués constitués dans une même cause se notifient entre eux (acte d'avocat à avocat, ou d'avoué à avoué) suivant des formes simplifiées (...) ».*

[397] J. CASEY, *art. cit. supra* note 353, p. 166: *« La lourdeur des questions liquidatives, la nécessité de disposer d'un temps suffisant pour analyser les pièces adverses, ne peuvent s'accommoder d'une procédure orale. Imagine t-on de recevoir la veille de l'audience 30 pages de conclusions et 123 pièces ?! ».*

[398] G. CORNU, J FOYER, *op. cit., supra* note 8, p. 541.

donc de mieux en appréhender les éléments. A l'inverse, la dispersion des demandes aboutit à ne donner au juge qu'une vue partielle des choses »[399]. Il faudrait ainsi comparer les inconvénients issus d'une procédure orale avec les avantages de globaliser en une seule instance toutes les problématiques. C'est l'appréciation souveraine des juges du fond[400] qui permettra de mettre en place des solutions au cas par cas[401] en maintenant le débat sur le « lien suffisant ».

Ne faut-il pas privilégier cette piste ? Car si la solution devait être édictée par le Code de procédure civile, quelles seraient les règles applicables ? Une procédure écrite serait-elle obligatoire lorsque la demande incidente est une instance en liquidation et en partage qui se grefferait sur une instance pour laquelle la procédure est orale ? Ou faudrait-t-il introduire une instance séparée ? L'appréciation souveraine des juges du fond portant sur l'existence du « lien suffisant » permet de prendre plus facilement en compte la diversité des situations.

B. Des pseudo-conflits maintenus

135. Les pseudo-conflits ne mettent pas en concurrence les compétences de deux juridictions mais montrent que le juge saisi ne peut répondre à la demande qui lui est faite, parce qu'il n'a pas le pouvoir de le faire. A l'occasion du prononcé du divorce, les pseudo-conflits sont nombreux. Il y a, à ce moment-là, confusion entre compétence et pouvoir.

Pour déconstruire les pseudo-conflits, il est important d'étudier l'étendue de ce que le juge aux affaires familiales peut faire au moment du prononcé du divorce, en s'intéressant à l'article 267 du Code civil qui lui permet, d'une part, d'ordonner la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux, d'autre part, de statuer sur les demandes de maintien dans l'indivision ou d'attribution préférentielle et, enfin, d'accorder à l'un des époux ou aux deux

---

[399] J. HERON, T. LE BARS, *op. cit., supra* note 27, p. 110.

[400] A titre d'exemple : Cass., 2e civ., 14 janvier 1987, n°85-15691, publié au Bulletin : *« Attendu qu'en estimant que la demande reconventionnelle se rattachait aux prétentions ordinaires par un lien suffisant, la Cour d'appel n'a fait qu'exercer son pouvoir souverain d'appréciation ». Adde,* S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *op. cit. supra* note 27, p. 272.

[401] C. ROTH, *art cit., supra* note 393, p. 155 . L'auteur présente un exemple dans lequel la question de la suffisance du lien se pose. Dans l'hypothèse dans laquelle *« le juge aux affaires familiales, saisi hors divorce, en procédure orale, d'une demande initiale classique relative à la garde des enfants ou à une pension alimentaire, se voit soumettre une demande incidente se rapportant à la liquidation ou au partage d'un régime matrimonial... »*, il relève certains éléments allant dans le sens d'une suffisance du lien. Ainsi, *« selon que l'immeuble commun (...) sera ou non vendu, les capacités contributives du débiteur d'aliments ne pourront être*

une avance sur sa part de communauté ou de biens indivis. En outre, *« si le projet de liquidation du régime matrimonial établi par le notaire désigné sur le fondement du 10° de l'article 255 contient des informations suffisantes, le juge, à la demande de l'un ou l'autre des époux, statue sur les désaccords persistant entre eux ».* La liste des pouvoirs évoqués doit-elle être considérée comme exhaustive ? La jurisprudence n'a pas été constante sur cette question et si, dans un premier temps, la Cour de cassation a prôné le caractère limitatif de l'article 267 du Code civil (1), elle a, depuis, modéré, cette interprétation (2).

1. Une jurisprudence prônant le caractère limitatif de l'article 267 du Code civil

136. Les textes en vigueur.- Précisons d'abord qu'une majorité des décisions relevées s'appuyaient sur l'article 264-1 du Code civil, dans sa version en vigueur avant son abrogation par la loi du 26 mai 2004. L'article 264-1 du Code civil énonçait qu'« e*n prononçant le divorce, le juge aux affaires familiales ordonne la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux et il statue, s'il y a lieu, sur les demandes de maintien dans l'indivision ou d'attribution préférentielle ».* Les enseignements issus de ces décisions sont toujours d'actualité car l'article 267 du Code civil, qui a remplacé l'article 264-1 du Code civil, reprend les mêmes dispositions, en les complétant. Notons que la Cour de cassation avait statué en faveur du caractère limitatif de l'article 264-1 du Code civil. Après avoir observé différentes illustrations de cette jurisprudence (a), il conviendra de s'intéresser à l'hypothèse particulière que constitue l'attribution préférentielle (b).

a. Les illustrations du caractère limitatif de l'article 267 du Code civil

137. Les illustrations.- A plusieurs reprises, la jurisprudence a retenu le caractère limitatif de l'article 267 du Code civil. Dans un arrêt du 11 décembre 1991[402], la Cour de cassation avait énoncé que *« c'est sans violer les dispositions de l'article 264-1 du Code civil que la Cour d'appel a retenu que les demandes de M. X relatives à la restitution d'objets mobiliers et d'un dépôt de garantie de l'appartement, et à l'obtention de l'autorisation de donner à bail un bien indivis, avaient trait à la liquidation du régime matrimonial et devaient être soumises*

---

appréciées de la même manière, ni les conditions d'accueil des enfants (...) l'argument de la nécessité d'une procédure distincte paraît faible ».

[402] Cass., 2e civ., 11 décembre 1991, *D.* 1992. Juris., p. 385, note J. MASSIP.

aux juges chargés de cette liquidation ». Dans un arrêt du 17 décembre 1998[403], la Cour de cassation avait approuvé la Cour d'appel qui *« a fait une exacte application des articles 247 et 264-1 du Code civil », « en énonçant qu'il n'appartient pas à la juridiction statuant sur les mesures accessoires d'un divorce de se prononcer sur la répartition des dettes communes, problème relevant de la liquidation de la communauté »*. La Cour d'appel de Caen, dans un arrêt du 4 mars 2010[404], a réformé un jugement du juge aux affaires familiales du 13 janvier 2009, en ces dispositions qui énonçaient qu'il sera procédé en l'absence de contestations des époux à la licitation de l'immeuble commun car le *« juge du divorce est incompétent pour ordonner cette licitation »*. La cour a précisé que *« ni ce texte* (l'article 267 du Code civil) *ni aucun autre du reste, ne donne compétence au juge du divorce pour ordonner la licitation d'un immeuble commun, laquelle compétence, en application de l'article 1476 du Code civil, appartient au juge chargé de la liquidation »*. Il convient de relever qu'il n'est pas ici question de compétence mais bien de pouvoir, cependant l'emploi des termes : « juge chargé de la liquidation », « juge du divorce », « incompétent » entraîne une confusion.

138. L'attribution de la jouissance gratuite du logement au moment du prononcé du divorce.- Les différents exemples cités montrent que la demande, qui n'a pu prospérer lors du divorce, le pourra finalement lors de l'instance en liquidation et en partage des intérêts patrimoniaux. Tel n'est pas du tout le cas d'une demande, au juge aux affaires familiales, d'attribution de la jouissance gratuite du logement, bien indivis, dès le prononcé du divorce[405]. Tout d'abord, il n'a en effet jamais été fait droit à cette demande à ce stade. Ainsi, la Cour de cassation, dans un arrêt du 6 juin 2002[406], a décidé que *« c'est à bon droit que la cour d'appel*

[403] Cass., 2e civ., 17 décembre 1998, n° 97-14130, inédit.
[404] CA Caen, ch. 1, section 3, 4 mars 2010, Juris-Data n° 2010-023770.
[405] Il est nécessaire pour dénouer ce conflit de poser de manière claire les jalons temporels de la problématique. En effet, le conflit de compétence d'attribution exposé ne peut avoir lieu qu'après le prononcé du divorce. Il n'est pas présent dans les mêmes termes pendant la procédure de divorce. Pendant le mariage ou pendant la procédure du divorce, la question de la jouissance gratuite du logement a été posée. Les réponses ont été simplifiées avec la loi du 26 mai 2004 sur le divorce. En effet, l'article 255 du Code civil énonce que *« le juge peut notamment : 4° Attribuer à l'un d'eux la jouissance du logement et du mobilier du ménage ou partager entre eux cette jouissance, en précisant son caractère gratuit ou non et, le cas échéant, en constatant l'accord des époux sur le montant d'une indemnité d'occupation »*. Pour un rappel des problématiques antérieures, A. LE BATTEUR, L'indemnité d'occupation et la jouissance exclusive d'un bien indivis par un époux pendant la procédure de divorce, *Dr. fam.,* 2001, Chron. 14.
[406] Cass., 2e civ., 6 juin 2002, RTD*Civ.,* 2002, p. 492, note J. HAUSER ; *Gaz. Pal.,* 17 juin 2003, n° 168, p. 24, note J. MASSIP, *Dr fam.,* 2003, Comm. 28, note H. LECUYER.

énonce qu'il n'entre pas dans la compétence[407] *du juge appelé à statuer sur le fond du divorce de conférer à un conjoint le bénéfice d'une jouissance gratuite du domicile conjugal après le divorce »*[408]. Le juge aux affaires familiales, au moment du prononcé du divorce, ne peut se fonder sur aucune règle pour accorder la jouissance gratuite du logement familial, bien indivis. L'examen des articles 255[409], 267[410], 274[411] et 285-1[412] du Code civil ne permet pas, en effet, d'aboutir à une réponse positive[413].

---

[407] Si le terme « compétence » apparaît, nous sommes pourtant ici en présence d'un pseudo-conflit. En effet, la compétence du juge aux affaires familiales n'est pas contestée au profit d'une autre juridiction. Le juge aux affaires familiales n'a tout simplement pas ce pouvoir comme d'ailleurs tout autre juge.

[408] La formule est identique dans un arrêt du 27 septembre 2001 (Cass., 2e civ., 27 septembre 2001, n° 99-16705, inédit) et du 23 janvier 2007 (Cass., 1e civ., 23 janvier 2007, n° 06-11502, inédit). Elle est un peu différente dans un arrêt de la Cour de Cassation du 25 janvier 2005 (Cass., 1e civ., 25 janvier 2005, n° 02-15560, inédit : *« Attendu que la cour d'appel, appelée à statuer sur le prononcé du divorce, retient à bon droit que la question de la jouissance gratuite du domicile conjugal, relève des opérations de liquidation et de partage de la communauté, de sorte que la demande de Mme X n'entrait pas dans sa compétence, que les griefs étant inopérants, le moyen ne peut être accueilli »*).

[409] L'article 255 du Code civil est relatif aux mesures provisoires. Il précise que le juge peut notamment *« attribuer à l'un* (des époux) *la jouissance du logement et du mobilier de ménage ou partager entre eux cette jouissance, en précisant son caractère gratuit ou non et, le cas échéant, en constatant l'accord des époux sur le montant d'une indemnité d'occupation »*. Cependant, cet article ne peut être invoqué à l'appui d'un pouvoir du juge au moment du prononcé du divorce, au titre des mesures accessoires. En effet, il est vrai que la jouissance gratuite peut constituer une modalité d'exécution du devoir de secours au titre des mesures provisoires. Cependant, ces mesures sont applicables jusqu'au jour où le prononcé du divorce passe en force de chose jugée, à compter duquel expire le devoir de secours. Par conséquent, cela ne peut être comparé aux mesures accessoires au prononcé du divorce. *Cf.,* H. LECUYER, note sous Cass., 2e civ., 6 juin 2002, *Dr fam.,* 2003, Comm. 28.

[410] L'article 267 du Code civil ne contient aucune indication qui permette de conclure que le juge aux affaires familiales puisse attribuer la jouissance gratuite du logement après le prononcé du divorce. Parfois, une confusion est faite entre la demande de jouissance gratuite et une demande d'attribution préférentielle. Dans ce cas, il a pu être soutenu que, sous le couvert de l'article 12 du Code de procédure civile, il appartient au juge de requalifier la demande. (H. LECUYER, note sous Cass., 2e civ., 6 juin 2002, *Dr fam.,* 2003, Comm. 28. L'auteur cite un arrêt de la Cour de cassation du 11 janvier 2001 (Cass., 2e civ., 11 janvier 2001, n°99-14114, inédit) pour préciser que *« si le bien est commun, il appartient au juge du fond de rechercher si une demande d'avoir la jouissance de domicile conjugal ne constitue pas, en fait, une demande d'attribution préférentielle »*. Cet argument était utilisé au soutien du pourvoi). Cependant, il faudra que cette dernière remplisse les conditions de l'attribution préférentielle et n'aura plus aucun rapport avec la demande de jouissance gratuite.

[411] L'article 274 du Code civil, relatif à la prestation compensatoire, dispose que *« le juge décide des modalités selon lesquelles s'exécutera la prestation compensatoire en capital parmi les formes suivantes : 2° Attribution de biens en propriété ou d'un droit temporaire ou viager d'usage, d'habitation ou d'usufruit (...) »*. Cependant, il convient d'approuver l'auteur qui énonce que si *« le droit sur le logement se réalise à travers la prestation compensatoire sous la forme d'un droit d'usufruit ou d'usage et d'habitation (...), dans ce dernier cas, nonobstant l'absence de loyer à la charge du bénéficiaire, il ne s'agit toujours pas d'une jouissance gratuite puisque ce n'est qu'une forme d'exécution -un paiement- des obligations pesant sur le débiteur et mises à sa charge par le jugement ou la convention homologuée »*. *Cf.,* J. HAUSER, note sous Cass., 2e civ., 6 juin 2002, RTD*Civ.,* 2002, p. 492.

[412] L'article 285-1 du Code civil s'intéresse au logement de la famille lorsque ce dernier est un bien propre ou personnel. L'alinéa 1 de cet article précise que *« si le local servant de logement à la famille appartient en propre ou personnellement à l'un des époux, le juge peut le concéder à bail au conjoint qui exerce seul ou en commun l'autorité parentale sur un ou plusieurs de leurs enfants lorsque ceux-ci résident habituellement dans ce logement et que leur intérêt le commande ».* La jurisprudence a eu l'occasion de réaffirmer à plusieurs reprises que l'article 285-1 du Code civil, visant expressément un local propre à l'un des époux, ne peut être invoqué à propos d'un immeuble indivis (CA Paris, 10 juillet 1985, *D.* 1986, I. R., p. 109, note A. BENABENT. La cour de cassation, dans un arrêt du 25 janvier 2005, a réaffirmé que la possibilité de bail forcé ne peut concerner qu'un

Ensuite, si, au moment du prononcé du divorce, aucune règle ne permet d'attribuer la jouissance gratuite du logement, cette demande ne pourra certainement pas prospérer lors de l'instance en liquidation et en partage des intérêts patrimoniaux. L'article 815-9 alinéa 2 du Code civil énonce, en effet, que *« l'indivisaire qui use ou jouit privativement de la chose indivise est sauf convention contraire, redevable d'une indemnité ».* Cet article[414] indique certes la possibilité de « convention contraire », mais est-il possible de demander à un juge de supprimer cette indemnité pour aboutir à une jouissance gratuite? L'alinéa 2 ne permet pas d'envisager cette hypothèse, car la convention suppose l'accord des indivisaires. Le juge intervient dans le cadre de l'article 815-9 alinéa 1 qui précise qu' *« à défaut d'accord entre les intéressés, l'exercice de ce droit est réglé à titre provisoire, par le président du tribunal de grande instance ».* Cela renvoie aux dispositions initiales de cet article: *« Chaque indivisaire peut user et jouir des biens indivis conformément à leur destination, dans la mesure compatible avec le droit des autres indivisaires et avec l'effet des actes régulièrement passés au cours de l'indivision »,* ces dispositions ne traitant pas de la question d'une éventuelle indemnité. Il est précisé que *« d'après une jurisprudence constante depuis 1994, l'indemnité d'occupation est due en raison du droit concédé à l'indivisaire de jouir privativement du ou des biens indivis »*[415]. Dans une procédure de divorce, cette question se posera dès le divorce prononcé[416]. En effet, le devoir de secours ayant pris fin, l'ancien conjoint profite de manière exclusive du logement, bien indivis, et par conséquent une indemnité d'occupation est due[417]. Au contraire, aucune indemnité n'est, *a priori,* due lorsque la jouissance exclusive est correctement motivée[418]. La Cour de cassation a retenu cette solution dans un arrêt du 25 novembre 2003[419] pour une période postérieure au prononcé du divorce. En l'espèce, il

---

bien personnel à l'époux et non indivis aux deux. *Cf.,* Cass., 1e civ., 25 janvier 2005, *Defr.,* 2005, p. 1052, note J. MASSIP). En outre, l'article 285-1 du Code civil est relatif à une concession à bail, opération à titre onéreux.

[413] Certains de ces articles sont invoqués au support du pourvoi dans l'arrêt du 6 juin 2002 (*Cf., supra* note 406). Le moyen énonce, en effet, que *« le juge du divorce a le pouvoir d'attribuer à l'un des époux la jouissance du logement familial, qu'en décidant le contraire, la Cour d'appel a violé les articles 255, 264-1 et 285-1 du Code civil »*. Rappelons que l'article 264-1 du Code civil est l'ancienne version de l'article 267 du Code civil.

[414] Cet article règle la jouissance et l'usage d'un bien en indivision.

[415] G. BONNET, « Les comptes de l'indivision », in *L'indivision, Journées nationales. Tome VII/ Bordeaux*, Dalloz, 2005, p. 88.

[416] Quand le divorce est irrévocable.

[417] G. BONNET, art. *cit., supra* note 415 p. 91. *Adde,* Cass., 1e civ., 28 mai 2008, n° 07-13074, inédit.

[418] F. MAURY, Brèves réflexions sur la liquidation d'une indivision après rupture d'un concubinage, *D.* 2002, Chron. 1581 : *« L'indemnité n'est pas due si la jouissance se fonde sur un titre différent de celui de l'indivision, comme un legs ; si c'est au profit d'un époux en instance de divorce au nom des devoirs du mariage dont l'autre est débiteur, ou s'il y a accord des indivisaires ».*

[419] Cass., 1e civ., 25 novembre 2003, *Dr fam.,* 2004, Comm. 35 note V. LARRIBAU-TERNEYRE: *« Viole l'autorité de la chose jugée l'arrêt qui met à la charge de l'épouse une indemnité d'occupation alors que la*

appartenait aux juges du fond de rechercher si la mise à disposition du logement ne pouvait constituer une contribution d'un parent à son obligation d'entretien et d'éducation des enfants[420]. Si le devoir de secours cesse au moment du prononcé du divorce, la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants persiste, ce qui pourra justifier la jouissance exclusive[421]. Cependant, toutes ces questions ne concernent pas le juge aux affaires familiales qui prononce le divorce mais relèvent du juge compétent pour l'indivision[422] ou de celui qui connaît de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux[423].

b. L'hypothèse particulière de l'attribution préférentielle

139. Des juges du fond confrontés à l'attribution préférentielle au moment du prononcé du divorce.- Il ressort de l'étude de la jurisprudence relative à l'article 267 du Code civil que l'attribution préférentielle occupe une place à part. En effet, s'il s'est agi jusqu'à présent, pour la Cour de cassation, de rappeler aux cours d'appel que le juge aux affaires familiales n'avait pas tous les pouvoirs liquidatifs au moment du prononcé du divorce, dans l'hypothèse de l'attribution préférentielle, la Cour de cassation doit affirmer, au contraire, le pouvoir du juge aux affaires familiales en la matière.

Dans le cadre du partage des intérêts patrimoniaux d'un couple marié, l'attribution préférentielle est un mécanisme autorisé par les articles 1476 et 1542 du Code civil[424]. Il est défini comme *« l'avantage exceptionnel consistant pour un copartageant (dans les cas et conditions fixés par la loi et par dérogation à la règle de partage en nature) à se faire attribuer dans le partage la propriété exclusive d'un bien indivis, à charge d'indemniser en*

---

contribution à l'entretien des enfants mineurs a été fixée en tenant compte de l'occupation gratuite de l'immeuble indivis par elle et ses enfants ».

[420] Article 373-2-2 du Code civil.

[421] V. LARRIBAU-TERNEYRE note sous Cass., 1e civ., 25 novembre 2003, *Dr fam.,* 2004, Comm. 35 : *« Il faut donc considérer que si le principe est celui de l'indépendance entre la contribution à l'entretien des enfants et l'indemnité d'occupation, le juge est malgré tout autorisé à créer une sorte de « compte courant » où vont se compenser systématiquement deux créances réciproques : ce que le conjoint, privé de logement, devrait recevoir au titre de l'indemnité d'occupation se compense avec ce que l'autre conjoint devrait recevoir au titre de ce qui, dans la contribution aux charges, représente les frais de logement des enfants. Mais et c'est la leçon à retenir de l'arrêt ci dessus rapporté, ce « compte courant » n'est pas clôturé ipso facto le jour où le divorce devient définitif. L'occupation gratuite survit au divorce (...) sauf à exercer une action en révision de la contribution à l'entretien des enfants pour proposer d'autres modalités, ce qui est toujours possible ».*

[422] *Cf., supra* par. n° 82 et ss.

[423] *Cf., supra* par. n° 113.

[424] Pour le régime de participation aux acquêts, l'article 1578 du Code civil, dans son alinéa 2, renvoie « en tant que de raison » aux règles du partage successoral. S'agissant d'un intéressement en valeur, le mécanisme de l'attribution préférentielle ne peut avoir lieu.

argent les autres copartageants » [425]. Les pouvoirs du juge aux affaires familiales, appelé à statuer sur de telles demandes au moment du prononcé du divorce, posent problème. La Cour de cassation a dû, en effet, à différentes reprises, sanctionner les juges du fond pour avoir rejeté une telle possibilité. Dans différents arrêts[426], la Cour de cassation a affirmé que le *« juge*[427] *ordonne la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux et statue s'il y a lieu sur les demandes de maintien dans l'indivision*[428] *ou d'attribution préférentielle »*[429] et ceci au visa de l'article 264-1 du Code civil[430] qui prévoit qu'en *« prononçant le divorce, le juge ordonne la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux et statue s'il y a lieu sur les demandes de maintien dans l'indivision ou d'attribution préférentielle »*.

Dans un arrêt du 1er décembre 2010[431], la Cour de cassation reproduit le même raisonnement. En l'espèce, une épouse avait demandé l'attribution préférentielle du domicile conjugal, ce qui lui avait été accordé en première instance. Mais la Cour d'appel déclara sa demande d'attribution prématurée et devant être formulée devant le notaire. La Cour de cassation mit en avant la violation de l'article 267 du Code civil, qui est une reprise de l'article 264-1 du Code civil, pour prononcer la cassation[432] de cet arrêt.

140. L'existence d'un pseudo-conflit.- Il convient de relever que la question d'attribution préférentielle soulève bien une question de pouvoir conféré au juge lors du prononcé du divorce et non celle de sa compétence. Il est nécessaire de le rappeler car les cours d'appel dont les décisions sont censurées peuvent faire mention *« d'un juge du divorce qui est*

---

[425] G. CORNU (dir.), *op. cit., supra* note 15, v° Attribution préférentielle.

[426] Cass., 2e civ., 4 juillet 2002, n° 00-16587, inédit; Cass., 2e civ., 5 juin 1991, D. 1992, Juris., p. 385, note J. MASSIP : Cass., 2e civ., 20 avril 2000, n° 98-19293, inédit ; Cass., 1e civ., 25 avril 2007, n° 06-17095, inédit; Cass., 1e civ., 22 mars 2005, *Gaz. Pal.,* 18 octobre 2005, n° 291, p. 18, note J. MASSIP ; *Dr. fam.,* 2005, Comm., n° 106, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *AJ fam.,* 2005, p. 232, obs. S. DAVID, RTD*Civ.,* 2005, p. 374, obs. J. HAUSER.

[427] Il n'est pas toujours indiqué que c'est le juge. Quelquefois, il est énoncé que c'est le tribunal qui prononce le divorce. Cela se justifie pour un arrêt de 1991 mais il s'agit d'une inattention dans un arrêt de 2002 car le juge aux affaires familiales a été créé dès la loi n°93-22 du 8 janvier 1993. Enfin, il convient de noter que dans deux arrêts, il est fait mention non du juge mais du juge aux affaires familiales. *Cf.,* Cass., 2e civ., 20 avril 2000, n° 98-19293, inédit et Cass., 1e civ, 25 avril 2007, n° 06-17095, inédit.

[428] La mention de maintien dans l'indivision n'est pas toujours précisée.

[429] Cass., 1e civ., 22 mars 2005, *Gaz. Pal.,* 18 octobre 2005, n° 291, p. 18, note J. MASSIP ; *Dr. fam.,* 2005, Comm., n° 106, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *AJ fam.,* 2005, p. 232, obs. S. DAVID, RTD*Civ.,* 2005, p. 374, obs. J. HAUSER. La formule est reprise de manière quasi identique dans les autres décisions, ce qui paraît assez compréhensible puisque c'est la reprise de l'article 264-1 du Code civil.

[430] Certains arrêts rajoutent la méconnaissance de sa compétence par la juridiction.

[431] Cass., 1e civ., 1 décembre 2010, *JCP éd. N,* n° 20, 20 mai 2011, 1165, p. 41, note J. MASSIP.

[432] C'est en en réalité une cassation partielle car d'autres moyens du pourvoi ont été rejetés.

incompétent pour ordonner une attribution préférentielle »[433]. La confusion apparaît également à travers l'emploi d'expressions telles que « juge du divorce » et que « juge de la liquidation » qui laissent à croire, à tort, que la confrontation entre les deux juges est une question de compétence. La question est plutôt de savoir si au moment du prononcé du divorce, le juge qui connaît du divorce peut se prononcer sur une attribution préférentielle. Il ne s'agit pas de savoir si c'est un juge à la place d'un autre. Il s'agit donc d'un pseudo-conflit. Le problème ne sera pas résolu à travers la détermination de la juste compétence mais à travers la détermination des pouvoirs du juge compétent pour prononcer le divorce. Autrement dit, il faut seulement savoir quel est le juge compétent pour prononcer le divorce. Ensuite seulement, se pose la question des pouvoirs conférés au juge appelé à prononcer le divorce.

Déjà dans la configuration antérieure à la loi du 12 mai 2009, le pouvoir du juge aux affaires familiales était établi. En rapprochant l'article 267[434] du Code civil, qui indiquait que *« le juge, en prononçant le divorce (...) statue sur les demandes d'attribution préférentielle »,* de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, qui déclarait que *« le juge aux affaires familiales connaît du divorce »*, il convenait d'admettre que le juge aux affaires familiales avait le pouvoir de statuer sur une demande d'attribution préférentielle lorsqu'il prononçait le divorce. Puisqu'il n'y a aucune difficulté théorique pour aboutir à ce résultat[435], il ne peut s'agir que d'une hypothèse de violation de la loi par le refus de son application[436]. La loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 ne modifie en rien notre raisonnement, l'article 267 du

---

[433] Cass., 2e civ., 4 juillet 2002, n° 00-16587, inédit ; Cass., 2e civ., 5 juin 1991, *D.* 1992, Juris., p. 385, note J. MASSIP.

[434] La majorité des décisions se réfèrent à l'article 264-1 du Code civil dans sa version antérieure à la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce. Cette dernière a repris à l'article 267 du Code civil les dispositions précédentes tout en les complétant. Si l'article 264-1 du Code civil a été modifié à plusieurs reprises (La loi du 23 décembre 1985 a créé l'article 264-1 du Code civil : *« en prononçant le divorce, le tribunal ordonne la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux et il statue, s'il y a lieu, sur les demandes de maintien dans l'indivision ou l'attribution préférentielle »*. Cet article a été modifié par la loi n°93-22 du 8 janvier 1993, le juge aux affaires familiales remplace le tribunal. Finalement l'article 264-1 est supprimé par la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 qui l'a remplacé par l'article 267), il a toujours conservé dans les mêmes termes les dispositions relatives à l'attribution préférentielle. Ainsi, les questions soulevées par l'article 267 sont de même nature que celles nées de l'article 264-1.

[435] V. LARRIBAU-TERNEYRE, note sous Cass., 1e civ., 22 mars 2005, *Dr. fam.,* 2005, Comm. 106 : *« Le texte étant ce qu'il est, c'est à dire parfaitement clair, on comprend mal la décision de la cour d'appel »* ; S. DAVID, note sous Cass., 1e civ., 22 mars 2005, *AJ fam.,* 2005, p. 232 : *« On ne peut manquer d'être étonné, en présence d'une règle aussi clairement exprimée, que la Cour d'appel de Riom ait rejeté en l'espèce la demande d'attribution préférentielle présentée par l'épouse lors de la procédure de divorce ».*

[436] M-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, J. BUK LAMENT, *La technique de cassation*, Dalloz, 8e éd., 2013, p. 155 : Ce sont *«des hypothèses où il n'existe pas de difficulté d'interprétation des textes dont la portée a été fixée par la jurisprudence. (...) Cependant il apparaît qu'à partir de faits matériellement établis, correctement qualifiés, les juges du fond ont fait une mauvais application de la loi au prix d'une erreur le plus*

Code civil étant inchangé tout comme l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, quant à la partie qui nous intéresse.

141. Les raisons de la jurisprudence *contra legem*.- Il convient toutefois de s'intéresser aux raisons de cette jurisprudence *contra legem.* Différentes explications peuvent être avancées. Tout d'abord, il peut s'agir d'habitudes judiciaires[437] car ce n'est, en effet, qu'avec la loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 qu'a été introduit l'article 264-1[438] du Code civil qui énonçait qu' *« en prononçant le divorce, le tribunal ordonne la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux et statue, s'il y a lieu, sur les demandes de maintien dans l'indivision ou l'attribution préférentielle »*[439]. Ensuite, la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux dont fait partie la question de l'attribution préférentielle sont des matières traditionnellement attribuées au notaire. Ainsi, certains juges ne sont-ils peut-être pas suffisamment aguerris sur ces notions et ne les mettent donc pas en œuvre[440]. Enfin, d'autres auteurs y voient l'effet d'un juge *« distrait »*[441]*,* voire même réticent[442].

142. L'attribution préférentielle : un mécanisme complexe.- A partir de ce constat, et pour rendre possible l'application de l'article 267 du Code civil, il convient de se demander si l'attribution préférentielle d'un bien au moment du prononcé du divorce est une opération difficile, voire impossible. La Cour de cassation a rappelé à plusieurs reprises que l'attribution préférentielle au moment du prononcé du divorce n'est pas conditionnée à l'évaluation de l'immeuble à attribuer. Ainsi, la Cour de cassation décide dans un arrêt du 22 mars 2005[443] que viole l'article 264-1 du Code civil, la Cour d'appel qui, pour rejeter la demande d'attribution préférentielle du domicile conjugal, présentée par les deux époux, énonce

---

souvent grossière soit qu'ils aient ajouté à la loi une condition qu'elle ne pose pas, soit qu'ils aient refusé d'en faire application à une situation qui manifestement rentrait dans son champ d'application ».

[437] J. MASSIP, note sous Cass., 1e civ., 22 mars 2005, *Gaz. Pal.,* 18 octobre 2005, n° 291, p. 18 : *« Les habitudes sont parfois fortes et il arrive encore aujourd'hui que des juges aux affaires familiales et des cours d'appel continuent à se refuser à statuer sur de telles demandes ».*

[438] Modifié depuis par la loi n°92-22 du 8 janvier 1993 et la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004.

[439] Avec la loi n°75-617 du 11 juillet 1975, le juge du divorce se trouvait déjà confronté à des problèmes de liquidation et de partage. A titre d'exemple, nous pouvons noter qu'il avait la possibilité de nommer un notaire afin de dresser un projet de liquidation. L'article 259-3 du Code civil envisageait également la communication au juge par les époux de tous renseignements utiles pour liquider le régime matrimonial.

[440] E. BUAT-MENART, *art. cit., supra* note 362 , p. 157. Pour comparer avec les avocats qui se reposent également sur les notaires : J. CASEY, *art. cit., supra* note 353, p. 164.

[441] V. LARRIBAU-TERNEYRE, note sous Cass., 1e civ., 22 mars 2005, *Dr. fam.,* 2005, Comm. n° 106, p. 27.

[442] J. HAUSER, note sous Cass., 1e civ., 22 mars 2005, RTD*Civ.,* 2005, p. 374. L'arrêt *« révélait bien les réticences traditionnelles des juges devant un investissement dans les opérations de liquidation-partage ».*

[443] Cass., 1e civ., 22 mars 2005, *Dr. fam.,* 2005, Comm. 106, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

qu' *« en l'absence d'éléments précis sur l'évaluation de ce bien immobilier, il n'y a pas lieu en l'état de l'attribuer à l'un ou l'autre des époux »*, alors que *« l'absence d'évaluation de l'immeuble ne saurait avoir une incidence sur le principe même de l'attribution préférentielle ».* Il est important de rappeler que l'attribution préférentielle ne transfère pas la propriété, ce transfert n'étant réalisé qu'au moment du partage définitif[444]. L'article 834 alinéa 1 énonce, en effet, que *« le bénéficiaire de l'attribution préférentielle ne devient propriétaire exclusif du bien attribué qu'au jour du partage définitif »*.

Cela serait-il plus simple d'opérer une attribution préférentielle lors de l'instance ultérieure en partage ? Un arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 2005[445] casse un arrêt de Cour d'appel qui affirme que cette opération est plus « sérieuse » au moment de la liquidation, en énonçant que *« viole également ce texte* (l'article 267 du Code civil) *la cour qui, pour rejeter la demande d'attribution préférentielle du domicile conjugal présentée par le mari, énonce qu'il apparaît préférable, en l'absence d'éléments sur la valeur des biens immobiliers et d'un projet de partage, de ne pas faire droit à la demande d'attribution préférentielle qui est prématurée et pourra être discutée sur des bases plus sérieuses dans le cadre de la liquidation de la communauté ».* Dans un arrêt du 1er décembre 2010[446], la Cour de cassation doit casser un arrêt de cour d'appel qui a rejeté une demande d'attribution préférentielle du domicile conjugal en arguant du fait que le demandeur remplit *« les conditions posées par l'article 831-2 du Code civil pour pouvoir en bénéficier mais qu'en l'absence d'informations suffisantes et d'état liquidatif versé aux débats, sa demande est prématurée et devra être formulée devant le notaire lorsque les droits de chacun seront fixés de manière certaine, au regard notamment des récompenses dont se prévaudrait le mari »*.

Cette problématique, rencontrée au moment du prononcé du divorce, peut donc se retrouver dans une instance ultérieure en partage où l'attribution préférentielle y est également perçue comme un mécanisme complexe. Ainsi, sur la question de l'évaluation, la Cour de

---

[444] J. HERAIL, note sous Cass., 2e civ, 22 janvier 1992, *JCP éd. G, 1993*. II. 22031 : *« S'il est évident que l'attribution préférentielle implique une évaluation du bien en faisant l'objet, il ne s'ensuit nullement que sa valeur doit être fixée lors du jugement. En effet, la décision pose le principe de l'attribution, et c'est ce que rappelle la cour suprême ; elle oblige à placer le bien en faisant l'objet dans le lot du bénéficiaire, mais ne lui en confère pas la propriété, et ce n'est qu'au terme du partage que se produit l'attribution privative. Il faut distinguer : le principe de l'attribution qui ne nécessite pas une évaluation et l'attribution elle-même, opérée par le partage sur la base d'une estimation qui, selon une jurisprudence constante, doit se faire au jour du partage ou tout au moins, à une date la plus rapproché possible »*.

[445] Cass., 1e civ., 28 juin 2005, n° 04-13663, inédit.

[446] Cass., 1e civ., 1er décembre 2010, *JCP éd. N,* n° 20, 20 mai 2011, 1165, note J. MASSIP.

cassation a dû rappeler, dans un arrêt du 9 décembre 2009[447], que l'absence d'évaluation du bien concerné ne fait pas obstacle à son attribution préférentielle par le juge de la liquidation. En l'espèce, le divorce avait été prononcé en 2003. Un an plus tard, l'une des parties assignait l'autre en liquidation et partage de la communauté, en formulant, à cette occasion, une demande d'attribution préférentielle de l'immeuble dépendant de l'indivision post-communautaire. La Cour d'appel débouta l'ex-épouse de sa demande parce que la valeur de l'immeuble n'était pas précisée. C'est donc un arrêt de cassation qui fut rendu aux motifs que *« l'attribution préférentielle n'est pas subordonnée à l'évaluation préalable du bien, ni à l'établissement d'un compte entre les copartageants ».* Cette jurisprudence de la Cour de cassation est conforme aux textes mais la difficulté de sa mise en œuvre a été relevée par différents commentateurs[448].

La difficulté semble donc inhérente à l'attribution préférentielle, les questions pouvant se développer dans les mêmes termes au moment d'une instance en liquidation et en partage qu'au moment du prononcé du divorce. C'est donc le mécanisme de l'attribution préférentielle lui-même qui doit faire l'objet d'une réflexion, même si *« l'attribution préférentielle est rarement demandée en justice »*[449].

2. Une modification dans la position jurisprudentielle de la Cour de cassation

143. L'interprétation stricte de l'article 267 du Code civil a rencontré une opposition doctrinale (a) qui a trouvé un certain écho dans la jurisprudence de la Cour de cassation (b).

---

[447] Cass., 1e civ., 9 décembre 2009, *AJ fam.,* 2010, p. 47, note P. HILT. *JCP éd. G,* n° 17, 26 avril 2010, 487, note A. TISSERAND-MARTIN.

[448] P. HILT, obs sous Cass., 1e civ., 9 décembre 2009, *AJ fam.,* 2010, p. 47 : *« A certains égards, on peut néanmoins comprendre l'analyse menée par la cour d'appel. En exigeant une évaluation du bien ainsi qu'un compte entre copartageants, lesquels auraient permis de déterminer non seulement les droits de chaque partie sur le bien mais également le montant de l'éventuelle soulte à payer, les juges ont voulu s'assurer de la capacité de la demanderesse à payer la soulte que l'attribution aurait mise à sa charge »* ; A. TISSERAND-MARTIN note sous Cass., 1e civ., 9 décembre 2009, *JCP éd. G,* n° 17, 26 avril 2010, 487 : *« Très respectueuse de la lettre des textes, la solution est néanmoins sévère pour les juridictions du fond chargées d'apprécier l'opportunité de la demande d'attribution préférentielle, laquelle n'est jamais de droit dans les partages de communauté. Or, en pratique, celle-ci dépend bien souvent de l'aptitude du demandeur à verser la soulte destinée à rétablir l'équilibre en valeur entre les copartageants (...). Dans ces conditions, il est raisonnable de permettre au juge d'apprécier la solvabilité du demandeur au moment où la demande est présentée (...). Mais comment pourrait-il le faire s'il n'est pas à même d'avoir une idée de l'importance de la soulte à verser car il ne connaît ni les droits des parties dans la communauté à partager, ni la valeur de l'immeuble dont l'attribution est sollicitée ? ».*

[449] P. MALAURIE, *Les successions, les libéralités,* Defrénois, 5e éd., 2012, p. 472.

a. Une opposition doctrinale

144. Une opposition doctrinale.- Contrairement à la jurisprudence qui prônait son caractère limitatif[450], certains auteurs ont pu affirmer que l'énumération contenue dans l'article 267 du Code civil doit être considérée, pour des raisons d'efficacité[451], comme indicative[452]. Ainsi, *«il paraît raisonnable, dans un souci d'économie des moyens, de ne pas obliger les époux à mener un nouveau procès, alors que la question qui les divise peut être tranchée à l'occasion de l'instance en cours »*[453]. De surcroît, cette interprétation correspondrait à la volonté du législateur de concentrer les effets du divorce au moment de son prononcé afin d'éviter le contentieux pouvant intervenir ultérieurement[454]. Si avec la loi n°75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce[455], le législateur a effectivement voulu concentrer le règlement des effets du divorce, le caractère indicatif de l'article 267 du Code civil ne peut pour autant être défendu. Selon nous, l'interprétation littérale de l'article ne permet pas de douter de son caractère exhaustif.

En effet, si l'article 267 avait un caractère indicatif, quel serait l'intérêt de l'alinéa quatre qui prévoit que s*i le projet de liquidation du régime matrimonial établi par le notaire désigné sur le fondement du 10° de l'article 255 contient des informations suffisantes, le juge à la demande de l'un ou l'autre des époux, statue sur les désaccords persistant entre eux » ?* Selon la circulaire du 23 novembre 2004 de présentation de la loi relative au divorce, du décret portant réforme de la procédure en matière familiale et du décret fixant les modalités de substitution d'un capital à une rente allouée au titre de la prestation compensatoire[456],

---

[450] *Cf., supra* par. n° 137.
[451] J. MASSIP, note sous Cass., 2e. civ., 5 juin 1991 et 11 décembre 1991, *D.* 1992, Juris., p. 385.
[452] J. HAUSER, note sous Cass., 1e civ., 22 mars 2005, RTD*Civ.* 2005, p. 374; J. MASSIP, *op. cit., supra* note 338, p. 148.
[453] J MASSIP, note sous Cass., 2e civ., 5 juin 1991 et 11 décembre 1991, *D.* 1992, Juris., p. 385 : *« Le tribunal de grande instance est en effet la juridiction de droit commun, et on ne voit pas pourquoi il lui serait interdit de connaître, à l'occasion du procès de divorce, de questions qui lui sont incontestablement connexes, de problèmes qui ne sont que la conséquence de la décision prononcée »*. Le raisonnement tenu par rapport à la juridiction de droit commun a été reproduit, par l'auteur, pour le juge aux affaires familiales quand celui-ci a été créé. Depuis la loi du 12 mai 2009 qui attribue la liquidation et la partage des intérêts patrimoniaux des époux au juge aux affaires familiales, cela lui semble d'autant plus pertinent. *Cf.,* J. MASSIP, Les nouvelles attributions du juge aux affaires familiales en matière de régimes matrimoniaux et d'indivision, *JCP éd. N,* 2011, Etude 1086, p. 37.
[454] J. MASSIP, *op. cit., supra* note 338, p. 148, n° 144.
[455] A titre d'illustration, dans l'exposé des motifs du projet de loi relatif au divorce qui a abouti à la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, il est indiqué que l'un des axes de la réforme est de *« rendre les procédures plus efficaces et moins conflictuelles »*. Pour cela, il s'agit de *« favoriser les règlement complet de toutes les conséquences du divorce au moment de son prononcé ». « A cet effet, les époux sont incités, dès le début de la procédure, à préparer les conséquences patrimoniales de leur séparation »*.
[456] Référence de la circulaire : CIV 2004-16 C1/23-11-2004.

« l'objectif recherché ici est de permettre au juge de régler les éventuelles difficultés que soulève la liquidation, dès lors que celles-ci sont circonscrites, telle par exemple l'évaluation d'un immeuble, sans recourir à des mesures d'instruction complémentaires qui retarderaient le prononcé du divorce. Toutefois, cette faculté est limitée au cas où il a été fait application des dispositions du 10 de l'article 255 du code civil ». Ainsi, pour que le juge aux affaires familiales puisse traiter de toutes les questions de liquidation et de partage, en cas de désaccords des époux, il faut que les conditions de l'alinéa quatre de l'article 267 soient remplies[457]. Cette condition préalable peut être jugée regrettable[458], mais elle ne peut pour autant être écartée en l'état actuel de la rédaction de l'article 267 du Code civil.

De surcroît, le législateur privilégie le partage amiable. Ce n'est qu'à défaut d'accord des époux que la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux se feront dans le cadre d'un partage judiciaire. Même s'il est souhaitable, d'un point de vue psychologique, de tout concentrer au moment du divorce, il faut aussi savoir attendre que les conflits s'apaisent. En effet, dans un contexte de divorce, tout peut être sujet à conflit. Or plus tard, la tension aura baissé et les différents points qui restent à régler pourront être abordés de manière plus sereine, dans le cadre d'un partage amiable et non judiciaire.

Bien que le caractère exhaustif de l'article 267 du Code civil doive être retenu, il convient toutefois de se demander pour quelles raisons tel ou tel dispositif a été inclus dans le cadre de l'article 267. C'est peut-être tout simplement parce qu'ils correspondent à des mécanismes réglementés de manière précise dans le Code civil, tels le maintien dans l'indivision ou l'attribution préférentielle.

145. Nous avons pu démontrer que trancher en faveur du caractère exhaustif de l'article 267 semble préférable, et a des effets sur les pseudo-conflits. Cependant, ce n'est pas la voie suivie par la Cour de cassation, du moins pour la désignation du notaire de la liquidation.

---

[457] *« Or, un certain nombre de juge aux affaires familiales sont réticents à nommer un notaire car ils ne tiennent pas spécialement à devoir trancher ces « désaccords persistants » n'étant pas forcément, au sein du tribunal de grande instance, juge de la liquidation ». Cf.,* J. CASEY, Procédure de divorce et liquidation du régime matrimonial.- Le divorce de la raison et du possible ?, *Dr. fam.*, 2008, Etude 1, p. 8. Cette remarque est finalement toujours d'actualité car si le juge aux affaires familiales voit ses compétences augmentées en matière de liquidation et de partage et devient le juge de la liquidation, il doit toujours nommer un notaire s'il veut statuer sur les désaccords persistants au prononcé du divorce. Ainsi, si les juges ne s'emparent pas de cette matière, l'alinéa 4 de l'article 267 restera lettre morte.

[458] J. MASSIP, *op. cit., supra* note 338, p. 149, n° 145.

b. La désignation du notaire sur le fondement de l'article 267 du Code civil

146. Les arrêts de la Cour de cassation.- La Cour de cassation, par une série d'arrêts, s'éloigne d'une interprétation stricte de l'article 267 du Code civil. Ce mouvement jurisprudentiel a débuté avec un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 12 avril 2012. La Cour a considéré qu' *« en refusant de désigner un notaire, ce qui rendait impossible la mise en œuvre des opérations de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des époux, la Cour d'appel avait méconnu l'étendue de ses pouvoirs en violation des textes susvisés »,* c'est-à-dire les articles 267 et 267-1 du Code civil [459]. Cet arrêt fut suivi d'autres arrêts développant la même conception de l'article 267 du Code civil. La Cour de cassation rendit notamment trois arrêts le 7 novembre 2012. Dans un premier arrêt[460], elle affirme, en visant les articles 267 alinéa 1er et 1361 alinéa 2 du Code de procédure civile, que *« le juge en prononçant le divorce des époux ordonne la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux et, le cas échéant, désigne un notaire »*[461]. Dans un deuxième arrêt[462], la Cour de cassation, au seul visa de l'alinéa 1er de l'article 267 du Code civil, retient que la Cour d'appel a violé ce texte *« retenant qu'il n'y a pas lieu, d'ores et déjà, d'ordonner le partage de la communauté alors que la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux doivent être ordonnées par le juge qui prononce le divorce »*. Enfin, dans un troisième arrêt du même jour[463], au visa des articles 255, 10° et 267 alinéa 4 du Code civil, la Cour énonce que *« s'il a désigné un notaire lors de l'audience de conciliation pour élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager et si celui-ci contient des informations suffisantes, le juge aux affaires familiales a le pouvoir, en cas de désaccords persistant, de fixer l'indemnité d'occupation à l'occasion du prononcé du divorce »*.

---

[459] Cass., 1e civ., 12 avril 2012. En faveur de la décision : C. BRENNER, note sous Cass., 1e civ., 12 avril 2012, *D.* 2012, p. 2011 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, note sous Cass., 1e civ., 12 avril 2012, *Dr. fam.,* 2012, Comm. 96. J. HAUSER, note sous Cass., 1e civ., 12 avril 2012, RTD*Civ.,* 2012, p. 519. Pour des critiques vives de la décisions : S. DAVID, note sous Cass., 1e civ., 12 avril 2012, *AJ fam.,* 2012, p. 403; J. CASEY, note sous Cass., 1e civ, 12 avril 2012, *Gaz. Pal.,* 23 juin 2012, n° 175, p. 7.

[460] Cass., 1e civ., 7 novembre 2012, n° 12-17394, *Dr. fam.,* 2012, Comm. 179, note V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Procédures,* 2013, Comm. 19, note M. DOUCHY-OUDOT, *JCP éd. N*, n° 21, 24 mai 2013, 1144, note C. LESBATS. Cet arrêt fait l'objet d'une publication dans le Rapport annuel 2012 de la Cour de cassation.

[461] Il convient de noter que l'avis de l'avocat général allait dans un sens contraire.

[462] Cass., 1e civ., 7 novembre 2012, n° 11-10449, *Dr. fam.,* 2012, Comm. 179, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *AJ fam.,* 2013, p. 57, note E. BUAT-MENARD, *Procédures,* 2013, Comm. 19, note M. DOUCHY-OUDOT.

[463] Cass., 1e civ., 7 novembre 2012, n° 11-17377, *Dr. fam.,* 2012, Comm. 179, note V. LARRIBAU-TERNEYRE, *AJ fam.,* 2013, p. 55, note P. HILT, *Procédures*, 2013, Comm. 19, note M. DOUCHY-OUDOT.

147. La désignation d'un notaire par le juge aux affaires familiales.- Il paraît important de distinguer le premier arrêt des deux suivants, d'autant que la Cour de cassation reproduit à l'identique les termes de sa solution dans un arrêt du 11 septembre 2013[464]. En effet, seule la solution développée dans le premier arrêt du 7 novembre 2012 est venue remettre en cause l'interprétation jurisprudentielle du caractère exhaustif de l'article 267. Les deux autres arrêts ne sont qu'une application stricte de l'article 267 du Code Civil qui ne soulève pas de difficultés particulières. Pour l'un[465], il est indiqué que la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux doivent être ordonnés par le juge qui prononce le divorce. Rappelons que l'article 267 du Code civil dans son alinéa 1er prévoit justement qu' *« à défaut d'un règlement conventionnel par les époux, le juge, en prononçant le divorce, ordonne la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux »*[466]. Pour l'autre, nous avions déjà relevé que le pouvoir du juge de trancher les désaccords persistants dans certaines conditions, issu d'une interprétation littérale de l'article 267 du Code civil, est précisément un argument qui incitait à préférer le caractère exhaustif de l'article 267 du Code civil[467].

La solution de la Cour de cassation affirmant le pouvoir du juge aux affaires familiales de désigner un notaire lors du prononcé du divorce rencontre une approbation[468] et une désapprobation[469] doctrinales de même intensité. Pour étudier la solution de la Cour de cassation, il est nécessaire de prendre en compte les différents éléments de la problématique.

148. L'étude de la solution de la Cour de cassation au travers de la distinction pouvoir/compétence.- La distinction pouvoir/compétence constitue un critère d'analyse qui permet de percevoir la vraie question à régler. La première question qu'il convient de se poser est celle du pouvoir : au moment du prononcé du divorce, une demande pour la désignation d'un notaire peut-elle prospérer ? Si la réponse est positive, la seconde question portera sur la compétence. Il faudra ainsi se demander quel est alors le juge compétent pour y répondre.

---

[464] Cass., 1e civ., 11 septembre 2013, RTD*Civ.,* 2013, p. 826, note J. HAUSER.
[465] Cass., 1e civ., 7 novembre 2012, n° 11-10449, arrêt *cit., supra* note 462.
[466] J. REVEL, note sous Cass., 1e civ., 7 novembre 2012, n° 11-10449, *D.* 2013, p. 2248: *« La Cour de cassation a censuré sans surprise un arrêt d'appel qui, après avoir prononcé le divorce d'époux mariés sous le régime de la communauté, a estimé qu'il n'y avait pas lieu, « d'ores et déjà, d'ordonner le partage » de la communauté ».*
[467] *Cf., supra* par. n° 144.
[468] V. LARRIBAU-TERNERYRE, La fronde à la circulaire confirmée concernant les pouvoirs liquidatifs du JAF *, Dr. fam.,* 2012, Comm. 179.
[469] J. COMBRET, N. BAILLON-WIRTZ, Liquidation et partage après divorce : une réforme urgente s'impose, *Dr. fam.,* 2013, Etude 6.

Certes les compétences du juge aux affaires familiales ont augmenté, s'agissant de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux, toutefois cela ne signifie pas, qu'en l'état actuel des textes, il puisse liquider et partager à tout moment. Le juge aux affaires familiales détient tous les pouvoirs du juge de la liquidation mais seulement à partir du moment où le divorce est prononcé, c'est-à-dire lorsqu'il devient le juge de la liquidation et du partage[470].

En s'appuyant sur la même distinction pouvoir/compétence, il a été retenu, au contraire, que *« la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux que prévoit l'alinéa 1er (de l'article 267) (...) se place nécessairement dans la perspective de l'après divorce, du moment que les époux ne sont pas parvenus à s'accorder sur l'ensemble du règlement de leurs intérêts patrimoniaux »*[471]. Cependant, même si la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux concernent évidemment l'après-divorce, lorsque le juge aux affaires familiales *« ordonne la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux »,* il n'est pas encore le juge de la liquidation et du partage et ne peut en exercer les pouvoirs comme celui de désigner un notaire.

149. Le lien entre l'instance en divorce et celle en liquidation-partage.- Au-delà de cette question de la distinction pouvoir/compétence, il faut étudier la solution de la Cour de cassation à travers le lien de l'instance en divorce avec celle en liquidation et partage. Même si le juge aux affaires familiales s'occupe de ces deux matières, les instances sont-elles pour autant toujours distinctes ? En effet, s'il s'agit d'une même instance, le juge aux affaires familiales pourrait déjà mettre en œuvre les pouvoirs qu'il détient dans l'instance en liquidation et en partage, comme celui de désigner un notaire. Les positions doctrinales divergent sur cette question. Pour les uns, au-delà des pouvoirs bien circonscrits du juge aux affaires familiales dans le cadre de l'article 267 du Code civil, s'il fallait passer par un partage judiciaire, il s'agirait obligatoirement d'une autre procédure contentieuse de partage dans laquelle un notaire serait désigné[472]. Pour les autres, c'est une même instance qui se poursuit, et par conséquent, le juge aux affaires familiales peut désigner un notaire[473].

---

[470] Dans ce sens, E. BUAT-MENARD, Pouvoirs liquidatifs du juge du divorce : suite ou fin d'un imbroglio procédural ? *AJ fam.,* 2012, p. 610 : *« Le juge aux affaires familiales ne devrait (...) pas disposer, au moment du divorce, du pouvoir juridictionnel du juge du partage, sauf exceptions limitativement énumérées à l'article 267. La question de la désignation du notaire par le juge du divorce relève donc, selon nous, non de la problématique de la compétence du juge aux affaires familiales mais de celle du pouvoir du juge du divorce : bien que compétent tant pour le divorce que pour le partage, le juge aux affaires familiales prononçant le divorce ne peut exercer d'autres pouvoirs que ceux énoncés aux alinéas 2 à 4 de l'article 267 ».*

[471] C. BRENNER, note sous Cass., 1e civ., 12 avril 2012, arrêt *cit., supra* note 459.

[472] C'est la position exprimée dans la circulaire CIV/10/10 de présentation de l'article 14 de la loi n° 2009-526

En reprenant les arguments développés en faveur du caractère exhaustif de l'article 267 du Code civil[474], la solution des instances séparées doit prévaloir en l'état des textes[475].

150. Une interprétation jurisprudentielle à portée limitée.- La jurisprudence est-elle limitée à ordonner la désignation d'un notaire ou, au contraire, cela ouvre-t-il la voie à

---

du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures et du décret n° 2009-1591 du 17 décembre 2009 relatif à la procédure devant le juge aux affaires familiales en matière de régimes matrimoniaux et d'indivisions. Cette circulaire a précisé que les procédures de divorce et de liquidation-partage étaient distinctes. Différents auteurs défendent également cette position. *Cf.,* E. BUAT-MENARD, *art. cit., supra* note 362, p. : *« L'art. 267 c. civ. dispose que, à défaut de règlement conventionnel par les époux de leur régime matrimonial, le juge ne saurait y suppléer : il ne fait qu'ordonner la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux en même temps qu'il prononce le divorce. Ce faisant, le juge aux affaires familiales vide sa saisine et ne saurait, en conséquence, statuer sur les désaccords des époux au sujet du règlement de leur régime matrimonial »* ; J. REVEL note sous Cass., 1e civ., 12 avril 2012, *D.* 2013, p. 2248 : *« Le juge aux affaires familiales a (...) une compétence générale pour juger de la liquidation. Il est tenu d'ordonner la liquidation et le partage si les projets ne lui permettent pas de statuer. Pour autant, ce chef du dispositif n'est pas suffisant à vider le contentieux. Les époux devront introduire une nouvelle instance en partage du droit commun (art. 1361 s. c. pr. civ.) ».*

[473] J. MASSIP, Les nouvelles attributions du juge aux affaires familiales en matière de régimes matrimoniaux et d'indivision, *JCP éd. N,* 2011, Etude 1086, p. 37 : *« La solution nous paraît maintenant s'imposer avec la force de l'évidence puisque, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 12 mai 2009, c'est le JAF qui est compétent pour connaître de tout le contentieux relatif à la liquidation du régime matrimonial. Il serait absurde d'obliger le juge, lors du prononcé du divorce, à surseoir à statuer sur les désaccords des époux à propos de cette liquidation et à les renvoyer à une procédure ultérieure dont il sera lui-même appelé à connaître. Il eut été souhaitable pour éviter toute difficulté d'interprétation à ce sujet que la loi nouvelle ait modifié l'article 267 du Code civil pour préciser que le juge en prononçant le divorce a qualité pour statuer à la demande de l'un ou l'autre des époux sur les difficultés persistant entre eux quant à la liquidation du régime matrimonial chaque fois qu'il dispose, dans la procédure, des éléments nécessaires, ce qui aurait été, pour le coup, conforme à l'objectif proclamé de « simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures » et aurait assuré aux textes une cohérence qu'une interprétation restrictive de cet article adoptée par la circulaire du ministère de la Justice (...) ne lui conférerait pas ».*

[474] *Cf., supra* par. n° 144.

[475] L'article 267-1 du Code civil, dans son ancienne version issue de la loi du 26 mai 2004, mettait en place un encadrement des opérations de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des époux après le prononcé du divorce par l'instauration de délais. La lecture de cet article a créé un problème de passage entre le prononcé du divorce et l'introduction d'une instance en partage. (*Cf.,* C. LESBATS, note sous Cass., 1e civ., 12 avril 2012; Cass., 1e civ., 7 novembre 2012, *JCP éd. N,* n° 21, 24 mai 2013, 1144 : *« L'un des objectifs de la loi du 26 mai 2004 était d'intégrer les opérations de partage dans la procédure de divorce. L'ancien article 267-1 du Code civil, issu de cette loi, précisait que le notaire transmettait au tribunal un procès-verbal de difficultés. Ceci sous-entendait que le juge du divorce avait désigné un notaire pour les opérations de partage. On pouvait donc en déduire que l'instance se poursuivait, ce qui rendait inutile une assignation en partage judiciaire. Le décret du 23 décembre 2006 n'a pas remis en cause cette solution (...).* Précisons que selon l'auteur les modifications apportées par la loi du 12 mai 2009 ne change rien : *« Certes, la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 a créé un nouvel article 267-1 du Code civil (...). Mais la Cour de cassation précise, à juste titre que ce renvoi au droit commun n'interdit pas au juge de désigner un notaire. Elle retient ainsi, pensons-nous qu'il y a une seule instance en divorce et partage judiciaire »*). L'article 267-1, dans sa version issue de la loi du 12 mai 2009 du Code civil, semble éviter ce problème. Il renvoie le règlement des opérations de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des époux aux règles fixées par le code de procédure civile. M. AZAVANT, *art. cit., supra* note 186, p. 36 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, Infortune et regrets (à propos de la loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures : suite…), *Dr fam.,* 2009, Etude 33, p. 11 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, Opérations de liquidation après divorce : précisions, *Dr fam.,* 2010, Etude 3, p. 18 ; L. MAUGER- VIELPEAU, Le nouvel article 267-1 du Code civil- Une modification de la procédure de divorce passée inaperçue, *JCP éd. N,* 2009 Actu 699 ; C. ROTH, *art. cit., supra* note 393, p. 154.

d'autres demandes ? Il semble que le cœur du débat se concentre sur la désignation d'un notaire et que la Cour de cassation ne reconnaît pas d'autres pouvoirs au juge aux affaires familiales, ce qui démontre bien qu'au moment du prononcé du divorce, le juge aux affaires familiales n'est encore pas le juge de la liquidation et du partage. A titre d'illustration, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 27 mars 2014[476], a énoncé que *« selon les dispositions de l'article L. 213-3 2° du Code de l'organisation judiciaire, la compétence du juge aux affaires familiales et partant, celle de la cour lorsqu'elle statue sur l'appel d'un jugement de divorce, est limitée au divorce, à la séparation de corps, à la liquidation et au partage des intérêts patrimoniaux des époux ; que les conséquences du divorce sont définies par le Chapitre III du titre IV du livre 1er du Code civil et qu'il n'y figure pas le pouvoir pour le juge aux affaires familiales de statuer sur l'enrichissement sans cause ; que si la demande formée par Madame (...) est susceptible d'être rattachée à la liquidation du régime matrimonial, il y a lieu de rappeler qu'en application des dispositions de l'article 267 du Code civil, le juge prononçant le divorce, peut statuer sur les désaccords persistant entre les époux, lorsqu'un projet de liquidation du régime matrimonial, contenant des informations suffisantes, a été établi par un notaire désigné sur le fondement du 10° de l'article 255 du Code civil ; qu'en l'espèce, il n'a pas été désigné de notaire en application de ce dernier texte ; qu'en conséquence, le juge ne peut statuer sur cette demande laquelle est irrecevable ».*

La Cour de cassation[477], dans un arrêt antérieur à ceux du 7 novembre 2012 mais postérieur à celui du 12 avril 2012, a également décidé de retenir que la qualification d'un bien des époux ne peut être faite par le juge qui prononce le divorce. Selon la Cour, *« les contestations des époux relatives à la liquidation du régime matrimonial devaient être tranchées par le juge chargé de cette liquidation »*. En l'espèce, l'arrêt attaqué avait considéré qu'un fonds de commerce était un acquêt de la communauté et devait être partagé par moitié entre les époux lors de la liquidation de leur régime matrimonial.

151. Une intervention législative souhaitée.- Une modification législative semble nécessaire[478], notamment quant au lien entre les deux instances. C'est en sens qu'un projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans le domaine de la justice et des affaires intérieures a été enregistré à la Présidence du Sénat le 27 novembre

[476] CA Paris, 27 mars 2014, Juris-Data n° 2014-006305.
[477] Cass., 1e civ., 10 octobre 2012, *Dr. fam.,* 2013, Comm. 30, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

2013. L'article 2 du projet de loi énonce que *« (...) le gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance les mesures, (...), nécessaires pour (...) : 3° Articuler, en cas de divorce, l'intervention du juge aux affaires familiales et la procédure de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des époux »*[479].

Il convient de noter que deux questions se posent dans le cadre d'une éventuelle modification des textes. Il s'agit, d'une part, de clarifier le passage de l'instance en divorce à celle en liquidation-partage et, d'autre part, de réfléchir à d'éventuels pouvoirs liquidatifs du juge aux affaires familiales lors du prononcé du divorce[480]. Ce sont deux questions différentes.

---

[478] E. BUAT-MENARD, *art. cit., supra* note 470, p. 611 ; J. COMBRET, N. BAILLON-WIRTZ, *art. cit., supra* note 469, p. 6; P. HILT note sous Cass., 1e civ., 7 novembre 2012, arrêt *cit., supra* note 463, p. 56 .

[479] Dernière version telle qu'issue du texte n° 324 adopté par l'Assemblée nationale le 16 avril 2014 : *« Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance les mesures, relevant du domaine de la loi, nécessaires pour : (...) 3° Articuler, en cas de divorce, l'intervention du juge aux affaires familiales et la procédure de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des époux, en renforçant les pouvoirs liquidatifs du juge saisi d'une demande en divorce pour lui permettre, le cas échéant, de prendre des décisions relatives à la liquidation et au partage de leurs intérêts patrimoniaux ».*

[480] Réfléchir à l'intérêt d'adjoindre des pouvoirs liquidatifs au juge aux affaires familiales qui prononce le divorce n'étant pas l'objet de notre étude nous ne proposerons pas de modifications. Pour une proposition de modification de l'article 267 du Code civil : *Cf.,* J. CASEY, L'article 267 du Code civil : d'une symphonie inachevée à une symphonie fantastique, *Gaz. Pal.,* 2011, 28 mai 2011, n° 148, p. 7 ; J. MASSIP, *op. cit., supra* note 338, p. 149, n° 145 : *« Il est regrettable de subordonner au fond les pouvoirs du juge du divorce en matière de liquidation du régime matrimonial à une condition purement procédural, à savoir la désignation, au titre des mesures provisoires, d'un notaire chargé d'établir un projet de liquidation du régime matrimonial. Il se peut qu'aucun notaire n'ai été désigné et que la difficulté à trancher soir parfaitement identifiée. Il aurait suffi d'écrire, dans le texte, que le juge du divorce a qualité pour statuer, à la demande de l'un ou l'autre des époux, sur les désaccords existants entre eux quant à la liquidation de leur régime matrimonial, chaque fois qu'il dispose, dans la procédure, des éléments nécessaires ».*

Conclusion de la Section 1

152. La centralisation des compétences auprès du juge aux affaires familiales.- Avec la loi du 12 mai 2009, le juge aux affaires familiales est toujours le juge du divorce mais il devient également le juge de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux des époux.

153. Un effet limité sur les conflits.- La réunion des compétences entre les mains du juge aux affaires familiales a eu des effets sur quelques conflits réels. Cependant, elle n'a pu avoir d'effets sur les pseudo-conflits qui pourtant étaient les plus nombreux. Tout simplement parce qu'en matière de pseudo-conflits, ce n'est pas la compétence du juge aux affaires familiales qui est en jeu mais ses pouvoirs liquidatifs.

Proposer une modification des pouvoirs liquidatifs du juge aux affaires familiales dépasse le cadre de cette étude qui n'a pu que démontrer la réelle nature du problème posé par l'article 267 du Code civil.

154. Il convient à présent de nous intéresser à une problématique commune à l'ensemble des couples.

Section 2.

Une problématique commune aux trois types de couple

155. La juste signification de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux.- Le juge aux affaires familiales est désormais compétent, hors ses compétences spécifiques au moment du prononcé du divorce, pour la *« liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux, des personnes liées par un pacte civil de solidarité et des concubins »,* et ceci quel que qu'en soit le moment et quelle que qu'en soit la cause, mis à part le décès et l'absence déclarée. L'élucidation de l'expression *« liquidation et partage des intérêts patrimoniaux »* intéresse ainsi les trois types de couple. Les intérêts patrimoniaux, contrairement à l'indivision ou au régime matrimonial, ne correspondent pas à une catégorie juridique précise. Ce sont des termes du langage courant, susceptibles d'interprétation encore plus large que les termes techniques juridiques. Il faut donc s'atteler à la définition la plus juste afin d'éviter la survenance de conflits réels, le juge aux affaires familiales n'étant compétent que pour ce qui ressort réellement de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux. Encore une question de fond importante pour la détermination de la compétence.

156. Annonce de plan.- Après avoir déterminé les limites matérielles des intérêts patrimoniaux en jeu (Paragraphe 1), il sera nécessaire de s'intéresser aux limites temporelles de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les limites matérielles

157. Lorsqu'il s'agit de définir ce que contient la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux, deux hypothèses peuvent être formulées. Tout d'abord, l'expression analysée peut inclure uniquement les conséquences relatives à la répartition des biens indivis ou communs, parce que les définitions usuelles[481] de liquidation et de partage se rapportent à une

[481] G. CORNU (dir.), *op. cit., supra* note 15, v° Liquidation : *« (premier sens) : Clarification (le terme fait ici référence à l'un des symboles de l'eau, la limpidité, attribut de l'eau transparente et pure (...) ; opération globale de mise au clair d'une masse à partager (ex. liquidation d'une succession, d'une communauté) ; suite d'opérations comptables, préalables au partage, qui consistent à isoler la masse à partager et à fixer les droits de chaque copartageant (après avoir en général désintéressé les créanciers de la succession ou de la communauté) (second sens) : « Plus largement, opération par laquelle on apure, règle et solde des comptes*

masse à partager. Ensuite, l'expression peut être entendue, de manière plus extensive, comme comprenant non seulement la répartition de l'ensemble des intérêts pécuniaires, c'est-à-dire les biens immobiliers et mobiliers, mais également l'attribution des créances et d'éventuelles indemnités. Si l'inclusion de la répartition des biens va de soi (A), force est de constater que les questions relatives aux créances et aux indemnités au sein du couple sont plus complexes (B).

A. La répartition des biens

158. Le juge aux affaires familiales est compétent pour la répartition des biens mais selon les règles spécifiques à chaque catégorie de couple (1) et certains biens lui échappent (2).

1. L'existence de règles différentes selon les catégories de couple

159. Des règles différentes selon les catégories de couple.- Si le juge aux affaires familiales est, de manière évidente, compétent en matière de répartition des biens de tous les couples, le juge ne peut employer que le droit substantiel spécifique à chaque couple, lorsqu'il doit liquider et répartir leurs biens. Les règles du régime matrimonial s'appliquent ainsi dans la répartition des biens des couples mariés. Quant aux couples non mariés, en l'absence de régime[482], ce sont les techniques de droit commun contenues dans le droit des contrats ou le

---

après en avoir déterminé le montant de manière définitive » ; v° Partage : *« Opération à effet déclaratif par laquelle les copropriétaires d'un bien ou d'une universalité (succession, communauté) mettant fin à l'indivision, en attribuant à chaque copartageant, à titre privatif, une portion concrète de biens (terrains, titres, argent liquide, bijoux) destinés à composer son lot ; désigne selon les cas, soit, dans l'ensemble de ses opérations, l'acte (juridique) de partage (convention de partage, partage fait en justice), soit plus spécialement, l'opération matérielle de répartition des biens en lots distincts (formation et répartition des lots) ».*

[482] Ph. MALAURIE, L. AYNES, *op. cit., supra* note 136, p. 2 : *« Le régime matrimonial est lié au mariage ; les biens des concubins ne sont pas soumis à un « régime », c'est-à-dire à un système d'ensemble affectant les biens aux besoins du ménage, mais au droit commun des biens et des contrats ». Une loi du 5 novembre 1999, modifiée en 2006, (...), a introduit dans le Code civil, le Pacte civil de solidarité (Pacs) sous les articles 515-1 à 515-7, une sorte de sous-mariage à mi-chemin du concubinage inorganisé ou du mariage, créant un quasi-régime quasi matrimonial ». Adde*, Les membres du couple peuvent avoir prévu certaines choses. *Cf.,* pour les partenaires : T. FOSSIER, « Le pacte civil de solidarité et le tribunal » in Etudes offertes à J. RUBELLIN-DEVICHI, *Des concubinages- Droit interne- Droit international- Droit comparé,* Litec, 2002, p. 126 : *« Certes, il a pu être prudent de prévoir, dès la convention d'origine, les conditions détaillées de cette liquidation, en cas de mort ou de rupture de pacte. Mais, même dans cette hypothèse (...), tout ne sera pas résolu (...). Il en est d'autant plus ainsi que l'article 832 sur les diverses attributions préférentielles admises par la loi est applicable (...), de même que le droit de conservation du bail d'habitation (...). Les tribunaux auront recours, selon toute vraisemblance, à l'arsenal dont ils se servent déjà pour organiser la rupture entre concubins : l'enrichissement*

droit des biens[483], comme la société créée de fait, l'enrichissement sans cause[484] qui seront choisies.

160. L'absence de norme substantielle en matière d'attribution préférentielle pour les concubins.- Il est certain que l'existence d'un juge commun pour les couples ne signifie pas l'application de mêmes règles. C'est ce que va montrer l'attribution préférentielle. Si des concubins sont titulaires tous les deux du droit au bail et que l'un souhaite conserver le logement et qu'il sollicite une intervention judiciaire en ce sens, le juge ne peut répondre à cette demande[485]. Ce n'est pas une question de compétence, mais un droit substantiel qui n'existe pas en faveur des concubins. En effet, si l'article 1751 du Code civil en son alinéa 2 prévoit qu'*« en cas de divorce ou de séparation de corps ce droit* (au bail) *pourrait être attribué, en considération des intérêts sociaux et familiaux en cause, par la juridiction saisie de la demande en divorce ou en séparation de corps, à l'un des époux, sous réserve des droits à récompense ou à indemnité au profit de l'autre époux »* et si l'article 1751-1 du Code civil met en place un mécanisme similaire pour les partenaires de Pacs, rien de tel n'existe pour les concubins.

De la même manière, l'attribution préférentielle d'un bien immobilier, dans le cadre des couples non mariés, n'existe que pour les partenaires, propriétaires d'un même bien[486].

161. Le refus du raisonnement par analogie.- Le raisonnement par analogie n'a jamais été accepté par la Cour de cassation en ce domaine[487]. Il est important de le noter car le terme

---

sans cause, la gestion d'affaires, la société de fait parfois, même si l'article 515-5 permet de résoudre autrement une part des difficultés ». Pour les concubins, S. CASTAGNE, *art. cit., supra* note 153, p. 24 : *« Quoiqu'il en soit, de nos jours, rien n'empêche les concubins de passer un contrat, par analogie au contrat de mariage, relatif à leurs relations patrimoniales et se doter ainsi d'un dispositif les soumettant : - au statut patrimonial des époux (...) ; ou plus opportunément à l'indivision ».*

[483] A. PROTHAIS, Le droit commun palliant l'imprévoyance des concubins dans leurs relations pécuniaires entre eux, *JCP éd.G,* 1990, I, Doct. 1440.

[484] Dans ce sens, *cf.*, Circulaire n° CIV/10/10 du 16 juin 2010 du ministère de la Justice : *« sous réserve de l'interprétation souveraine des juridictions, la loi visant à renforcer et centraliser les compétences entre les mains du juge aux affaires familiales, sa compétence devrait pourvoir être étendue à toutes les actions d'ordre patrimonial quel que soit leur fondement juridique (enrichissement sans cause, société créée de fait…) ».*

[485] CA Chambéry, 20 juin 2005, *Dr fam.,* 2006, Comm. 25, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

[486] V. BONNET, *op. cit. supra* note 22, p. 320 ; J-J. LEMOULAND, *op. cit., supra* note 5, p. 418.

[487] Plus spécifiquement pour l'attribution préférentielle d'un bien immobilier : Cass., 1e civ., 9 décembre 2003, *Dr. fam.,* 2004, Comm. 40, note B. BEIGNIER. *Adde,* CA Toulouse, 12 avril 2005, CA Aix-en-Provence, 6 novembre 2005, *Dr fam.,* 2005, comm. 262, note V. LARRIBAU-TERNEYRE. Pour la question de savoir si l'attribution préférentielle peut être demandée en cas de société de fait entre concubins, *cf.,* V. LARRIBAU-TERNEYRE note sous CA Aix-en-Provence, 6 novembre 2005, *Dr fam.,* 2005, Comm. 262 : *« Dès lors que l'on accorde aux concubins le bénéfice de la société de fait (...) il n'y a pas réellement de raison d'écarter, au seul prétexte du concubinage, l'article 1844-9, qui permet l'attribution préférentielle entre associés ».*

de compétence peut être utilisé dans certaines décisions telles l'ordonnance du tribunal de grande instance de Paris du 15 mars 1994 qui énonce que *« le juge aux affaires familiales est incompétent pour statuer en cas de séparation sur le droit au bail ou sur la jouissance d'un appartement loué par un des concubins »*[488]. Il est clair qu'il ne s'agit pas d'une question de compétence mais d'un droit substantiel inexistant.

La loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010, relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, a toutefois permis l'attribution de la jouissance du logement dans ce contexte particulier de violences. En effet, l'article 515-11 du Code civil prévoit que le juge aux affaires familiales est compétent pour *« attribuer la jouissance du logement ou de la résidence du couple au partenaire ou au concubin qui n'est pas l'auteur des violences et préciser les modalités de prise en charge des frais afférents à ce logement ».* Mais, la durée des mesures, résultant de l'ordonnance de protection, est de six mois[489]. Les modifications apportées par cette loi ne permettent pas de conclure que *« s'agissant du logement, la nouvelle compétence du JAF en matière de concubinage et de Pacs*[490] *lui permet de l'attribuer durablement à la partie demanderesse, si toutefois elle en est copropriétaire ou colocataire »*[491]. Ce n'est que pendant la durée de l'ordonnance de protection que la jouissance du logement peut être attribuée, par une intervention judiciaire.

162. L'absence d'incidence des nouvelles compétences du juge aux affaires familiales en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux.- La nouvelle

---

[488] TGI Paris, 15 mars 1994, Juris-Data n° 1994-042069.

[489] Article 515-12 du Code civil, dans sa version issue de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 : *« Les mesures mentionnées à l'article 515-11 sont prises pour une durée maximale de six mois à compter de la notification de l'ordonnance. Elles peuvent être prolongées au-delà si, durant ce délai, une requête en divorce ou en séparation de corps a été déposée ou si le juge aux affaires familiales a été saisi d'une requête relative à l'exercice de l'autorité parentale (...) »*. M. DOUCHY-OUDOT, Quelle protection contre les violences au sein des couples ? *Procédures*, 2010, Etude 9, p. 6 : *« La seule différence qui demeure est relative à la durée de la mesure, puisque seuls les époux pourront bénéficier d'une prolongation des mesures adoptées au-delà du délai de quatre mois prévu à l'article 515-12 du Code civil lorsqu'ils auront déposé une requête en divorce ou en séparation de corps. Rien ne fait obstacle, toutefois, pour les couples non mariés à une nouvelle saisine du juge aux affaires familiales si, à l'issue du délai, les violences persistaient »* ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, Les aspects civils de la loi relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, *RLDC*, 2010, p. 43 : *« Le JAF peut donc parfaitement évincer un époux ou concubin violent d'un logement dont il est le seul propriétaire ou locataire, et l'obliger provisoirement à prendre en charge les frais de logement de sa victime. Les relations juridiques entre un éventuel bailleur et le concubin autorisé à demeurer dans le logement dont il n'est locataire pourront alors susciter des difficultés ».*

[490] En note de renvoi, l'auteur indique que *« depuis la loi du 12 mai 2009, l'article L. 213-3, 1°, du Code de l'organisation judiciaire donne compétence au JAF en matière d'indivision entre concubin ou personnes pacsées ».*

compétence du juge aux affaires familiales en matière de liquidation des intérêts patrimoniaux ne permet pas de répondre à une demande d'attribution préférentielle formulée par l'un des concubins. La problématique avait déjà surgi lorsque le juge aux affaires familiales n'était pas spécifiquement désigné pour le contentieux de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux. La nouvelle compétence du juge aux affaires familiales ne peut avoir comme conséquence la création de nouvelles normes substantielles ou l'extension de certains droits des couples mariés aux couples non mariés. Le droit substantiel n'a pas été modifié. Seule la compétence d'attribution l'a été. Il est important de le souligner afin de ne pas créer de pseudo-conflits.

163. Intéressons nous, à présent, à la répartition d'une société.

2. La répartition d'un bien spécifique : la société, l'occasion d'un conflit apparent

164. La compétence pour la dissolution de la société.- Les couples peuvent opter pour la forme sociétale en vue d'organiser leurs intérêts patrimoniaux. La rupture du couple n'emporte pas, *de facto,* la dissolution de la société[492], sauf si cela avait été prévu dans les statuts. Ainsi, la société peut survivre à la séparation du couple. Cependant, l'article 1844-7, 5° du Code civil prévoit que la société prend fin *« par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société ».* La mésentente entre les époux a été retenue par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 11 janvier 2000[493], comme des justes motifs, qui peuvent entraîner la dissolution anticipée de la société. En l'espèce, les époux étaient associés dans des sociétés civiles immobilières (SCI). Une instance en divorce avait été engagée et des plaintes au pénal déposées. En première instance, l'épouse avait été déboutée de sa demande de dissolution anticipée des SCI, les juges ne retenant pas la mésentente entre époux comme une mésentente

---

[491] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *art. cit., supra* note 489, p. 48.
[492] Plus spécifiquement pour le couple marié. *Cf.,* C. BLANCHARD, La SCI après le prononcé du divorce. Le droit des sociétés, *AJ fam.,* 2014, p. 229 : *« Une fois le divorce prononcé, il est mis un terme à la crise conjugale. Cependant, si le couple a pris fin, la société continue d'exister, puisque l'un comme l'autre mènent des vies parallèles. Et l'on entrevoit alors toute la difficulté de compter dans la même société des associés qui ont divorcé au prix d'une procédure parfois houleuse. Pourtant, leur divorce est en soi sans incidence sur la société qui ne s'achève pas par la dissolution du mariage des associés ».*
[493] CA Paris, 11 janvier 2000, *RJPF*, mai 2000, p. 16, note B. FAGES.

entre associés. Un appel avait été formé et la Cour d'appel avait infirmé le jugement de première instance, constatant notamment que *« la mésentente entre les associés est évidente »*. La conséquence en avait été la dissolution anticipée des SCI[494].

Le juge aux affaires familiales est-il, au titre de sa compétence en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux, compétent pour la dissolution pour justes motifs d'une société[495] ? Finalement, la question est mal posée. Certes, il y a une dimension patrimoniale, mais la liquidation de la société n'est que la conséquence nécessaire de sa dissolution pour justes motifs. Ainsi, le parallèle est plutôt à mettre en place avec l'intervention judiciaire en matière de rupture de couple. La comparaison ne serait pertinente qu'avec les couples mariés, puisque il n'y a pas d'intervention judiciaire pour la rupture des couples non mariés. Il est vrai que le juge aux affaires familiales est compétent pour le divorce. Mais si la ressemblance est certaine entre la fin d'un couple et la fin d'une société, il est plus cohérent d'exclure la compétence du juge aux affaires familiales.

165. Les parts sociales de la société.- Si le juge aux affaires ne peut être reconnu compétent pour la dissolution de la société, il peut avoir à connaître des parts sociales de cette société dans une instance en liquidation et partage des intérêts patrimoniaux[496]. Les deux questions, dissolution de la société et attribution des parts sociales, doivent être dissociées pour que la compétence d'attribution apparaisse clairement.

166. Il y a lieu à présent d'étudier les autres questions à dimension pécuniaire qui pourraient être considérées comme partie intégrante de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux.

B. Les autres questions à dimension pécuniaire

167. Il convient de vérifier la compétence d'attribution pour les actions en responsabilité civile (1) et pour les créances au sein du couple (2).

---

[494] Pour d'autres exemples de mésententes entre membres d'un couple provoquant la dissolution de la société. *Cf.,* G. GIL, Mésentente conjugale et droit des sociétés, *RJPF*, janvier 2011, p. 10.

[495] La même question pourrait se poser si ce n'est pas la dissolution de la société qui est en jeu mais la demande de retrait de la part d'un associé. *Cf.,* C. BLANCHARD, *art. cit., supra* note 492, p. 229.

[496] Spécifiquement pour les couples mariés, au moment du prononcé du divorce, le juge aux affaires familiales peut connaître d'une attribution préférentielle des parts sociales d'une société. *Cf.*, S. TRAVADE-LANNOY, La SCI et le prononcé du divorce- Les pouvoirs du juge du divorce, *AJ fam.,* 2014, p. 226.

1. Les actions en responsabilité civile

168. La problématique.- Des actions en responsabilité civile peuvent être engagées quelle que soit la situation juridique du couple. Il s'agit essentiellement de responsabilité délictuelle mais il peut s'agir de responsabilité contractuelle dans le cas du Pacs qui peut être considéré comme un contrat. En dehors de la situation spécifique du couple marié[497], la rupture, en tant que telle, ne peut constituer une faute ouvrant droit à des dommages et intérêts. Toutefois, les circonstances de la rupture peuvent engager cette responsabilité, tout comme les fautes commises pendant la vie commune[498]. Il s'agit alors de déterminer si les actions en responsabilité relèvent de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux et, par conséquent, de la compétence du juge aux affaires familiales. Il convient de noter que cette question se pose car l'action en responsabilité civile n'a pas comme objectif premier de permettre ni une liquidation ni une répartition des biens. Afin de résoudre cette interrogation, il est nécessaire d'étudier, dans un premier temps les articles qui s'y rapportent. Si l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire ne mentionne pas expressément une compétence du juge aux affaires familiales pour une action en responsabilité civile, il y a lieu d'étudier les dispositions de droit substantiel consacrées aux couples mariés et aux partenaires de Pacs[499].

169. La liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux causés par le divorce.- Pour les couples mariés, le premier article dont il s'agit est l'article 267 du Code civil. Certes, cet article est lié au moment particulier du prononcé du divorce. Même si le juge aux affaires familiales y a certains pouvoirs liquidatifs, il ne s'agit pas d'une instance en liquidation et en partage des intérêts patrimoniaux. Ainsi, les conclusions qui pourraient découler de l'étude de

---

[497] L'article 266 du Code civil y est spécifiquement consacré et prévoit que *« sans préjudice de l'application de l'article 270, des dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu'il était défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu'il n'avait lui-même formé aucune demande en divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint. La demande ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce »*.

[498] A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « Responsabilité civile et rupture unilatérale du concubinage », in Etudes offertes à J. RUBELLIN-DEVICHI, *op. cit., supra* note 303, p. 259 : *« La liberté n'exclut pas la responsabilité lorsqu'il existe un préjudice distinct de la rupture elle-même. Cette idée se retrouve dans le cadre du divorce, puisque la jurisprudence a pu admettre l'action d'un époux contre l'autre sur le fondement de l'article 1382, pour obtenir réparation d'un dommage étranger à celui résultant de la rupture du lien conjugal »*.

[499] Il est nécessaire de rappeler qu'en matière de concubinage un seul article y est consacré dans le Code civil. La disposition est relative à la définition de ce couple et n'apporte aucun élément quant aux effets produits par le concubinage.

cet article ne peuvent s'appliquer complètement à l'instance en liquidation et en partage des intérêts patrimoniaux.

Cette précision apportée, il convient de relever que la question de l'inclusion d'une éventuelle action en responsabilité civile dans le cadre de l'article 267 n'a jamais été posée clairement en jurisprudence. Et, si elle l'avait été, il faudrait certainement conclure à l'exclusion de l'action en responsabilité civile, étant donné le caractère limitatif de l'article 267[500]. Toutefois, la jurisprudence a admis l'action en responsabilité sur la base de l'article 1382 du Code civil, lors d'une procédure en divorce, alors même qu'il n'existe aucun article spécifique qui prévoit cette possibilité[501]. Il y a bien l'article 266 du Code civil mais ce dernier est relatif à une situation précise et la jurisprudence s'attache à démontrer la différence avec l'article 1382 du Code civil[502].

Si l'article 267 du code civil n'apporte aucun élément, aucun autre fondement textuel ne peut associer l'action fondée sur l'article 1382 du Code civil aux opérations de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des époux.

170. L'analyse des articles consacrés aux couples de partenaires.- Pour les partenaires de Pacs, l'étude de l'article 515-7 alinéa 10 est riche d'enseignements. Cet article énonce qu' *« à défaut d'accord, le juge statue sur les conséquences patrimoniales de la rupture, sans préjudice de la réparation du dommage éventuellement subi ». « La réparation du dommage subi »* correspond à l'objectif de la responsabilité civile, entendue comme l' *« obligation de répondre civilement du dommage que l'on a causé à autrui, c'est-à-dire de réparer en nature ou par équivalent (notamment en versant une indemnité) »*[503].

---

[500] *Cf., supra* par. n° 150.

[501] A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « Responsabilité civile et rupture unilatérale du concubinage », in Etudes offertes à J. RUBELLIN-DEVICHI, *op. cit., supra* note 303, p. 261 : *« Dans une proposition de loi relative à la réforme du divorce (texte adopté en première lecture à l'Assemblée nationale le 10 octobre 2001), il était prévu que « le juge peut aussi, à l'occasion de la procédure de divorce, être saisi par un époux d'une demande de dommages-intérêts à l'encontre de l'autre sur le fondement de l'article 1382 ». Cette disposition consacre la possibilité, déjà admise par la jurisprudence, pour un époux de recourir à la responsabilité civile pour obtenir réparation d'un préjudice qui n'est pas réparé sur le fondement des dispositions relatives au divorce ».*

[502] *Cf.,* Cass., 1e civ., 6 juillet 2005, *Dr. fam.,* 2005, Comm. 212, note V. LARRIBAU-TERNEYRE, RTD*Civ.,* 2005, p. 767, note J. HAUSER : *« Les dommages-intérêts prévus par l'article 266 réparent le préjudice causé par la rupture du lien conjugal tandis que ceux prévus par l'article 1382 réparent le préjudice résultant de toute autre circonstance ».*

[503] G. CORNU, *op. cit., supra* note 15, v° Responsabilité, en un sens générique qui englobe la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle.

Il y a lieu de se demander si le juge aux affaires familiales, compétent[504] pour les conséquences patrimoniales de l'article 515-7 du Code civil, est, à ce titre, compétent pour les actions en responsabilité civile. Il convient de définir le sens de l'expression *« sans préjudice »*[505] qui sépare les *« conséquences patrimoniales de la rupture »* de la *« réparation du dommage éventuellement subi ».* De l'emploi de l'expression *« sans préjudice »,* il peut simplement être déduit que s'il est statué sur les conséquences patrimoniales, l'action en responsabilité n'est pas exclue. Cela n'implique pas que le juge aux affaires familiales est également compétent pour l'action en responsabilité.

Une seconde interprétation peut être apportée. Dans l'article 515-7 alinéa 10, il y a un seul sujet « le juge ». Selon l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, celui-ci est le juge aux affaires familiales, juge qui s'occuperait alors des conséquences patrimoniales et des actions en responsabilité civile[506].

Nous sommes en présence d'arguments non décisifs, les deux interprétations étant envisageables.

171. L'analyse du Code de procédure civile.- Ni les codes de droit substantiel, ni le Code de procédure civile n'apportent de réponse définitive. Le décret n° 2009-1591 du 17 décembre 2009, en intégrant dans le Code de procédure civile une section consacrée à la procédure découlant des nouvelles compétences du juge aux affaires familiales notamment en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux, apporte des éléments de réflexion. La section est, en effet, intitulée : *« Le fonctionnement, la liquidation et le partage des régimes matrimoniaux et des indivisions entre personnes liées par un pacte civil de solidarité ou entre concubins »*. Force est de constater qu'il n'est fait mention que de régimes matrimoniaux et

---

[504] *Cf.,* article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.

[505] G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 3e éd., 2005, p. 306 : *« Des réserves proprement dites qui s'annoncent par la formule « sous réserve de… », on peut rapprocher des références qui ne se confondent cependant pas avec les premières. Il arrive que le législateur érige une règle « sans préjudice » de l'application d'une autre règle ou du jeu d'une autre institution (…). Une telle restriction constitue bien, lato sensu, un renvoi ou une réserve. Mais le souci spécifique qui l'anime est de marquer que la disposition à laquelle elle est attachée n'affecte pas l'application de la disposition protégée. Une règle érigée « sans préjudice » de l'application d'une autre laisse jouer cette dernière (dans son domaine, ou sur un autre plan). Elle ne lui porte pas atteint ; elle n'y fait pas obstacle. (…). Il s'agit, non d'un réglage précis comme dans une réserve stricto sensu, mais d'une précaution législative »*.

[506] Dans ce sens. *Cf.,* X. LABBEE, *art. cit., supra* note 285, p. 2055, : *« Reste à se demander s'il faut inclure dans la « liquidation des intérêts patrimoniaux » l'action en responsabilité contractuelle (issue de la rupture abusive du pacte) ou délictuelle (issue de la rupture fautive du concubinage). Un argument de texte nous permet de le penser : l'article 515-7 pour le pacte nous dit que « le juge statue sur les conséquences de la rupture sans préjudice de la réparation du préjudice subi ». C'est bien le même juge qui est désigné par le législateur pour l'ensemble de l'aspect « patrimonial » de la rupture »*.

d'indivisions. Les intérêts patrimoniaux seraient ainsi entendus comme la somme des régimes matrimoniaux et des indivisions[507]. Cependant, il convient de relativiser cette conclusion car il ne s'agit que d'un titre.

172. L'apport d'éléments non textuels.- L'analyse entreprise n'ayant pas permis d'aboutir à une réponse claire, il faut maintenant s'intéresser à d'autres aspects. Il peut être ainsi relevé que la dimension pécuniaire constitue un point de convergence entre les différentes opérations. En effet, dans le cadre de la responsabilité civile, le préjudice peut être financier et le résultat, les dommages et intérêts, est une somme d'argent. Si la dimension pécuniaire incite à la convergence des opérations, il en va différemment lorsqu'il s'agit de l'objectif des opérations. En effet, la réparation d'un préjudice peut exister même en l'absence de patrimoine à partager. Ce qui démontrerait la différence entre les actions en responsabilité civile et les opérations de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux[508].

173. Pertinence de l'inclusion.- La cohérence voudrait que le même juge s'occupe de la liquidation, du partage et des actions en responsabilité. Il faut toutefois noter que ce critère de cohérence peut être mis à mal par des actions en responsabilité qui seraient engagées en dehors de l'instance en liquidation et en partage des intérêts patrimoniaux.

174. L'existence d'un conflit réel.- Nous n'avons pu établir avec certitude la compétence du juge aux affaires familiales pour les actions en responsabilité civile. Ces dernières étant des actions personnelles, les juridictions compétentes pour ces actions peuvent également être reconnues compétentes[509]. Il y a donc un conflit réel. Si la compétence du juge aux affaires

---

[507] Dans ce sens, M. AZAVANT, *art. cit., supra* note 186, p. 37 : *« Au reste, le titre de la section qui se réfère à la liquidation et au partage des indivisions, sa place qui vient après le divorce, et l'association avec la liquidation des régimes matrimoniaux, montrent qu'il s'agit bien d'un partage et d'une liquidation des biens dont il est question »*.

[508] M. AZAVANT, *art. cit., supra* note 186, p. 37 *: « L'expression de « liquidation et partage des intérêts patrimoniaux » visée par l'article 14, 2° de la loi et par l'article 1136-1 nouveau du Code de procédure civile ne nous semble pas pouvoir recouvrir ces questions. L'allocation de dommages et intérêts à l'un des partenaires ou à l'un des concubins ne découle pas du partage ou de la liquidation des intérêts patrimoniaux mais bien du préjudice occasionné par la façon de rompre. Sorte « d'aiguillon moral » ces actions conserveraient toute leur raison d'être n'y aurait-il rien à liquider ou rien à partager»*.

[509] *Cf.,* J. MASSIP, Les nouvelles attributions du juge aux affaires familiales en matière de régimes matrimoniaux et d'indivision, *JCP éd. N*, 2011, Etude 1086, p. 33 : *« Quant aux actions en responsabilité intentées en raison d'une rupture fautive d'un concubinage elles continueraient à relever de la juridiction de droit commun, c'est-à-dire du tribunal de grande instance (...), solution qui nous paraît aussi contraire au souhait de la loi du 12 mai 2009 de regrouper entre les mains du JAF tous les litiges entre concubins, étant au surplus observé qu'en cas de divorce c'est ce magistrat qui connaîtra des actions en responsabilité fondées sur les articles 266 et 1382 du Code civil »* ; M. AZAVANT, *art. cit., supra* note 186, p. 37 : *« Comment ne pas s'interroger dès lors sur le juge*

familiales devait être reconnue, il faudrait envisager une disposition spécifique à insérer à l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.

2. Les créances au sein du couple

175. L'existence de créances au sein du couple.- Au sein du couple, un rapport d'obligation a pu s'instaurer, l'un étant créancier, l'autre débiteur[510]. Les créances peuvent avoir des sources diverses[511] : l'un des membres du couple a réglé la dette de l'autre, a financé une construction sur un bien personnel appartenant à l'autre ou a soldé une créance de dommages et intérêts. Il convient de se demander si lorsqu'un membre du couple demande le paiement de sa créance, il doit saisir le juge aux affaires familiales au titre de sa compétence en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux. Aucune indication textuelle

---

compétent pour connaître des actions en responsabilité contractuelles issues de la rupture abusive du pacte civil de solidarité et des actions en responsabilité délictuelle issues de la rupture fautive du concubinage. (...).Même si on peut le regretter pour la cohérence du système (...) force est d'admettre qu'en l'état des textes le tribunal de grande instance demeure compétent » ; J-J. LEMOULAND, *op. cit. supra* note 5, p. 420 : *« Désormais, depuis la loi du 12 mai 2009 (...), la compétence pour connaître de la liquidation et du partage des intérêts entre personnes liées par un PACS est confiée au JAF. Mais (...) la compétence reste aux juridictions de droit commun si le débat se déplace sur le terrain de la responsabilité »* ; Circulaire n° CIV/10/10 du 16 juin 2010 du ministère de la Justice : *« Les action en responsabilité issue de la rupture fautive du concubinage ne relèvent pas non plus du juge aux affaires familiales dès lors qu'elles ne se rattachent pas au partage de l'indivision ». Contra* : V. LARRIBAU-TERNEYRE, Les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales : cadrage ou verrouillage ? (à propos de la circulaire du 16. 06. 2010 (n° civ/10/10) ayant pour objet la présentation de l'article 14 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 et du décret n° 2009-1591 du 17 décembre 2009), *Dr. fam.,* 2011, Etude 5, n° 14 : *« On peut parfaitement considérer que l'action en responsabilité pour rupture fautive, qui intervient à la rupture du couple peut entrer dans la compétence du JAF et, spécialement concernant le préjudice économique, concerne directement la liquidation des intérêts patrimoniaux de concubins ».*

[510] P. HILT, Les créances au sein du couple : des créances ordinaires ? *AJ fam.,* 2006, p. 231 : *« Epoux, concubins et partenaires liés par un pacte civil de solidarité voient presque nécessairement leurs intérêts pécuniaires s'entremêler, tout bonnement parce qu'ils cohabitent. Juridiquement ces transferts de fonds donnent naissance à des créances, lesquelles établissent un lien direct entre les deux personnes sans passer par une quelconque masse commune. Un rapport d'obligations s'installe, l'une devenant débitrice de l'autre. Il ne fait aujourd'hui aucun doute que ces créances d'un genre particulier relèvent du droit commun des obligations. Ce sont des créances ordinaires qui ne se trouvent nullement affectées par les liens sentimentaux unissant le créancier au débiteur. Tout juste peut-on percevoir, ici et là, des incursions du droit des récompenses, précisément lorsque la créance est née au sein d'un couple marié ».*

[511] F. TERRE, Ph. SIMLER, *op. cit., supra* note 226 p. 499 : Dans le régime de la communauté : *« Si les créances nées directement entre patrimoines propres sont assurément plus rares que celles mettant en jeu la masse commune, les exemples, cependant, ne manquent pas : avances consenties par un époux à l'autre sur des fonds propres ou acquittement de dettes personnelles du conjoint, responsabilité d'un époux envers l'autre en raison de son ingérence dans la gestion de ses propres (art. 1432) ou, plus simplement, en vertu du droit commun des articles 1382 et suivants du Code civil ». Adde*, pour une illustration de la variété des créances : A-S. BRUN-WAUTHIER, *op. cit., supra* note 152, p. 378 pour les concubins, p. 680 pour les partenaires.

ne le spécifie mais différents arguments peuvent fonder cette compétence, d'autant plus que les intérêts patrimoniaux doivent être interprétés plus largement que le régime matrimonial[512].

Pour répondre à cette interrogation, il convier de tirer les enseignements, d'une part, du règlement global des intérêts pécuniaires des époux causés par un divorce, d'autre part, de l'étude de l'article 515-7 du Code civil relatif au couple lié par un pacte civil de solidarité[513].

176. L'apport de l'article 267 du Code civil.- L'article 267 du Code civil relatif à la procédure de divorce[514] qui prévoit *« qu'à défaut de règlement conventionnel, le juge, en prononçant le divorce, ordonne la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux »*, s'applique aux couples mariés mais son analyse est pertinente pour l'ensemble des couples car c'est la même expression, *« liquidation et partage des intérêts patrimoniaux »* qui est utilisée dans l'article 267 relatif au couple marié et dans l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire relatif aux trois couples. L'étude de l'article 267 est donc utile pour découvrir quelles relations pécuniaires peuvent être comprises dans l'expression « liquidation et partage des intérêts patrimoniaux ».

Il ne faut toutefois pas oublier l'enjeu spécifique pour les couples mariés qui est de savoir si au moment de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux causés par le divorce, certaines relations pécuniaires peuvent être exclues du règlement global. La question n'est pas posée dans les mêmes termes pour les partenaires et les concubins car il n'y a aucun règlement d'ensemble[515].

---

[512] D'autant que le régime matrimonial associé à la liquidation peut être entendu déjà largement. Pour l'hypothèse spécifique du divorce par consentement mutuel. *Cf.,* J. HERAIL*, JCl,* Liquidation-partage, Fasc. 220, « Divorce.- Divorce par consentement mutuel.- Convention réglant les conséquences du divorce » (2005-Mise à jour 2014), n° 44 et ss. : *« L'article 1091 du Nouveau Code de procédure civile exige que la convention portant règlement complet des effets du divorce inclue « notamment un état liquidatif du régime matrimonial ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation ». Le législateur entend en effet que les époux règlent l'ensemble de leurs relations patrimoniales. Le fondement de la règle éclaire l'interprétation à en faire. (...) Il ne faut d'évidence pas entendre l'expression "état liquidatif" au sens où la pratique notariale l'emploie. Il est dans l'esprit des textes de procéder à un partage et, s'il y a lieu, à une liquidation préalable. Le terme "régime matrimonial" ne doit pas être compris de façon restrictive ; ainsi, les créances entre époux entrent dans le domaine de la liquidation »*. De manière plus large, *Cf.,* V. LARRIBAU-TERNEYRE, note sous Cass., 1e civ., 11 juillet 2006, *Dr. fam.* 2006, Comm. 207 : L'auteur fait mention de la liquidation du régime matrimonial au sens large qui inclue *« le régime primaire, les régimes communautaires, les créances entre époux en cas de séparation de biens »*.

[513] Aucun article spécifique n'est consacré aux concubins. *Cf.,* supra note 499.

[514] Cela concerne les divorces autres que ceux par consentement mutuel.

[515] A. TISSERAND-MARTIN, *art. cit., supra* note 303, p. 841 : *« Il existe encore de nombreuses situations dans lesquelles les conséquences de la séparation ne font l'objet d'aucun dispositif d'ensemble. Cette absence d'organisation juridique caractérise la cessation du concubinage, mais on la retrouve également en cas de rupture d'un pacte civil de solidarité, ou de séparation de fait des époux »* .

177. L'analyse de la jurisprudence.- Au-delà du contexte particulier de l'article 267, l'analyse de la jurisprudence est essentielle pour déterminer l'étendue des nouvelles compétences du juge aux affaires familiales en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux. La jurisprudence et la doctrine s'accordent pour retenir que, lorsque la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux ont été ordonnés dans le cadre de l'article 267, il s'agit d'un règlement global des intérêts pécuniaires et non seulement de ceux relatifs à la liquidation du régime matrimonial. Il a ainsi été dit que *« le divorce entraînant la dissolution du régime matrimonial conduit à la liquidation des intérêts communs des époux, c'est-à-dire non seulement le régime matrimonial lui-même, mais de toutes les confusions de fait des intérêts des époux qui ont pu se produire »*[516].

178. L'inclusion des créances entre époux.- En jurisprudence, la question posée a été de savoir si le recouvrement des créances entre époux[517] devait être pris en compte dans la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux consécutifs à un divorce. La jurisprudence répond de manière positive. Ainsi, ces créances ne peuvent faire l'objet d'une action distincte. La Cour de cassation, dans un arrêt du 28 novembre 2000[518], énonce, en effet, que *« la liquidation à laquelle il est procédé en cas de divorce englobe tous les rapports pécuniaires entre les parties et il appartient à l'époux qui se prétend créancier de l'autre de faire valoir sa créance selon les règles applicables à la liquidation de leur régime matrimonial lors de l'établissement des comptes s'y rapportant »*. En l'espèce, Madame avait engagé une action distincte des opérations de liquidation des droits respectifs à la suite du prononcé du divorce pour obtenir le recouvrement d'une créance. La cour en déclarant recevable son action avait, de ce fait, encouru la cassation. La première chambre civile, dans un arrêt du 11 décembre 2001[519], avait eu la même position pour une catégorie particulière de créances entre époux : les créances alimentaires. En l'espèce, les deux époux mariés en 1961, sans contrat de mariage, avaient obtenu un jugement de divorce prononcé en 1984 qui avait également ordonné la liquidation de leurs intérêts pécuniaires. La Cour d'appel d'Amiens, ayant refusé

[516] R. LINDON, A. BENABENT, *Le droit du divorce*, Litec, 1984, n° 479, p. 198.
[517] A. EMANE, Les créances entre époux, *JCP éd. N,* 1994 Doc., p. 309 : *« (...) les récompenses règlent au moment de la liquidation du régime, les rapports entre le patrimoine commun et le patrimoine propre, tandis que les créances entre époux portent sur les rapports entre les deux patrimoines propres pendant la durée du mariage. Les récompenses n'existent que pour les régimes communautaires, alors que les créances apparaissent dans tous les régimes ».*
[518] Cass., 1e civ., 28 novembre 2000, n° 98-13405, publié au Bulletin.
[519] Cass., 1e civ., 11 décembre 2001, *Defr,* 2002, p. 401, note G. CHAMPENOIS.

de faire entrer dans le compte de liquidation et de partage de la communauté des créances alimentaires, Madame avait formé un pourvoi. La Cour de cassation, l'avait accueilli, au visa de l'article 1351 du Code civil, en énonçant que *« la liquidation à laquelle il devait être procédé englobant tous les rapports pécuniaires existant entre les parties et ayant été ordonnée par une décision passée en force de chose jugée, il appartenait à la cour d'appel de statuer sur les créances invoquées par Mme Y... contre M. X... selon les règles applicables à la liquidation de leur régime matrimonial, lors de l'établissement des comptes s'y rapportant »* [520]. Cette jurisprudence amène à conclure qu'un époux souhaitant faire une demande distincte pour obtenir le paiement d'une créance serait irrecevable, car la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux englobent ce type de relations pécuniaires[521].

Quant à notre problématique de départ, cette conclusion va dans le sens d'une compétence du juge aux affaires familiales pour le paiement des créances au sein du couple. Il ne faut toutefois pas négliger la spécificité de la situation étudiée. En effet, la dimension de règlement d'ensemble suite au divorce incite à une conception extensive de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux.

179. L'examen de l'article 515-7.- L'article 515-7 du Code civil, en son alinéa 10, énonce que *« les partenaires procèdent eux-mêmes à la liquidation des droits et obligations résultant pour eux du pacte de solidarité. A défaut d'accord, le juge statue sur les conséquences patrimoniales de la rupture, sans préjudice de la réparation du dommage éventuellement subi ».* Bien qu'il soit précisé que ce sont les partenaires qui liquident les droits et obligations, le juge doit se pencher sur ces questions *« à défaut d'accord ».* Ce juge est le juge aux affaires familiales. En effet, l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire indique que le juge aux affaires familiales est compétent pour la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux

[520] Il est nécessaire de mentionner l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 22 mai 2007 (Cass., 1e civ., 22 mai 2007, *Dr. fam.,* 2007, Comm. 149, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; RTD*Civ*., 2007, p. 761, note J. HAUSER, *AJ fam.,* 2007, p. 360, note P. HILT). Dans l'arrêt, les juges ont admis l'existence d'une instance distincte pour le recouvrement d'une créance entre époux. Cependant, cela n'est pas contraire à la jurisprudence précédente car dans cette espèce le divorce n'avait pas encore été prononcé par une décision irrévocable. Ainsi, cette décision ne contrevient pas au raisonnement qui inclut les créances entre époux dans le cadre de la liquidation et la partage des intérêts patrimoniaux.

[521] Cette jurisprudence correspond à la volonté de concentrer les effets du divorce dans le temps et d'éviter le contentieux postérieur. P. LIPINSKI, *op. cit., supra* note 302, n° 39 et ss ; P. HILT, note sous Cass., 1e civ., 22 mai 2007, *AJ fam.,* 2007, p. 360 : *« Cette disposition vise à éviter le contentieux après divorce entre ex-époux et à concentrer les effets de celui-ci dans le temps. Pour ce faire, elle invite le juge à procéder à une liquidation globale des intérêts pécuniaires des époux au moment du prononcé du divorce. La liquidation que prescrit l'article 264-1 du code civil doit ainsi englober tous les rapports pécuniaires entre époux, y compris le recouvrement de leurs créances réciproques ».*

des personnes liées par un pacte civil de solidarité. Cette expression étant assez large, les conséquences patrimoniales peuvent être considérées comme faisant partie de cet ensemble.

Une fois déterminée la compétence du juge aux affaires familiales, il convient de se demander si, lorsque le juge a à connaître des conséquences patrimoniales, il connaît aussi des créances entre partenaires. L'article 515-7 du Code civil utilise deux groupes d'expression. Il est ainsi fait mention de la *« liquidation des droits et obligations résultant du pacs »* et ensuite *« des conséquences patrimoniales de la rupture »*. La construction de l'article suggère que les deux groupes d'expression sont utilisés en tant que synonymes. Ainsi, si les partenaires n'ont pas réussi à liquider leurs droits et obligations, c'est le juge qui s'occupe des conséquences patrimoniales. Dans ce contexte, il est vrai que le terme « obligation », peut être entendu comme une créance, bien que le terme « obligation » puisse avoir d'autres significations[522].

Ainsi, l'examen de l'article 515-7 du Code civil présente un argument en faveur de l'inclusion des actions de paiement de créances dans la compétence du juge aux affaires familiales. Bien que cet argument ne soit relatif qu'aux partenaires, il vient appuyer la conclusion dégagée de l'examen du caractère global de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux causés par le divorce.

180. Conclusion : l'existence d'un conflit réel.- Au regard de la nouvelle compétence du juge aux affaires familiales et de la signification de « la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux », analysée à travers les articles 267 et 515-7 du Code civil, différents arguments penchent en faveur de la compétence du juge aux affaires familiales quant aux recouvrements des créances entre époux dans la phase postérieure au prononcé du divorce mais également à tout moment pour tous les couples puisque ces créances peuvent être liquidées à tout moment[523]. Cependant, la juridiction compétente pour les actions en paiement n'est pas

[522] B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, 4e éd., 2013, p. 1 : *« Alors qu'elle désigne dans le langage courant toutes sortes de devoirs, dictés par la morale, la religion, les règles de vie en société ou même le droit (ex : obligations du Code de la route), l'obligation a, en droit privé, une signification plus étroite. Elle est le rapport juridique qui unit le débiteur au créancier »*.

[523] F. TERRE, Ph. SIMLER, *op. cit., supra* note 226, p. 499 : Dans le régime de la communauté *: « Leur régime est celui du droit commun des obligations. Ainsi, contrairement aux récompenses, leur paiement peut-il être exigé pendant la durée du régime. S'il est de pratique courante de différer ce règlement jusqu'à la liquidation du régime, il n'est cependant pas constitutif d'une opération de partage »*. Dans le régime de la séparation de biens : p. 630 : *« Lorsque les époux vivent en bonne entente, le règlement de ces créances est généralement reporté à la dissolution du régime. Mais cette pratique ne correspond à aucune obligation. Il a toujours été admis que, conformément au droit commun, l'époux créancier puisse à tout moment (...) réclamer son dû à son conjoint »*.

totalement écartée[524]. En effet, la compétence du juge aux affaires familiales se justifie dans le cadre d'un règlement d'ensemble mais rien ne fonde sa compétence en dehors de ce contexte spécifique. Il faut ainsi rappeler qu'en dehors des couples mariés, il n'y a pas de règlement d'ensemble. C'est donc un conflit réel qui existe quant au recouvrement des créances en dehors du contexte spécifique de l'article 267 du Code civil. La compétence du juge aux affaires familiales doit ainsi se confronter à celles des juridictions compétentes en matière d'actions en paiement. Cette action répond à la définition de l'action personnelle entendue comme l' : *« action par laquelle on demande la reconnaissance ou la protection d'un droit personnel (d'une créance) quelle qu'en soit la source (contrat, quasi-contrat, délit, quasi-délit et qui est, en général, mobilière, comme la créance dont l'exécution est réclamée (...) mais qui peut être immobilière, si cette créance l'est aussi (...). »*[525]. Dans ce cas, la compétence d'attribution est divisée entre deux juridictions. Il s'agit du tribunal de grande instance[526] et du tribunal d'instance »[527].

Si la compétence du juge aux affaires familiales devait être reconnue, l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire devrait être modifié en conséquence.

181. Après nous être intéressé à la dimension matérielle des limites, considérons à présent la dimension temporelle des limites de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux.

---

[524] Pour la compétence du juge du droit commun des obligations en dehors de l'hypothèse dans laquelle le juge aux affaires familiales a ordonné la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux. *Cf.,* M. STORCK, *JCl Civil code*, « Art. 1536 à 1543 », v° Fasc. 20, « Séparation de biens- Gestion des patrimoines des époux. Dissolution- Liquidation du régime » (2012- Mise à jour 2014), n° 60 : *« En régime matrimonial de séparation de biens comme en régime communautaire, les créances entre époux peuvent être peuvent réglées à tout moment, même pendant la durée du régime matrimonial. Elles peuvent être payées isolément, sur entente des époux ou sur poursuite de l'un contre l'autre devant le juge du droit commun des obligations. Une fois la procédure de divorce engagée, jusqu'au prononcé définitif du divorce, les époux peuvent toujours faire valoir leurs créances l'un contre l'autre dans le cadre d'une instance autonome et devant le juge compétent en la matière. En revanche, une fois que le divorce a acquis force de chose jugée, lorsque le juge aux affaires familiales a ordonné la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux en application de l'article 267 du Code civil, toute action intentée dans le cadre d'une action distincte des opérations de liquidation du régime matrimonial est irrecevable ».*

[525] G. CORNU (dir.), *op. cit., supra* note 15, v° Action personnelle.

[526] Article L. 211-3 du Code de l'organisation judiciaire : *« Le tribunal de grande instance connaît de toutes les affaires civile et commerciale pour lesquelles compétence n'est pas attribuée, en raison de leur nature ou du montant de la demande, à une autre juridiction ».*

[527] Article L. 221-4 du Code de l'organisation judiciaire : *« Le tribunal d'instance connaît, en matière civile, de toutes actions personnelles ou mobilières jusqu'à la valeur de 10 000 euros. Il connaît aussi des demandes indéterminées qui ont pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 10 000 euros ».* La suppression de la juridiction de proximité, par la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, évite la présence d'une troisième juridiction compétente. Cette suppression sera effective au 1er janvier 2015. *Cf., supra* note 53.

Paragraphe 2. Les limites temporelles

182. Les opérations de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux sont de la compétence du juge aux affaires familiales. Mais qu'en est-il des opérations antérieures à la liquidation et au partage (A) et de celles qui y sont postérieures (B) ?

A. Les opérations antérieures

183. L'autorisation du partage amiable.- Le juge peut intervenir pour permettre un partage amiable alors que normalement celui-ci ne serait pas possible car tous les indivisaires ne sont pas présents ou capables[528]. C'est ainsi lorsque l'indivisaire est incapable majeur[529], présumé absent, hors d'état de manifester sa volonté par suite d'éloignement ou défaillant[530]. Il convient de déterminer qui est ce juge.

L'article 836 du Code civil consacre son premier alinéa[531] à l'indivisaire présumé absent ou à l'indivisaire se trouvant hors d'état de manifester sa volonté par suite d'éloignement et renvoie à l'article 116 du Code civil pour les conditions relatives à un partage amiable. Dans ses deux premiers alinéas, l'article 116 du Code civil indique que « *si le présumé absent est appelé à un partage, celui-ci peut être fait à l'amiable. En ce cas, le juge des tutelles autorise le partage, même partiel, et désigne, s'il y a lieu, un notaire pour y procéder, en présence du représentant du présumé absent ou de son remplaçant désigné conformément à l'article 115 si le représentant initial est lui-même intéressé au partage. L'état liquidatif est soumis à l'approbation du juge des tutelles* »[532].

---

[528] L'article 835 alinéa 1er du Code civil indique que *« si tous les indivisaires sont présents et capables, le partage peut intervenir dans la forme et selon les modalités choisies par les parties »*.

[529] Nous étudierons uniquement la situation de l'incapable majeur. Certes, en matière de couple, cela ne peut concerner qu'un concubin mineur. Mais au-delà de cet aspect, la compétence en ce domaine entraîne plutôt une question de répartition de compétences entre le juge des tutelles « majeurs » et le juge des tutelles « mineurs ». *Cf., infra* par. n° 424.

[530] Le cas de l'indivisaire défaillant est examiné *infra* par. n° 259 car il est directement visé par le dispositif de renvoi aux règles successorales.

[531] Article 836 alinéa 1er du Code civil : *« Si un indivisaire est présumé absent ou, par suite d'éloignement, se trouve hors d'état de manifester sa volonté, un partage amiable peut intervenir dans les conditions prévues à l'article 116 »*.

[532] L'article 120 du Code civil conforte l'application de l'article 116 du Code civil à l'indivisaire qui par suite d'éloignement, se trouve hors d'état de manifester sa volonté tel qu'indiqué dans l'article 836 du Code civil. En effet, l'article 120 du Code civil énonce que *« les dispositions qui précèdent, relatives à la représentation des présumés absents et à l'administration de leurs biens, sont aussi applicables aux personnes, qui par suite d'éloignement, se trouvent malgré elles hors d'état de manifester leur volonté »*.

Qui du juge des tutelles ou du juge aux affaires familiales est compétent pour autoriser le partage et approuver l'état liquidatif ? Avec les modifications opérées par la loi du 12 mai 2009, y a t-il un changement de compétence ?

L'article L 213-3 du Code de l'organisation judiciaire précise que le juge aux affaires familiales connaît *« 2° Du divorce, de la séparation de corps et de leurs conséquences, de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux des époux, des personnes liées par un pacte civil de solidarité et des concubins, sauf en cas de décès ou de déclaration d'absence »*. La liquidation et le partage sont de la compétence du juge aux affaires familiales tant qu'ils ne sont pas provoqués par un décès ou consécutifs à une déclaration d'absence. Aucune réserve n'est mise en place en faveur du juge des tutelles ou d'une situation de présomption d'absence. Ainsi, la combinaison de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire et de l'article 116 du Code civil ne nous permet pas d'affirmer avec certitude les justes limites des compétences du juge aux affaires familiales et du juge des tutelles.

184. Or, il ne peut s'agir que d'un conflit apparent. Tout d'abord, l'article L. 221-9 du Code de l'organisation judiciaire confirme la compétence du juge des tutelles pour la présomption d'absence en énonçant que ce juge connaît notamment : *« 4° De la constatation de la présomption d'absence »* [533]. Ensuite, il faut donner toute sa dimension à la compétence du juge des tutelles dans le cadre de l'article 116 du Code civil, s'il s'agit effectivement d'une procédure de partage. Ici l'intervention du juge des tutelles correspond pleinement à ses missions. C'est la protection qui est primordiale, non la liquidation et le partage[534]. Un des copartageants mérite une protection particulière liée à sa situation.

[533] C'est a priori ainsi que cela était conçu dans le cadre des travaux parlementaires de la loi du 12 mai 2009. *Cf,* Rapport n°209, tome I (2008-2009) de M. B. SAUGEY fait au nom de la commission des lois du Sénat, déposé le 11 février 2009. *« Le 4° réécrit l'article L 221-9 relatif aux compétences des juges des tutelles des tribunaux d'instance, afin de prévoir qu'ils sont appelés à connaître exclusivement : -de la constatation de la présomption d'absence- dans les conditions fixées aux articles 112 à 120 du Code civil »*.

[534] Avant la modification opérée par la loi du 12 mai 2009, la question pouvait se poser avec le tribunal de grande instance qui était, a priori, compétent pour le partage. Cependant, les compétences de celui-ci étaient moins détaillées et cela laissait ainsi moins d'espace à une contestation de la compétence du juge des tutelles. Par ailleurs, l'article 116 du Code civil dans sa version antérieure à la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 indiquait que *« si le présumé absent est appelé à un partage, il est fait application de l'article 838, alinéa 1er, du Code civil. Toutefois, le juge des tutelles peut autoriser le partage, même partiel, et désigner un notaire pour y procéder, en présence du représentant du présumé absent, ou de son remplaçant désigné conformément à l'article 115, si le représentant initial est lui même intéressé au partage. L'état liquidatif est soumis à l'homologation du tribunal de grande instance »*. La répartition des compétences étant comprise dans le même article, cela avait l'avantage de la clarté.

185. Le second alinéa de l'article 836 du Code civil, s'intéresse à un indivisaire soumis à un régime de protection[535]. En effet, il y est prévu que *« (...) si un indivisaire fait l'objet d'un régime de protection, un partage amiable peut intervenir dans les conditions prévues aux titres X[536] et XI[537] du livre Ier »*. L'article 507 du Code civil relatif aux majeurs en tutelle indique, quant à lui, que : *« le partage à l'égard d'une personne protégée peut être fait à l'amiable sur autorisation du conseil de famille, ou à défaut du juge, qui désigne, s'il y a lieu, un notaire pour y procéder. (...). L'état liquidatif est soumis à l'approbation du conseil de famille ou, à défaut, du juge ».* De la même manière que pour l'indivisaire présumé absent, ou hors d'état de manifester sa volonté par suite d'éloignement, la compétence du juge des tutelles doit s'imposer bien que la compétence du juge aux affaires familiales ne soit limitée par aucun texte s'agissant de la protection des majeurs. Tout d'abord, l'article L 221-9 du Code de l'organisation judiciaire affirme que le juge des tutelles connaît *« de la sauvegarde de justice, de la curatelle, de la tutelle des majeurs ».* Ensuite, ici aussi, la compétence du juge des tutelles doit être privilégiée au détriment de celle du juge aux affaires familiales car l'objectif poursuivi est la protection de la personne.

186. La compétence du juge des tutelles est souhaitable quand il en va de son critère d'intervention qui est la protection des personnes et qu'il faut la privilégier. C'est pour cela que la compétence du juge des tutelles s'impose en matière d'autorisation de partage amiable.

B. Les opérations postérieures

187. A présent il s'agit de déterminer les limites de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux. Lors de cette détermination, des conflits réels peuvent apparaître lorsque les opérations de liquidation et de partage sont remises en cause au sein du couple[538]. Il s'agit essentiellement de l'annulation du partage (a) et de l'action en complément de part (b).

---

[535] Article 836 alinéa 2 du Code civil : *« De même, si un indivisaire fait l'objet d'un régime de protection, un partage amiable peut intervenir dans les conditions prévues aux titres X et XI du livre Ier ».*
[536] Le titre X est relatif à la minorité et à l'émancipation.
[537] Le titre XI est relatif à la majorité et aux majeurs protégés par la loi.
[538] Il ne s'agit pas d'examiner les voies de recours contre le jugement.

1. L'annulation du partage

188. L'annulation du partage.- Selon l'article 887 du Code civil, le partage peut être annulé en raison de vices de consentement[539]. L'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, mis en place par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, confie la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux au juge aux affaires familiales. Le juge aux affaires familiales est-il par conséquent compétent pour l'annulation du partage ?

Le décret n° 2009-1591 du 17 décembre 2009 a modifié l'article 1381 du Code de procédure civile qui prévoit désormais que *« les demandes formées en application des articles 811, 820, 821, 821-1, 824, 832-1, 832-2, 832-3, 887, 1026 du même code*[540] *sont portées devant le tribunal de grande instance, sous réserve de la compétence dévolue au juge aux affaires familiales par le 1° de l'article L 213-3 du code de l'organisation judiciaire »*. Ainsi, selon les termes de cet article du Code de procédure civile, la demande d'annulation s'appuyant sur l'article 887 du Code civil est portée devant le tribunal de grande instance sous réserve de la compétence dévolue au juge aux affaires familiales dans la cadre du 1° de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire. Il convient de se demander ce que recouvre cette réserve. Les matières contenues dans les dispositions initiales de l'article L. 213-3 sont l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, les demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux et des indivisions entre personnes liées par un pacte civil de solidarité ou entre concubins et la séparation de biens judiciaires. Aucune de ces compétences ne peut venir entamer celle du tribunal de grande instance pour l'annulation du partage, telle qu'elle est indiquée à l'article 1381 du Code de procédure civile. Il en aurait été différemment si la réserve se rapportait au 2° de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire qui prévoit la compétence du juge aux affaires familiales pour la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux. Il aurait été envisageable alors de considérer que la compétence du juge aux affaires familiales pour la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux venait remplacer celle du tribunal de grande instance en matière d'annulation de partage lorsqu'il s'agissait de conjoints, de partenaires ou de concubins.

---

[539] Article 887 du Code civil : *« Le partage peut être annulé pour cause de violence ou de dol. Il peut aussi être annulé pour cause d'erreur, si celle-ci a porté sur l'existence ou la quotité des droits des copartageants ou sur la propriété des biens compris dans la masse partageable. S'il apparaît que les conséquences de la violence, du dol ou de l'erreur peuvent être réparées autrement que par l'annulation du partage, le tribunal peut, à la demande de l'une des parties, ordonner un partage complémentaire ou rectificatif »*.

[540] L'article 1080 du Code de procédure civile fait référence à des articles du Code civil.

Il y a lieu de se demander si la réserve de compétence du juge aux affaires familiales qui s'applique dans le cadre de l'article 1381 du Code de procédure civile n'est pas le résultat d'une maladresse. En effet, les matières visées par l'article 1381 du Code de procédure civile sont, tout d'abord, relatives à la succession. Il en est ainsi de la demande par l'Etat de l'envoi en possession[541] et de l'article 1026 du Code civil relatif à l'exécuteur testamentaire relevé de sa mission pour motifs graves. Ensuite, certaines matières sont relatives au partage. Il s'agit du sursis au partage de l'article 820 du Code civil, de demandes relatives au maintien dans l'indivision[542] mais aussi de l'hypothèse du partage assorti d'un bail à long terme[543]. Il faut y ajouter certaines demandes d'attribution préférentielle[544] ainsi que l'action en nullité du partage de l'article 887[545]. Le lien entre ces matières et la réserve de compétence du juge aux affaires familiales, telle que précisée à l'article 1381 du Code de procédure civile, est difficile à concevoir. En effet, les matières visées par l'article 1381 du Code de procédure civile sont relatives à une situation qui cesse alors que les compétences du juge aux affaires familiales auxquelles ce même article 1381 du Code de procédure civile fait référence[546] traitent plutôt du fonctionnement d'une situation. L'intersection entre ces deux domaines n'est pas concevable. Alors que si la réserve était relative au 2° de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, elle prendrait toute sa dimension. En effet, toutes les matières relatives au partage visées dans l'article 1381 du Code de procédure civile seraient de la compétence du tribunal de grande instance sauf lorsque le partage serait relatif aux intérêts patrimoniaux des époux, concubins et partenaires.

189. La pertinence de la compétence du juge aux affaires familiales en la matière.- En l'absence d'une telle rédaction, un conflit réel entre le tribunal de grande instance et le juge aux affaires familiales existe. Il nous semble ainsi raisonnable de reconnaître la compétence du juge aux affaires familiales pour l'action en annulation du partage par le biais d'une disposition explicite. Dans l'article 1381 du Code de procédure civile, il suffirait de modifier tout simplement la référence à la compétence du juge aux affaires familiales. La référence ne serait plus faite au 1° de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire mais au 2°. L'article 1381 du Code de procédure civile prévoirait ainsi que « *« les demandes formées en*

[541] Article 811 du Code civil.
[542] Article 821, 821-1, 824 du Code civil.
[543] Article 832-2 du Code civil.
[544] Articles 832-1, 832-3 du Code civil.
[545] Articles 820, 832-2, 887 du Code civil.

application des articles 811, 820, 821, 821-1, 824, 832-1, 832-2, 832-3, 887, 1026 du même code[547] *sont portées devant le tribunal de grande instance, sous réserve de la compétence dévolue au juge aux affaires familiales par le 2° de l'article L 213-3 du code de l'organisation judiciaire ».*

2. L'action en complément de part

190. L'action en complément de part.- Le juge aux affaires familiales est compétent pour la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des couples mariés, des concubins et des partenaires de Pacs mais l'est-il pour l'action en complément de part telle que précisée aux conditions des articles 889 à 892 du Code civil ? Cette action appartient au copartageant ayant subi une lésion de plus du quart dans le partage de la communauté. L'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire ne précise pas de manière spécifique la compétence du juge aux affaires familiales pour cette action. Cependant, le lien de l'action en complément de part avec les opérations de partage est évident. Les termes mêmes de l'action indiquent que c'est un complément à une part obtenue par partage. Par conséquent, il faudrait reconnaître la compétence du juge aux affaires familiales. Faut-il pour cela une disposition explicite ?

191. L'absence de modification des dispositions.- Nous avons vu que pour l'action en nullité du partage, une modification de l'article 1381 du Code de procédure civile permettait d'aboutir à la compétence du juge aux affaires familiales lorsque les intérêts patrimoniaux à partager concernent des époux, des concubins ou des partenaires de Pacs. Cependant, pour l'action en complément de part, il n'est pas possible de procéder de la même manière car l'article 1381 n'y fait pas référence. Est-il possible d'intégrer cette action dans l'article 1381 du Code de procédure civile, et ensuite réserver la compétence du juge aux affaires familiales ?

Il nous semble que cela n'est pas nécessaire. En effet, le lien entre le partage et l'action en complément de part est de même nature. C'est la même action, partager. Alors que pour l'action en nullité, nous sommes en présence d'une action de nature différente et là, il est nécessaire de préciser la compétence du juge aux affaires familiales.

---

[546] Article L. 213-3, 1° du Code de l'organisation judiciaire.
[547] L'article 1080 du Code de procédure civile fait référence à des articles du Code civil.

Conclusion de la Section 2

192. Des modifications proposées.- Dorénavant, le juge aux affaires familiales est compétent pour la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des couples mariés et non mariés. Au terme de l'étude de l'expression « liquidation et partage des intérêts patrimoniaux », il convient de proposer quelques modifications allant dans le sens d'une meilleure lisibilité des dispositions et d'une centralisation des compétences.

193. Les actions en responsabilité civile et les créances entre les membres du couple.- Il semble pertinent de donner une assise textuelle à la compétence du juge aux affaires familiales en matière de responsabilité civile. D'autant plus que si le juge aux affaires familiales doit devenir le juge de droit commun des couples, certains présentent la responsabilité comme le droit commun de la rupture[548].

Les actions en responsabilité sont à inclure de manière expresse au sein de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire. Nous proposons de les disjoindre de la disposition relative à la liquidation et au partage des intérêts patrimoniaux. Ainsi, il n'y aura pas de difficulté à soumettre à la compétence du juge aux affaires familiales les actions fondées sur une faute née pendant la relation du couple et non forcément liée à une question pécuniaire[549]. Il faudra également préciser que ce sont les actions entre conjoints, concubins et partenaires de pacte civil de solidarité qui seront prises en compte. Cela écartera l'action, lorsqu'elle est engagée par un tiers[550].

S'agissant des créances au sein du couple, il faut là aussi une insertion dans l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.

194. Des modifications minimes.- Rappelons que pour l'action en nullité du partage, une simple modification de l'article 1381 du Code de procédure civile devrait permettre de retenir

---

[548] A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « Responsabilité civile et rupture unilatérale du concubinage », in Etudes offertes à J. RUBELLIN-DEVICHI, *op. cit., supra* note 303, p. 261 : *« Une telle évolution (admission plus large de la responsabilité) pourrait s'expliquer par une multiplication des couples vivant en concubinage et par la volonté de mettre en place une certaine égalité entre les couples mariés et non mariés afin de ne pas laisser la concubine abandonnée dans une situation trop différente de celle de la femme mariée subissant la même épreuve, surtout lorsque le concubinage a duré plusieurs années ».*

[549] Cela permettrait également de prendre en compte l'action en responsabilité pour faute de gestion du conjoint, action observée lors de l'étude des relations patrimoniales des couples. *Cf., supra* par. n° 65.

[550] *Cf., supra* par. n° 64.

la compétence du juge aux affaires familiales lorsque cela concerne les intérêts patrimoniaux des époux, des partenaires de Pacs ou des concubins[551].

195. Les modifications exclues.- Au contraire, il nous semble important de maintenir la compétence du juge des tutelles des majeurs lorsqu'il s'agit de protéger un membre du couple. De la même manière, la compétence du juge aux affaires familiales n'est pas à retenir en cas de dissolution d'une société, forme qui peut être utilisée par les membres du couple pour mettre en commun leurs intérêts patrimoniaux.

196. La nouvelle rédaction de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.- Pour transcrire ces propositions, l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire serait rédigé ainsi : *« Dans chaque tribunal de grande instance, un ou plusieurs magistrats du siège sont délégués dans les fonctions de juge aux affaires familiales. Le juge aux affaires familiales connaît :1° Cf., modifications proposées plus haut[552]; 2° Du divorce, de la séparation de corps et de leurs conséquences, de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux, des créances des époux, des personnes liées par un pacte civil de solidarité et des concubins, sauf en cas de décès ou de déclaration d'absence ; 3° Des actions liées : a) inchangé ; b) inchangé ; c) inchangé ; d) inchangé; e) inchangé; f) inchangé ; g) à la responsabilité civile entre époux, personnes liées par un pacte civil de solidarité et concubins[553] »*.

197. L'absence d'incidence sur le droit substantiel.- Il est important de rappeler que les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales n'ont pas de conséquences sur le droit substantiel comme le démontre le pseudo-conflit en matière d'attribution préférentielle du droit au bail pour les concubins.

---

[551] *Cf., supra* par. n° 189.
[552] *Cf., supra* par. n° 98.
[553] *Cf., infra* par. n° 301 pour une interprétation large des termes *« époux, personnes liées par un pacte civil de solidarité et concubins »* permettant de retenir les actions en responsabilité civile intentées alors que le couple est déjà séparé.

Conclusion du Chapitre 2

198. Au terme de ce chapitre, il convient de répondre à l'interrogation principale. Est-ce que la centralisation des compétences en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux auprès du juge aux affaires familiales aboutit à une limitation des conflits ? La réponse ne peut être unique. Elle comprend différentes nuances

199. La différence à faire entre conflits réels et pseudo-conflits.- L'extension des compétences du juge aux affaires familiales en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux causés par un divorce a comme effet de résorber certains conflits réels de compétence. Cependant, cette étude a permis de montrer que dans le domaine de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux les pseudo-conflits peuvent être nombreux. En effet, le juge aux affaires familiales qui prononce le divorce n'a pas tous les pouvoirs liquidatifs. Dans la situation confuse qui existe au moment du prononcé du divorce, il est important de départager conflits réels et pseudo-conflits pour identifier la bonne solution à apporter à ces conflits.

200. Dans le champ des nouvelles compétences du juge aux affaires familiales en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux concernant tous les couples, il est aussi nécessaire de relever que l'expression « liquidation et partage des intérêts patrimoniaux » ne peut comprendre l'ensemble des relations pécuniaires des couples. C'est pour cela que nous avons proposé d'intégrer dans la rédaction de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire certains domaines qui doivent ressortir de la compétence du juge aux affaires familiales. Tel est le cas notamment des actions en responsabilité civile et de la question des créances au sein du couple.

201. Il a aussi été démontré que la présence des trois couples dont le juge aux affaires familiales devait s'occuper pouvait soulever des pseudo-conflits. Ce n'est pas parce qu'il y a un même juge qu'il y a un même droit substantiel. Cela transparaît clairement à travers l'absence d'attribution préférentielle pour les concubins.

Conclusion du Titre I

202. Une centralisation affichée.- La centralisation du contentieux patrimonial des couples auprès du juge aux affaires familiales est certaine. Il y a toutefois des questions qui échappent encore aujourd'hui au juge aux affaires familiales dans le cœur même de la centralisation. Cela n'est pas toujours fait de manière délibérée. Tel est le cas de l'indivision entre les époux. Il est d'ailleurs paradoxal de relever que dans l'hypothèse de l'indivision au sein du couple, le juge aux affaires familiales est compétent uniquement pour les couples non mariés.

203. Un effet certain sur les conflits réels et les conflits apparents.- Il convient de se demander quels sont les effets de cette centralisation sur les conflits. Est-ce que la centralisation est un outil qui fonctionne pour résorber les conflits de compétence d'attribution ? Il faut affirmer que la centralisation a un effet certain sur la résorption des conflits réels[554]. Cette centralisation a également des effets sur les conflits apparents[555]. Ainsi, l'outil de la centralisation fonctionne pour la résorption des conflits.

204. La prévention de la création de conflits réels.- Il a fallu toutefois s'attacher à préciser les nouvelles compétences, pour éviter la survenance de nouveaux conflits.

C'est pour cette raison que nous proposons une nouvelle rédaction de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire : *« Dans chaque tribunal de grande instance, un ou plusieurs magistrats du siège sont délégués dans les fonctions de juge aux affaires familiales. Le juge aux affaires familiales connaît:*

1° Des demandes relatives à la convention notariée de changement de régime matrimonial, de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, des hypothèques des époux, des demandes relatives aux régimes matrimoniaux et aux indivisions entre époux ou entre personnes liées par un pacte civil de solidarité ou entre concubins, de la séparation de biens judiciaire et de son action en nullité, de la liquidation anticipée de la créance de participation, sous réserve des compétences du président du tribunal de grande instance et du juge des tutelles des majeurs[556] *»;*

---

[554] *Cf., supra* par. n° 48 et ss. : la contribution aux charges du Pacs ; par. n° 129 et ss. : la détermination du régime matrimonial lors d'une instance en divorce; par. n° 133 et ss. : les demandes relatives à la prestation compensatoire lors d'une instance en liquidation et en partage des intérêts patrimoniaux.

[555] *Cf., supra* par. n° 45 et ss.

[556] La pertinence des réserves de compétences attribuées au président du tribunal de grande instance et au juge des tutelles des majeurs sera étudiée dans la suite des développements. *Cf., infra* par. n° 212 et ss.

2° Du divorce, de la séparation de corps et de leurs conséquences, de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux, des créances des époux, des personnes liées par un pacte civil de solidarité et des concubins, sauf en cas de décès ou de déclaration d'absence ;

3° Des actions liées : a) inchangé ; b) inchangé ; c) inchangé ; d) inchangé; e) inchangé; f) inchangé ; g) à la responsabilité civile entre époux, personnes liées par un pacte civil de solidarité et concubins[557] *».*

205. La permanence de pseudo-conflits.- Les pseudo-conflits, quant à eux, demeurent. Ils ne peuvent être traités par l'outil de centralisation car la centralisation est liée aux compétences alors que les pseudo-conflits ont à voir avec le droit substantiel. Ainsi, la centralisation qui a lieu auprès du juge aux affaires familiales ne permet pas de créer de droit commun du couple en matière de contentieux patrimonial naissant du vivant des membres du couple. La centralisation n'a que les effets liés à sa nature. Les couples ont le même juge mais ce dernier ne se comporte pas de la même manière avec les différentes catégories de couple[558].

La centralisation des compétences ne permet pas non plus de réunir l'instance en divorce et en liquidation-partage des intérêts patrimoniaux des époux en une seule instance. L'oublier crée des pseudo-conflits[559].

En outre, s'il est possible de proposer des modifications s'agissant des conflits réels et des conflits apparents, il est beaucoup plus difficile dans le cadre de cette étude de le faire pour les pseudos-conflits. Toutefois, démontrer que c'est un pseudo-conflit permet de suggérer la nature de la solution à apporter qui n'est pas de l'ordre de la compétence. En d'autres termes, dans cette étude, il nous est difficile de proposer de mettre en place une norme substantielle en faveur de l'attribution préférentielle pour les concubins, de modifier l'article 267 du Code civil pour augmenter les pouvoirs liquidatifs du juge aux affaires familiales. Mais il est possible de démontrer que ces questions ne seront certainement pas réglées par le biais de la compétence et notamment par la mise en place d'un juge unique. Ainsi, plutôt que de préciser que le juge aux affaires familiales devient le juge de tous les

[557] *Cf., infra* par. n° 301 pour une interprétation large des termes *« époux, personnes liées par un pacte civil de solidarité et concubins »* permettant de retenir les actions en responsabilité civile intentées alors que le couple est déjà séparé.
[558] *Cf., supra* par. n° 88 et ss.: la contribution aux charges du concubinage ; par. n° 160 et ss.: l'attribution préférentielle du droit au bail pour les concubins.
[559] *Cf., supra* par. n° 138 pour l'attribution de l'attribution de la jouissance gratuite du logement après le divorce ; *supra* par. n° 139 pour l'attribution préférentielle lors du prononcé du divorce.

intérêts patrimoniaux des couples, il nous semble plus juste d'énoncer que le juge aux affaires familiales devient le juge des intérêts patrimoniaux des couples lorsqu'il en a le pouvoir.

206. Nous avons vu que même lorsque la centralisation des compétences est affichée, d'autres juridictions peuvent apparaître. Il faut à présent observer la dynamique des conflits dans un contexte dans lequel la centralisation n'est pas affichée comme outil au service de la résorption des conflits. En effet, c'est dans un contexte de pluralité de compétences assumée qu'évolue le reste du contentieux du couple.

TITRE 2.

Les conflits engendrés par une centralisation inachevée

207. Le juge aux affaires familiales, un juge central.- Le juge aux affaires familiales est le juge central en matière de contentieux des couples. Si ce sont essentiellement ses compétences en matière patrimoniale qui ont été étudiées lorsqu'il a été question de centralisation, ses compétences s'étendent au domaine extra-patrimonial. Ainsi, selon l'article L. 213-3 du Code de l'organisation, le juge aux affaires familiales est compétent pour le divorce, la séparation de corps et les actions liées *« (...) à la protection à l'encontre du conjoint, du partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou du concubin violent ou d'un ancien conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin violent ; à la protection de la personne majeure menacée de mariage forcée ».*

208. Une pluralité de juridictions.- Cependant, le juge aux affaires familiales ne s'occupe pas de toutes les affaires des couples. Tout d'abord, certaines affaires ne lui sont pas soumises. Il en va ainsi de la rupture des concubins et des partenaires de Pacs qui n'est pas judiciaire[560]. Ensuite, d'autres juridictions interviennent pour connaître de certains litiges des couples.

209. L'existence de conflit-. Cette pluralité pose nécessairement la question des limites de compétence et aussi des conflits de compétence d'attribution puisque ceux-ci naissent aux limites des compétences. L'existence des conflits ne remet pas en cause la pluralité de juridiction car celle-ci peut illustrer la complexité des problèmes que connaissent les couples[561]. Il en va différemment lorsque la pluralité reflète une échelle de valeurs entre les

[560] Il convient toutefois de noter qu'il peut y avoir une intervention judiciaire pour la rupture du Pacs si des majeurs sous protection de justice sont présents. Le juge peut intervenir dans le cadre de la rupture unilatérale du Pacs, l'alinéa 5 de l'article 462 du Code civil prévoyant que celle-ci *« peut (...) intervenir sur l'initiative du tuteur, autorisé par le juge ou le conseil de famille s'il a été constitué (...). ».*

[561] J. POUSSON-PETIT, F. RUEDA, « Préface » in J. POUSSON, F. RUEDA, *Qu'en est-il de la simplification du droit ? Actes du colloque des 26 et 27 novembre 2009*, LGDJ, Presses de l'Université Toulouse I Capitole, 2010, p. 13 : *« Le droit a-t-il vocation à être simple, ou ne doit-il pas seulement s'efforcer d'écarter les complexités inutiles ? Pour qui simplifie-t-on : pour les juristes et les praticiens du droit, ou pour les destinataires de la norme ? Pourquoi simplifie-t-on : pour faire face à la complexité excessive des normes, ou au nom d'une dogmatique juridique valorisant la simplicité du droit- simple alibi d'une unification du droit ? En d'autres termes, la complexité du droit n'est-elle pas le reflet de la complexité de l'être humain et des sociétés qu'il bâtit ? En ce cas, est-il bien raisonnable d'espérer la faire disparaître ? En revanche, ce contre quoi nous*

différents couples en faveur des couples mariés**.** Si la pluralité des couples a déjà été énoncée, il convient à présent de relever leur hiérarchie avec au sommet le mariage[562]. Le mariage met fin au Pacs par exemple. En effet, dans ses dispositions initiales l'article 515-7 énonce que *« le pacte civil de solidarité se dissout (…) par le mariage des partenaires ou de l'un d'eux. En ce cas, la dissolution prend effet à la date de l'évènement ».* Pour passer de la pluralité au pluralisme[563], c'est-à-dire d'une situation subie à une situation voulue, il est ainsi nécessaire d'étudier la manière dont les différentes juridictions interagissent.

210. Annonce de plan.- Pour intégrer au mieux le juge aux affaires familiales dans la pluralité de juridictions qui interviennent en matière de contentieux des couples, il convient ainsi d'étudier la pertinence des limites à la centralisation auprès du juge aux affaires familiales lorsque les limites sont communes à tous les couples (Chapitre 1) et lorsqu'elles diffèrent selon le statut des couples (Chapitre 2).

---

pouvons et devons lutter, c'est contre la complexité inutile, celle qui naît par exemple de l'empilement des dispositions normatives contradictoires ou mal pensées. S'il y a alors simplification, c'est moins du droit lui-même que de ses supports. Elle apparaît comme une tentative pour contenir le foisonnement des normes dans les sociétés modernes, au nom de la sécurité juridique. Mais cette démarche soulève alors de nouvelles questions : comment procède-t-on concrètement à cet effort de simplification- qu'entend-on par exemple par « simplification de l'accès aux normes » ? Et dans quelle mesure la simplification n'emporte-t-elle pas modification du droit ? L'amélioration et la qualité des textes implique-t-elle nécessairement maintien ou amélioration de la qualité de la norme ? ».

[562] J-J. LEMOULAND, *Rép. Civ., cit., supra* note 3, n° 76 : *« Jusqu'à maintenant, il n'a pas été envisagé d'instaurer une parfaite égalité entre les couples » ;* E. MATUTANO, *art. cit., supra* note 140, p. 1308 : *« La règle de droit protège au maximum les couples mariés et au minimum les concubins, cependant qu'elle maintient dans une zone médiane les partenaires à un pacs (...) ».* L'auteur parle d' *« un système à trois degrés »* ; A. TISSERAND-MARTIN, *art. cit., supra* note 303, p. 831 : *« Le dispositif légal de protection du logement traduit encore une conception hiérarchisée de la famille qui semble paradoxale au sein de notre droit positif ».*

[563] Si le terme « pluralisme » n'a pas *« véritablement d'antonyme ni de signification figée ».* (*Cf.*, P. WACHSMANN, « Pluralisme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008, p. 769) et que « pluralisme » et « pluralité » sont souvent utilisés comme synonyme, il convient toutefois de relever que *« pluralisme ne se confond (…) pas avec pluralité. Tandis que la pluralité relève d'un constat sur le caractère multiple de la réalité, le pluralisme est une doctrine qui se fixe pour idéal un ordre pluriel (…). Il ne concerne pas seulement une coexistence d'entités plurielles. Le pluralisme postule une volonté d'assurer un ordonnancement de cette altérité. Il favorise et souligne la pluralité en tant qu'objectif à atteindre ». Cf.,* P. MUZNY, « Approches théoriques du pluralisme », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, p. 14.

Chapitre 1.

Les limites à la centralisation communes aux trois types de couple

211. Les réserves de compétence.- Si le juge aux affaires familiales a vocation à connaître des litiges patrimoniaux des époux, des personnes liées par un pacte civil de solidarité et des concubins, le législateur a toutefois mis en place des réserves s'agissant de sa compétence dans ce domaine. Lorsqu'il s'agit des relations patrimoniales au sein du couple, la réserve s'affiche en faveur des deux juridictions que sont le juge des tutelles des majeurs[564] et le président du tribunal de grande instance (Section1). Au contraire, lorsqu'il est question de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux, la réserve ne vise pas directement des juridictions. En effet, le législateur exclut la compétence du juge aux affaires familiales lorsque la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux sont consécutifs à un décès ou à une absence déclarée (Section 2).

[564] L'article L. 221-9 du Code de l'organisation judiciaire, consacré aux compétences du juge des tutelles en matière de protection des majeurs, ne comprend pas l'expression « juge des tutelles des majeurs ». Il est vrai que cette dénomination a été créée pour opérer une distinction avec le juge aux affaires familiales, faisant fonction de juge des tutelles des mineurs (*Cf., infra* note 985). Cependant, nous utiliserons « juge des tutelles des majeurs » ici pour deux raisons. Tout d'abord, l'expression apparaît à l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire qui est l'objet de notre attention dans le cadre de cette section *: « (...)Le juge aux affaires familiales connaît : 1° De l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, des demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux et des indivisions entre personnes liées par un pacte civil de solidarité ou entre concubins, de la séparation de biens judiciaire, sous réserve des compétences du président du tribunal de grande instance et du juge des tutelles des majeurs. (...) »*. Ensuite, l'expression « juge des tutelles des majeurs » est également présente dans l'article L. 221-3 du Code de l'organisation judiciaire qui énonce qu' *« au sein du tribunal d'instance, un ou plusieurs juges exercent les fonctions de juge des tutelles des majeurs ».* Il convient de noter que l'emploi des termes « juge des tutelles » serait juste, la précision portant sur les majeurs ne change pas la nature de ce juge. Cependant, pour plus de clarté, nous retiendrons le plus souvent « juge des tutelles des majeurs ».

Section 1.

Les réserves de compétence du juge des tutelles des majeurs et du président du tribunal de grande instance en matière de relations patrimoniales

212. La complexité de la détermination des compétences exactes.- Aux termes de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, dans le cadre des relations patrimoniales du couple, le juge aux affaires familiales est dorénavant compétent pour l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, la séparation de biens judiciaire, les demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux et des indivisions, les actions relatives aux charges du mariage ou du pacte civil de solidarité. Nous avons vu que, dans le contexte même de la centralisation des compétences auprès du juge aux affaires familiales, l'étude des contours des matières qui lui étaient attribuées pouvait faire apparaître des conflits[565]. Il convient à présent d'étudier les incidences de limites beaucoup plus évidentes à la centralisation. En effet, les compétences du juge aux affaires familiales sont formulées sous réserve[566] de celles du président du tribunal de grande instance et du juge des tutelles des majeurs[567]. Lorsqu'il s'agit de déterminer la teneur de cette réserve, la réponse est loin d'être évidente. Ce d'autant plus que la recherche de la spécificité de la réserve concerne deux juridictions, le président du tribunal de grande instance et le juge des tutelles des majeurs, dans quatre matières différentes[568] : l'homologation judiciaire de changement de régime matrimonial, les demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux et des indivisions entre partenaires et concubins et enfin la séparation judiciaire. Cela aboutit à huit combinaisons. Il s'agit d'un véritable jeu de piste qui nous mène d'un code à l'autre. Afin de découvrir la teneur exacte des réserves, il convient tout d'abord d'examiner, dans le Code

---

[565] *Cf., supra* par. n° 43 et ss.

[566] G. CORNU, *op. cit., supra* note 505, p. 305 : *« Insérées, sous une forme consacrée, dans une disposition, les réserves ont pour objet de subordonner l'application de cette disposition à l'application préalable et prioritaire d'une autre disposition qu'elle désigne (...). Elle établit entre la première et la seconde un ordre prioritaire d'application. Elle marque une hiérarchie et règle le passage. (...). La disposition dont l'application plénière est réservée correspond souvent à ce qui est spécifique ».*

[567] Les actions relatives à contribution aux charges du mariage ou du pacte civil de solidarité ne seront pas étudiées dans cette partie puisqu'elles ne sont pas formulées sous réserve de la compétence d'autres juridictions. La compétence du juge aux affaires familiales en la matière est entière.

[568] L'analyse retenant que la réserve ne se reporte qu'à la séparation de biens judiciaire doit être évoquée pour aussitôt être rejetée.

de l'organisation judiciaire[569], la compétence des juridictions bénéficiaires de la réserve (Paragraphe 1) avant d'observer, dans le Code civil, le droit substantiel concerné par la réserve (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La détermination du contenu des réserves par l'étude des compétences d'attribution des juridictions

213. Il s'agit de s'intéresser aux compétences du juge des tutelles des majeurs (A) et du président du tribunal de grande instance (B) en rapport avec la matière étudiée.

A. La compétence du juge des tutelles des majeurs

214. Les critères d'intervention du juge des tutelles des majeurs.- L'article L. 221-9 du Code de l'organisation judiciaire indique que *« le juge des tutelles connaît (...) des demandes formées par un époux, lorsque son conjoint est hors d'état de manifester sa volonté, aux fins d'être autorisé à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement de ce dernier serait nécessaire, ou aux fins d'être habilité à le représenter ».* La compétence du juge des tutelles des majeurs est ainsi conditionnée par deux critères. Il faut être en présence, d'une part, d'un conjoint hors d'état de manifester sa volonté et, d'autre part, de mesures de représentation ou d'autorisation à mettre en œuvre. Parmi les demandes issues de la nouvelle rédaction de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, ce sont essentiellement les mesures de crise et les hypothèques qui peuvent correspondre aux critères d'intervention du juge des tutelles des majeurs. Après avoir déterminé de manière plus précise les compétences du juge des tutelles des majeurs en la matière, il faudra s'interroger sur la pertinence de la répartition des compétences.

215. Les mesures de crise en matière de régime matrimonial : une répartition peu rigoureuse entre le juge des tutelles des majeurs et le juge aux affaires familiales.- Le juge des tutelles des majeurs doit être reconnu compétent pour les mesures de crise, lorsque le conjoint est hors d'état de manifester sa volonté, et qu'il faut ordonner des mesures

[569] Le Code de procédure civile fournit également des indications quant à la compétence d'attribution bien qu'il devrait être consacré à la procédure.

d'autorisation ou de représentation. L'article 220-1 du Code civil n'est pas concerné par la compétence du juge des tutelles des majeurs car il est relatif à un époux *« qui manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille »* et le juge n'ordonne ni mesures d'autorisation ni de représentation[570]. C'est aux articles 217, 219, 1426, 1429 du Code civil qu'il est question d'un époux hors d'état de manifester sa volonté[571]. Toutefois, si les articles 217 et 219 du Code civil mettent en place des mesures de représentation ou d'autorisation, il en va différemment des articles 1426 et 1429 qui traitent des mesures de substitution[572] et ne peuvent donc relever de la compétence du juge des tutelles des majeurs. Il faut toutefois préciser que l'article 1426 prévoit également des mesures d'autorisation en son alinéa 2 selon lequel le conjoint *« passe avec l'autorisation de justice les actes pour lesquels son consentement aurait été requis s'il n'y avait pas eu substitution ».* Il convient par conséquent de se demander si, selon les critères de l'article L. 221-9 du Code de l'organisation judiciaire, la compétence du juge des tutelles des majeurs s'applique aux articles 217, 219, 1426 alinéa 2 du Code civil, lorsqu'un époux est hors d'état de manifester sa volonté.

A la lecture du Code de procédure civile, la réponse ne peut être affirmative que pour les hypothèses visées par les articles 217 et 219 du Code civil, lorsqu'un époux est hors d'état de manifester sa volonté. En effet, l'alinéa 2 de l'article 1286, dans sa version issue du décret n° 2009-1591 du 17 décembre 2009, énonce que *« les demandes d'autorisation et d'habilitation prévues par les articles 217 et 219 du même code, lorsque le conjoint est hors d'état de manifester sa volonté, sont présentées au juge des tutelles »* alors que l'alinéa premier prévoit que *« les demandes d'autorisation et d'habilitation prévues par la loi, et notamment à l'article 217, au deuxième alinéa de l'article 1426 (...), sont formées par*

---

[570] Cela est confirmé par l'article 1290 du Code de procédure civile qui prévoit que *« les mesures urgentes prévues à l'article 220-1 du Code civil sont prescrites par le Juge aux affaires familiales en référé ou, en cas de besoin, par ordonnance sur requête »*.

[571] Une différence existe entre les articles du régime primaire et ceux du régime légal. En effet, dans le régime de communauté réduit aux acquêts, le conjoint doit être hors d'état de manifester sa volonté, à l'instar du conjoint concerné par les articles 217 et 219. Mais cet état doit être caractérisé de durable. Cette différence doit toutefois être considérée plus comme une différence de degré que de nature. Ainsi, le premier critère d'intervention du juge des tutelles se retrouve dans les articles du régime primaire mais également dans ceux du régime légal.

[572] N. COUZIGOU-SUHAS, Y. LE LEVIER, Les habilitations judiciaires entre époux : une figure libre d'assistance a la personne vulnérable à promouvoir, *AJ fam.,* 2006, p. 198 : *« La substitution n'est pas une représentation. Elle implique ici retrait ou confiscation des pouvoirs de l'époux défaillant au profit de son conjoint, qui seul devient l'administrateur de la communauté (...). La substitution emporte transfert et concentration des pouvoirs au nom de l'époux demandeur qui est le seul désormais à pouvoir agir, là où la gestion pouvait être concurrente, voire exclusive. L'époux bénéficiaire aura alors la seule responsabilité de*

requête devant le juge aux affaires familiales ». Ainsi, s'il est logique de réserver la compétence du juge aux affaires familiales dans le cadre de l'article 217, lorsqu'un époux oppose un refus à un acte non justifié par l'intérêt de la famille, il est plus étonnant d'appliquer, sans distinction, cette compétence aux mesures d'autorisation de l'alinéa 2 de l'article 1426[573]. Cette dernière disposition peut, elle aussi, concerner une situation dans laquelle un des époux est hors d'état de manifester sa volonté.

Quant aux mesures de substitution des articles 1426 et 1429, l'article 1291 du Code de procédure civile vient confirmer que même si l'un des époux est hors d'état de manifester sa volonté, c'est le juge aux affaires familiales qui est compétent[574]. Cet article prévoit que *« les actions prévues aux alinéas 1 et 3*[575] *de l'article 1426 et aux articles 1429 et 1580 du code civil sont réglées par les règles applicables aux demandes en séparation de biens »*. L'article 1292 du Code de procédure civile[576] comme l'article L. 213-3 Code de l'organisation judiciaire[577] attribuent au juge aux affaires familiales la compétence pour la séparation de biens judiciaire. Le juge aux affaires familiales est alors nécessairement compétent pour les actions fondées sur les articles 1426 et 1429 du Code civil[578].

Ainsi, le juge aux affaires familiales et le juge des tutelles des majeurs connaissent tous les deux des mesures de crise mais selon une répartition peu rigoureuse.

---

l'administration de la communauté. Seuls les actes limitativement énumérés, relevant de la cogestion des époux, nécessiteront une autorisation judiciaire afin de remplacer celle de l'époux défaillant ».

[573] Article 1426 alinéa 2 : *« Le conjoint, ainsi habilité par justice, a les mêmes pouvoirs qu'aurait eus l'époux qu'il remplace, il passe avec l'autorisation de justice les actes pour lesquels son consentement aurait été requis s'il n'y avait pas eu substitution »*.

[574] Il est également possible d'accéder à cette solution par la lecture du Code civil. En effet, dans les dispositions initiales des articles 1426 et 1429 du Code civil, il est énoncé que les demandes sont soumises aux articles 1445 à 1447 du Code civil relatifs à la séparation de biens judiciaire. Il suffit ensuite de se référer également à l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire qui reconnaît la compétence du juge aux affaires familiales pour cette procédure.

[575] Il s'agit de l'action en restitution des pouvoirs.

[576] Article 1292 du Code civil alinéa 1er : *« la demande en séparation de biens est portée devant le juge aux affaires familiales de la résidence de la famille. Elle obéit aux règles de l'article 1136-1 »*.

[577] La référence à l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire ne peut évidemment pas suffire en elle-même puisque cet article affirme certes la compétence du juge aux affaires familiales mais sous réserve notamment des compétences du juge des tutelles des majeurs.

[578] Dans le cadre des travaux parlementaires ayant abouti à la loi du 12 mai 2009, le rapport n° 209, de M. B. SAUGEY, fait au nom de la commission des lois du Sénat, déposé le 11 février 2009, contient des précisions, quant à la réserve du juge des tutelles des majeurs, qui vont dans le sens d'une compétence uniquement pour les mesures prévues aux articles 217 et 219 du Code civil. En effet, il y est indiqué que *« le texte proposé par l'article 9 de la proposition de loi pour l'article L. 221-9 du Code de l'organisation judiciaire donne une base aux dispositions de l'article 1286 du code de procédure civile, selon lesquelles les demandes d'autorisation et d'habilitation prévues par les articles 217 et, 219 du Code civil, lorsque le conjoint est hors d'état de manifester sa volonté, sont présentées par le juge des tutelles »*. Il y a lieu de préciser que l'article, analysé par la commission des lois, est rédigé dans les mêmes termes que l'article final. Ainsi, la référence est pertinente pour déterminer les contours de cette réserve.

216. Les mesures de crise en matière d'indivision: une compétence du juge des tutelles des majeurs à la carte.- Il convient à présent de se demander quel est le juge compétent pour connaître de la demande formée sur le fondement de l'article 815-4 du Code civil qui prévoit dans son alinéa 1er que : *« si l'un des indivisaires se trouve hors d'état de manifester sa volonté, un autre peut se faire habiliter par justice à le représenter, d'une manière générale ou pour certains actes particuliers (...) ».* Il y a lieu de s'intéresser d'abord à l'indivisaire membre d'un couple marié et ensuite à celui membre d'un couple non marié.

217. L'époux indivisaire.- Nous avons vu que le juge aux affaires familiales ne pouvait être déclaré en l'état compétent pour les indivisions entre époux[579]. Cela peut-il avoir une conséquence sur la compétence du juge des tutelles des majeurs ? Au sein de l'article 815-4, il est fait mention d'un indivisaire hors d'état de manifester sa volonté et de la mise en place d'une représentation. Cela correspond aux critères d'intervention du juge des tutelles des majeurs, tels que précisés à l'article L. 221-9 du Code de l'organisation judiciaire. Si l'indivisaire est un époux, même si aucun article du Code de procédure civile ne vient le confirmer ou l'infirmer, la compétence du juge des tutelles des majeurs pourrait s'appliquer si une demande est faite dans le cadre de l'article 815-4 du Code civil, lorsque l'un des époux coindivisaire est hors d'état de manifester sa volonté. Aucun élément ne permet d'en douter[580], et ceci bien que ce soit le tribunal de grande instance, et non le juge aux affaires familiales, qui soit compétent pour l'indivision entre époux.

218. L'exclusion des partenaires et des concubins de la compétence du juge des tutelles des majeurs.- Force est de constater que rien ne permet d'étendre la compétence du juge des tutelles des majeurs aux partenaires et aux concubins faisant appel au juge pour des motifs

---

[579] *Cf.,* état du droit positif *supra* par. n° 82 et ss. et proposition de modification *supra* par. n° 93.

[580] Dans un sens contraire. *Cf.,* Circulaire CIV 10/10 du 16 juin 2010 dont l'objet est la « présentation de l'article 14 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures et du décret n° 2009-1591 du 17 décembre 2009 relatif à la procédure devant le juge aux affaires familiales en matière de régimes matrimoniaux et d'indivisions ». La circulaire indique que : *« Les procédures dévolues au juge aux affaires familiales recouvrent notamment les actions concernant les autorisations et habilitations lorsqu'un des époux (...) est hors d'état de manifester sa volonté (par ex., C. Civ., (815-4, 1426 al 1, 2405, 2446) ou exprime un refus mettant en péril l'intérêt commun (C. civ., art 217, 219, (...), 2405 et 2446) ; les actions portant sur les difficultés liées à un dysfonctionnement du régime (...) (par ex. C. Civ ; art 1426 al 2 et 3, 1580 et 1427) et les actions portant sur la détermination du régime matrimonial ».* Toutefois, des conclusions définitives ne peuvent être tirées d'une circulaire, qui n'a qu'une valeur relative. *Cf.,* J. CASEY, Liquidation et pouvoirs du JAF : une circulaire discrète mais ferme!, *Gaz. Pal.,* 11 septembre 2010, n° 254, p. 7.

identiques dans le cadre de l'indivision[581]. Les articles relatifs à la compétence du juge des tutelles des majeurs font expressément mention des termes de conjoint[582] et d'époux.

219. Les hypothèques des époux : l'incompétence du juge des tutelles des majeurs.- Au regard des critères de compétence du juge des tutelles des majeurs au sens de l'article L. 221-9 du Code de l'organisation judiciaire, il convient de se demander si le juge des tutelles des majeurs est également compétent lorsque, dans le cadre des hypothèques des époux, il y a intervention judiciaire pour une cession de rang[583] ou une mainlevée d'hypothèque[584]. En effet, dans ces hypothèses, les deux critères d'intervention du juge des tutelles ds majeurs sont réunis. L'un des époux peut être hors d'état de manifester sa volonté et des mesures d'autorisation sont mises en place. Cependant, l'article 1286 du Code de procédure civile n'introduit pas l'hypothèse de la compétence du juge des tutelles des majeurs puisqu'il énonce que *« les demandes d'autorisation et d'habilitation prévues par la loi, et notamment (...) aux articles 2405 (...) et 2446 du Code civil sont formées par requête devant le juge aux affaires familiales ».*

220. La pertinence de la répartition des compétences Si aucun conflit réel ne peut être soulevé, la pertinence de la répartition des compétences entre le juge aux affaires familiales et le juge des tutelles des majeurs peut être discutée.

221. La question de l'unification des compétences lorsque l'un des époux est hors d'état de manifester sa volonté.- Il faut d'abord juger regrettable que les compétences du juge des tutelles des majeurs ne s'étendent pas aux articles 1426, 1429, 2405 et 2446 du Code civil lorsqu'un des époux est hors d'état de manifester sa volonté. En effet, ces articles ayant le même objectif[585], il serait intéressant d'étendre les compétences du juge des tutelles des majeurs à ces hypothèses. Il est difficile de comprendre pourquoi elles sont limitées aux

---

[581] Dans ce sens, J. MASSIP, art. *cit., supra* note 222, p. 39.
[582] *Cf.,* Cass., 2e civ., 5 mars 2008, arrêt. *cit., supra* note 275.
[583] Article 2405 du Code civil.
[584] Article 2446 du Code civil.
[585] Pour une illustration de l'objectif commun des mesures : *Cf.,* N. COUZIGOU-SUHAS, Y. LE LEVIER, *art. cit., supra* note 572, p. 198 : *« Plusieurs dispositions dans le code civil permettent à un époux d'assister et de remplacer son conjoint sur la scène juridique (...) beaucoup de couples mariés - par définition l'autre moitié - sont animés, à tout le moins, d'un souci de protection vis-à-vis de l'autre. Le code civil prend en compte cette réalité. Il s'agit des articles 217 et 219 du code civil du régime primaire qui ont vocation ainsi à s'appliquer à tous les époux quel que soit leur régime matrimonial, mais aussi des articles 1426 et 1429 du code civil à destination des époux mariés sous un régime de communauté »* ; C. PHILIPPE, Régimes matrimoniaux et altérations des facultés mentales, *Dr. fam.,* 2006, Etude 24.

mesures relevant du régime primaire et ne sont pas étendues aux mesures de substitution[586]. D'autant plus qu'en l'espèce, le critère d'intervention est assez simple à établir. Le juge des tutelles des majeurs interviendrait lorsqu'un des époux est hors d'état de manifester sa volonté. Différentes situations sont visées. Il s'agit d'un éloignement, d'un emprisonnement, d'une absence ou d'une maladie qui peuvent dans certaines hypothèses entraîner l'ouverture d'un régime de protection. Il est alors pertinent d'attribuer cette compétence étendue au juge des tutelles des majeurs qui est déjà compétent pour l'ouverture d'un régime de protection des majeurs et pour la procédure de présomption d'absence[587].

Si le juge des tutelles des majeurs s'intéresse au membre du couple hors d'état de manifester sa volonté, c'est donc la protection de la personne qui le conduit à intervenir[588]. C'est de l'intérêt de cette personne qu'il s'agit. Dans un arrêt de la première chambre civile du 1er octobre 1985[589], la Cour de cassation l'a rappelé pour la représentation judiciaire de l'article 219 du Code civil en énonçant que *« la finalité de la disposition de l'article 219 du Code civil conduit à prendre en considération l'intérêt bien compris de l'époux ».*

Si cette extension des compétences du juge des tutelles des majeurs était retenue, l'article 428 du Code civil prendrait toute son importance dans son rôle d'interaction entre le régime d'incapacité et les mesures des régimes matrimoniaux[590]. Cet article prévoit en effet que : *« la mesure de protection ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par l'application des règles du droit commun de la représentation, de celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux, en particulier celles prévues aux*

---

[586] Cette distinction aboutit au fait qu'un époux, lorsque son conjoint est hors d'état de manifester sa volonté, peut saisir le juge aux affaires familiales sur la base des articles 1426 et 1429 du Code civil et, si les conditions sont également présentes, le juge des tutelles sur la base des articles 217 et 219 du Code civil.

[587] Article L. 221-9 du Code de l'organisation judiciaire : *« Le juge des tutelles connaît 1° De la sauvegarde de justice, de la curatelle, de la tutelle des majeurs (...) 4 ° De la constatation de la présomption d'absence »*.

[588] S. GUINCHARD (dir.), *op. cit., supra* note 11, p. 227 : *«Le juge aux affaires familiales a pour tâche principale la préservation (...) l'équilibre des intérêts au sein du couple ; c'est dire que son intervention est liée à la « cellule familiale » plus qu'à « la famille lignage ». (...) Au fond, la protection des majeurs vulnérables se rattache au droit des personnes et l'intervention du juge est motivée par des constatations médicales et sociales, conduisant à une situation de particulière vulnérabilité (précarité sociale, sénilité, handicap mental), pour laquelle la justice doit intervenir afin de garantir durablement une protection adéquate à la personne concernée. Au contraire, le droit de la famille n'est, en principe, appréhendé ni sous l'angle médical, ni sous l'angle de la précarité sociale, ni sous celui de la contrainte, bien au contraire, c'est une mission de conciliation qui domine l'office du juge aux affaires familiales »*.

[589] Cass., 1e civ., 1 octobre 1985, *JCP éd. N,* 1986, II, 249, note Ph. SIMLER.

[590] J. MASSIP, *art. cit., supra* note 222, p. 35. Pour une illustration du caractère suffisant des règles relatives aux droits et devoirs des époux et des règles des régimes matrimoniaux. *Cf.,* Cass., 1e , civ., 1er février 2012, *Dr. fam.,* 2012, Comm. 53, note I. MARIA.

articles 217, 219, 1426 et 1429, par une autre mesure de protection judiciaire moins contraignante ou par le mandat de protection future conclu par l'intéressé » [591].

Quant au juge aux affaires familiales, il serait saisi dans les situations dans lesquelles aucune des parties n'est hors d'état de manifester sa volonté. Le critère d'intervention serait, dans un premier temps, déterminé par défaut. Mais il s'agirait aussi de connaître les situations de conflits entre membres du couple, dans lesquelles il est question d'intérêt de la famille. D'ailleurs, dans les articles 217, 220-1, 1429, 2405 et 2446 du Code civil, il est fait référence explicitement à cette notion. Il peut être discuté de la rigueur de cette notion. L'intérêt de la famille étant une notion floue, peut-elle être utilisée comme critère de répartition ? Cependant, il faut associer à ces notions une situation de conflit pour que la compétence du juge aux affaires familiales soit reconnue alors que le juge des tutelles des majeurs intervient dans des situations consensuelles. Et la notion d'époux hors d'état de manifester sa volonté qui s'oppose à l'intérêt de la famille est moins floue.

Il faut se demander également si la notion d'« intérêt de la famille » ne devrait pas céder sa place, en droit des couples, à la notion d'« intérêt du couple ». Il semble toutefois que cette notion soit trop restrictive car les mesures examinées concernent effectivement les couples mais, le cas échéant, d'autres membres de la famille[592]. De plus, la Cour de cassation, depuis son arrêt du 6 janvier 1976[593] a élaboré une méthode d'appréciation de l'intérêt de la

---

[591] Avant la réforme de 2007, C. PHILIPPE, *art. cit., supra* note 585, p. 36 : *« Reste l'option régimes matrimoniaux, incapacité ; la subsidiarité de l'article 498 du Code civil impose de donner la primauté à la première catégorie de règles. L'avant-projet de réforme des incapacités accentue la volonté d'effacer le statut d'incapacité face à un régime matrimonial dont le fonctionnement est satisfaisant puisque son article 20 dispose que « les mesures de tutelle et de curatelle doivent être subsidiaires. Il n'y a lieu de les mettre en œuvre qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts du majeur notamment par application des articles 217, 219, 1426 et 1429 du Code civil, par un mandat de protection future ou par un mandat spécial visé à l'article 17 c'est-à-dire la désignation par le juge d'un mandataire spécial à l'effet d'accomplir un ou plusieurs actes déterminés, même de disposition, s'il y a nécessité d'agir immédiatement pour le compte du majeur protégé »*.

[592] C. POMART, *op. cit., supra* note 56, p. 303 : *« Une chose est certaine, il appartient (...) au magistrat de procéder à une appréciation globale de ce qu'exige la satisfaction des intérêts de la famille, famille composé des deux époux et des éventuels enfants du couple, afin de prendre les mesures adéquates qui lui permettront de surmonter cette crise passagère »*.

[593] Cass., 1e civ., 6 janvier 1976, *D.* 1976, Juris., p. 253, note A. PONSARD. *Adde,* C. POMART, *op. cit., supra* note 56, p. 61 : *« La seconde hypothèse est celle où les parties au litige, deux personnes ou deux groupes de personnes qui s'affrontent, appartiennent toutes deux à la même famille. L'affrontement est alors intra-familial. Il s'agira d'effectuer une conciliation des intérêts opposés de différents membres de la famille. Les intérêts respectifs des différentes parties seront examinés par le juge en vue de l'appréciation de l'intérêt de la famille. (...). La Cour de cassation considère que l'intérêt de la famille ne se résume pas à l'intérêt de l'un de ses membres, pas plus d'ailleurs qu'à la somme des intérêts particuliers de tous ses membres. De même, il serait erroné de penser que l'intérêt de la famille s'entend nécessairement de l'intérêt conjugal. La démarche du juge ne consiste pas à considérer que l'intérêt de la famille doit satisfaire l'intérêt de chacun de ses membres. Il n'est pas d'avantage question d'admettre que l'intérêt de la famille doit être assimilé à un intérêt particulier, celui*

famille qui permet la prise en compte de la diversité des situations des couples. En effet, la Cour de cassation retient que *« l'existence et la légitimité d'un tel intérêt* (l'intérêt de la famille) *doivent faire l'objet d'une appréciation d'ensemble ».*

222. La pertinence de l'extension des compétences du juge des tutelles des majeurs aux membres de tous les couples dans le cadre de l'article 815-4 du Code civil.- S'il est admis que la fonction du juge des tutelles des majeurs n'est pas de protéger le conjoint en tant que tel mais parce qu'il est hors d'état de manifester sa volonté, la compétence du juge des tutelles des majeurs pourrait ainsi être facilement étendue aux couples non mariés, sans réel bouleversement. Mais il ne faut pas nier que cela irait dans le sens d'une assimilation des différents couples, bien que la protection s'adresse uniquement aux membres du couple et pas au couple en soi. Le juge des tutelles des majeurs n'étant pas le juge du couple mais le juge de la protection des membres du couple, il est toutefois envisageable d'opérer de cette manière, sans remettre en cause les différences de statuts des couples en droit substantiel.

223. Avant de s'attacher à l'examen du droit substantiel, il convient de s'intéresser aux compétences du président du tribunal de grande instance précisées dans le Code de l'organisation judiciaire.

B. La compétence du président du tribunal de grande instance

224. Le président du tribunal de grande instance. Les articles L. 213-1 et L. 213-2 du Code de l'organisation judiciaire doivent être examinés quant à la compétence du président du tribunal de grande instance. Le premier prévoit que *« le président du tribunal de grande instance a compétence dans les matières déterminées par la loi et le règlement »,* l'autre qu'*« en toutes matières, le président du tribunal de grande instance statue en référé ou sur requête ».* Le premier est relatif au fond et nous renvoie donc à l'étude du droit substantiel des matières concernés par la réserve[594]. Le second traite du contentieux provisoire. La réserve

---

que le juge a choisi de privilégier. Ce peut être le cas mais ce ne doit pas l'être de façon systématique et impérative. Il est donc primordial de noter que l'aspect « fusion de l'intérêt respectif des différents membres de la famille » l'emporte sur l'aspect « prise en compte et respect des intérêts individuels de chacun. Or, le terme « fusion » laisse supposer que les intérêts particuliers pourront être éventuellement être légèrement dénaturés, pourvu que l'intérêt global de la famille soit sauvegardé ».

[594] Pour rappel, ces matières sont l'homologation du changement de régime matrimonial, la séparation de biens judiciaire, les demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux et de l'indivision.

serait-elle relative à cette dimension? Le président du tribunal de grande instance statuerait en référé ou sur requête pour toutes les matières contenues dans l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, de la compétence du juge aux affaires familiales. Mais il faut indiquer que l'article 1073 du Code de procédure civile affirme, dans son alinéa 2, que le juge aux affaires familiales *« exerce aussi les fonctions de juge des référés ».* S'agit-il des seules requêtes ? Mais il faut là aussi préciser que le juge aux affaires familiales peut être juge des requêtes. Il en va ainsi pour les mesures urgentes de l'article 220-1 du Code civil. En effet, l'article 1290 du Code civil énonce que *« les mesures urgentes prévues à l'article 220-1 du Code civil sont prescrites par le juge aux affaires familiales statuant en référé ou, en cas de besoin, par ordonnance sur requête ».*

225. Il est difficile d'aller plus loin avec le seul Code de l'organisation judiciaire, aussi faut-il passer dans le Code civil à l'examen des matières concernées par les réserves.

Paragraphe 2. La détermination du contenu des réserves par l'étude du droit substantiel

226. Les compétences d'attribution et le Code civil.- Si les codes de droit substantiel n'ont pas vocation à traiter des compétences d'attribution, il est fréquent que cela soit néanmoins le cas[595]. Ainsi, il convient de rechercher dans le Code civil les compétences respectives du juge des tutelles des majeurs et du président du tribunal de grande instance s'agissant des quatre matières de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, c'est-à-dire l'homologation du changement de régime matrimonial, la séparation de biens judiciaire, les demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux et de l'indivision.

227. L'homologation du changement de régime matrimonial.- Le Code civil fait mention du juge des tutelles, ou du conseil de famille s'il a été constitué, à l'article 1397 qui prend en compte l'hypothèse dans laquelle l'un ou l'autre des époux fait l'objet d'une mesure de protection juridique dans le cadre d'un changement ou d'une modification du régime matrimonial. Il est indiqué que *« lorsque l'un ou l'autre des époux fait l'objet d'une mesure de protection juridique (...), le changement ou la modification du régime matrimonial est soumis à l'autorisation préalable du juge des tutelles ou du conseil de famille s'il a été*

constitué ». Dans cette situation, il s'agit d'un conflit apparent. En effet, les compétences du juge aux affaires familiales et du juge des tutelles des majeurs sont bien délimitées. Le juge des tutelles des majeurs[596] autorise l'homologation dont a la charge le juge aux affaires familiales.

228. La séparation de biens judiciaire.- Quant à la séparation de biens judiciaire, il est indiqué, à l'article 1444 du Code civil, que *« la séparation de biens, quoique prononcée en justice, est nulle si les poursuites tendant à liquider les droits des parties n'ont pas été commencées dans les trois mois du jugement passé en force de chose jugée et si le règlement définitif n'est pas intervenu dans l'année de l'ouverture des opérations de liquidation. Le délai d'un an peut être prorogé par le président du tribunal statuant dans la forme des référés ».* Y aurait-il partage de compétence entre le juge aux affaires familiales et le président du tribunal de grande instance ? La compétence expressément spécifiée du président du tribunal de grande instance devrait aboutir à la qualification de conflit apparent. Au titre de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, le juge aux affaires familiales serait compétent pour la séparation de biens judiciaire, sauf pour la prolongation du délai du règlement définitif qui serait de la compétence du président du tribunal de grande instance. Il convient toutefois de se demander quelle spécificité permet de valider cette réserve. Le rapport fait au nom de la commission des lois du Sénat[597], dans le cadre des travaux parlementaires, indique que : *« le président du tribunal de grande instance est compétent pour statuer sur les demandes urgentes. Comme il peut déléguer sa compétence, les demandes peuvent être examinées à tout moment, y compris le week-end, par un magistrat du siège ».* Un des articles cités en exemple est l'article 1444 du Code civil. La pertinence des arguments est discutable car le juge aux affaires familiales peut faire également fonction de juge des référés et ainsi gérer l'urgence[598]. Par ailleurs, la compétence du président de tribunal de grande instance semble anecdotique car elle n'est précisée, dans le cadre des régimes matrimoniaux, qu'à l'article 1444. N'est-ce pas plutôt un oubli du législateur dans la mise en cohérence des nouvelles compétences du juge aux affaires familiales ? Devant le manque d'intérêt de la compétence du président du tribunal de grande instance, au lieu d'un conflit

[595] I. DESPRES, *art. cit., supra* note 50, p. 87.
[596] En l'absence du Conseil de famille.
[597] Rapport *cit,. supra* note 578.
[598] D'autant plus que dans le cadre de l'article 1444, il s'agit de statuer en la forme des référés. Il ne s'agit pas alors de gérer l'urgence des référés.

apparent, il nous semble plutôt que c'est un contexte favorable à l'émergence d'un conflit réel.

229. Les demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux.- S'agissant des demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux telles qu'elles ont été définies précédemment, aucun article du Code civil ne mentionne une quelconque compétence du juge des tutelles des majeurs. La compétence du président du tribunal de grande instance est prévue à l'article 1572 qui énonce que le président du tribunal, statuant en la forme des référés, peut proroger le délai de neuf mois accordé pour réaliser un état descriptif de la consistance du patrimoine des époux mariés sous le régime de participation aux acquêts lors de la dissolution de ce régime. Mais il ne s'agit déjà plus du fonctionnement du régime matrimonial mais plutôt de sa dissolution.

230. Les demandes relatives au fonctionnement de l'indivision.- En présence d'une indivision, la recherche du contenu exact de la réserve est d'autant plus complexe que *« la loi du 31 décembre 1976 a fait une large place au juge*[599]*, huit articles sur les dix-neuf du régime légal de l'indivision y font en effet référence. Ils sont encore trois sur dix-neuf dans le régime de l'indivision conventionnelle »*[600]. Aussi convient-il de confronter cette nouvelle compétence du juge aux affaires familiales aux articles du Code civil, au sein duquel deux catégories d'articles coexistent. Certains font mention d'un juge, d'un tribunal sans les nommer précisément[601]. D'autres font référence à un juge spécifique : le président du tribunal de grande instance[602] ou le tribunal de grande instance[603]. C'est ici que prend toute son ampleur l' *« observation selon laquelle de deux choses l'une : soit on décide uniformément de viser le juge, de manière générique, ce qui évite d'avoir à changer les textes substantiels lorsqu'il y a des réformes processuelles qui modifient la compétence d'attribution, soit on veut se montrer plus précis, en ajoutant la mention de quel juge il s'agit, mais alors, il incombe aux autorités de veiller à réaliser systématiquement les mises à jour rendues nécessaires par l'évolution du droit »*[604]. En l'espèce, le législateur a choisi la seconde option

[599] Dans le Code civil.
[600] H. PERINET-MARQUET, « Le juge et l'indivision », in Association H. CAPITANT, *L'indivision, Journées nationales*, Tome VII Bordeaux, Dalloz, 2005, p. 15.
[601] Articles 815-4, 815-5, 815-12, 1873-5 du Code civil.
[602] Articles 815-6, 815-7, 815-9, 815-11, 1873-10 du Code civil.
[603] Article 815-5-1 du Code civil.
[604] I. DESPRES, *art. cit., supra* note 50, p. 90.

mais sans tenir compte de la mise en garde. Ainsi, la détermination de la juste compétence s'en trouve compliquée. Il est opportun de considérer qu'en l'absence de désignation de juge spécifique, la compétence du juge aux affaires familiales ne prête pas à discussion dans le cadre des indivisions relevant du champ d'application de l'article L. 213-3 du code de l'organisation judiciaire. Ensuite, il convient de réfléchir à la seconde hypothèse, dans laquelle un juge spécifique est désigné. Il s'agit de se demander si ces compétences, en fonction de leur spécificité, doivent demeurer dans le cadre d'une indivision entre partenaire et concubins relevant de la compétence du juge aux affaires familiales[605].

231. Le juge aux affaires familiales et le président du tribunal de grande instance : les indivisions entre partenaires et concubins.- La compétence du président du tribunal de grande instance est mentionnée dans les articles du Code civil relatif à l'indivision. Contrairement à la compétence du tribunal de grande instance[606], celle du président du tribunal de grande instance fait l'objet d'une réserve dans le cadre de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire. La compétence du président du tribunal de grande instance, expressément spécifiée dans le Code civil, et confortée par l'existence d'une réserve en sa faveur au sein du Code de l'organisation judiciaire, aboutit-elle à un conflit apparent ? En ce sens que si le partage des compétences parait obscur dans un premier temps, il s'éclaircit à la lecture des différents codes. La circulaire du 16 juin 2010[607] va dans ce sens. En effet, elle indique que *« les demandes relatives aux indivisions fondées sur les articles 815-6, 815-7 et 815-9*[608] *du code civil restent de la compétence du président du tribunal de grande instance, celle-ci étant spécialement prévue ».* Mais la pertinence de cette réserve en faveur du président du tribunal de grande instance nous semble discutable[609]. Quelle pourrait être la

[605] Il faut rappeler que cela ne concerne pas les indivisions entre époux car le juge aux affaires familiales n'y est pas reconnu compétent.
[606] Nous avons vu que dans le cadre de la compétence du tribunal de grande instance en matière d'autorisation judiciaire de vente, la question portait plus sur l'absence de la compétence *ab initio* du juge aux affaires familiales que sur une réserve de compétence. *Cf., supra* par. n° 77.
[607] Circulaire *cit., supra* note 580.
[608] Il faut noter que la circulaire ne mentionne pas l'ensemble des articles qui font référence à la compétence du tribunal de grande instance, en ne citant pas l'article 815-10 et l'article 1873-10 du Code civil.
[609] J. MASSIP, *art. cit., supra* note 222, p. 35 : *« Si l'on s'en tient au texte de l'article L. 213-3, 1° du Code de l'organisation judiciaire il semble bien que la compétence du président du tribunal de grande instance doive être conservée lorsque des époux séparés de biens ont acquis des biens en indivision pour les actions fondées sur les articles 815-6, 815-7 et 815-9 du Code civil (en ce sens, circ. 16 juin 2010, n°1-1). Il en serait de même en cas de participation aux acquêts pour les biens indivis entre les époux. La solution nous paraît regrettable s'agissant d'un contentieux qui ne concerne que les conjoints et elle semble contraire à l'esprit de la loi qui est de concentrer entre les mains du JAF l'ensemble du contentieux »* ; p. 39 : *« Les demandes relatives au fonctionnement des indivisions fondées sur les articles 815-6, 815-7 et 815-9 du Code civil continueraient à*

spécificité fondant le maintien de la compétence du président du tribunal de grande instance ? Une fois admis que les indivisions entre partenaires et concubins appelaient un juge spécifique, il semble que le juge aux affaires familiales peut valablement être compétent pour des mesures visées par les articles en discussion. En effet, dans les hypothèses des articles 815-6 et 815-7 du Code civil, il s'agit de prescrire ou d'autoriser des mesures urgentes que requiert l'intérêt commun. Dans les trois autres articles, c'est la dimension provisoire qui jaillit. Dans l'article 815-9 du Code civil, il est prévu que l'exercice du droit est réglé à titre provisoire. Au sein de l'article 815-11, il s'agit de *« répartition provisionnelle des bénéfices sous réserve d'un compte à établir lors de la liquidation définitive ».* L'article 1873-10, quant à lui, prévoit que le président du tribunal de grande instance statue à titre provisionnel. Il semble que la réserve de compétence du président du tribunal de grande instance ne se justifie plus. Elle était peut-être intéressante lorsque le tribunal de grande instance était compétent, le président du tribunal de grande instance étant plus réactif. Mais depuis le décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004, le juge aux affaires familiales exerce de façon générale les fonctions de juge des référés et peut donc être le juge de l'urgence et du provisoire au même titre que le président du tribunal de grande instance. Devant l'absence d'intérêt[610] de la compétence du président du tribunal de grande instance, il convient de se demander si son maintien est le résultat d'un oubli du législateur. Sans réponse précise, des conflits réels peuvent émerger.

232. Les indivisions entre époux.- Il nous semble important de rappeler que ce raisonnement n'est relatif qu'à l'indivision entre les partenaires et les concubins pour laquelle le juge aux affaires familiales est compétent. Dans le cadre de l'indivision entre époux, le tribunal de grande instance étant compétent en droit positif[611], la compétence du président de tribunal de grande instance se justifie. Il en irait différemment si la compétence du juge aux affaires familiales était également reconnue pour les indivisions entre époux.

233. Enfin, pour conclure sur la compétence du président du tribunal de grande instance, il faut rappeler que celle-ci, lorsqu'elle est mentionnée dans les articles précités, s'adresse à toutes les indivisions et non uniquement à des indivisions entre les membres d'un couple. Ainsi, il faut veiller à la maintenir de manière textuelle pour ces indivisions. Une fois la

---

relever de la compétence du président du tribunal de grande instance, solution qui, comme pour les époux, nous paraît regrettable et contraire à l'esprit de la loi du 12 mai 2009 ».

[610] J. CASEY, *art. cit., supra* note 580, p. 7 : *« On peut regretter que les actions confiées au président du tribunal de grande instance en droit de l'indivision n'aient pas été transférées au juge aux affaires familiales ».*

compétence du juge aux affaires familiales pleinement affirmée en matière d'indivision au sein des différents couples et la réserve de la compétence du président du tribunal de grande instance supprimée au sein de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, l'article 1073 du Code de procédure civile permettra certainement de reconnaître la compétence du juge aux affaires familiales pour ces demandes dans le cadre des indivisions de couple.

[611] *Cf., supra* note 279 sur les questions relatives à la compétence du tribunal de grande instance en la matière.

Conclusion de la Section 1

234. La réserve de compétence : une technique créatrice de conflits réels.- Dans la cadre des relations patrimoniales du couple, la centralisation des compétences auprès du juge aux affaires familiales doit composer avec des réserves de compétences au profit du juge des tutelles des majeurs et du président du tribunal de grande instance. Le juge aux affaires familiales voit donc sa compétence limitée par celle d'autres juridictions, ce qui peut questionner la réalité de la centralisation, d'autant plus que ces limites sont créatrices de conflits. L'existence de conflits et la volonté de centraliser le contentieux permet de proposer quelques modifications s'agissant des compétences du président du tribunal de grande instance et du juge des tutelles des majeurs.

235. L'exclusion de la compétence du président du tribunal de grande instance.- S'agissant du président du tribunal de grande instance, sa réserve n'a plus de raison d'être et devrait donc être supprimée.

236. L'extension de la compétence du juge des tutelles des majeurs.- S'agissant du juge des tutelles des majeurs, il faudrait, au contraire, que sa réserve prenne toute son ampleur et qu'elle ait à jouer chaque fois que l'hypothèse d'un membre du couple hors d'état de manifester sa volonté est prise en compte dans un article, en vue d'ordonner une mesure d'autorisation, de représentation mais aussi de substitution.

Cette extension des compétences du juge des tutelles des majeurs impliquerait deux mouvements. Tout d'abord, pour les couples mariés, la compétence du juge des tutelles des majeurs serait étendue aux hypothèses des articles 1426, 1429, 2405 et 2446 du Code civil. Ensuite, il semble pertinent d'aller dans le même sens pour l'article 815-4 du Code civil qui concerne les couples, quel que soit leur statut, et qui prévoit l'hypothèse d'un indivisaire hors d'état de manifester sa volonté. Il faut toutefois noter que, tout en ne créant pas un droit substantiel commun, cette extension de compétence du juge des tutelles des majeurs dans le cadre de l'article 815-4 conduirait à reconnaître encore plus l'identité de situation des membres du couple.

237. Le critère de répartition entre la compétence du juge aux affaires familiales et le juge des tutelles des majeurs.- Avec ces propositions, seuls deux juges interviendraient dans le contentieux des relations patrimoniales des couples, le juge aux affaires familiales et le juge

des tutelles des majeurs. Sur leur champ de compétence commun, les mesures de crise et les hypothèques, le juge des tutelles des majeurs interviendrait lorsqu'est en jeu la protection d'une personne alors que le juge aux affaires familiales serait guidé par l'intérêt de la famille ou l'intérêt commun à préserver[612]. Le critère d'intervention différent conforte l'intérêt de la présence de deux juges en la matière.

238. Les modifications proposées.- Pour mettre en œuvre ces propositions, des modifications dans le Code de l'organisation judiciaire et dans le code de procédure civile sont nécessaires.

239. La modification de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.- Il s'agit ici de reprendre les modifications opérées suite à l'étude de droit substantiel[613] et de tirer les conséquences de la proposition de suppression de la compétence du président du tribunal de grande instance. L'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire serait ainsi rédigé : *« Dans chaque tribunal de grande instance, un ou plusieurs magistrats du siège sont délégués dans les fonctions de juge aux affaires familiales. Le juge aux affaires familiales connaît : 1° Des demandes relatives à la convention notariée de changement de régime matrimonial, de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, des hypothèques des époux, des demandes relatives aux régimes matrimoniaux et aux indivisions entre époux ou entre personnes liées par un pacte civil de solidarité ou entre concubins, de la séparation de biens judiciaire et de son action en nullité, de la liquidation anticipée de la créance de participation, sous réserve des compétences du juge des tutelles des majeurs »*

240. La modification de l'article L. 221-9 du Code de l'organisation judiciaire.- Accroître la compétence du juge des tutelles des majeurs implique de modifier l'article L. 221-9 du Code de l'organisation judiciaire, en prévoyant que : *« le juge des tutelles connaît (…) des demandes formées par un époux, un partenaire ou un concubin, lorsque son conjoint, partenaire ou concubin est hors d'état de manifester sa volonté, aux fins d'être autorisé à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement de ce dernier serait nécessaire, ou aux fins d'être habilité à le représenter ou à le substituer».*

[612] Cette notion, sans se confondre avec l'intérêt de la famille, prend en compte les interventions du juge aux affaires familiales dans le cadre notamment des articles 815-5 et 815-6 du Code civil.
[613] *Cf., supra* par. n° 98.

241. Les conséquences à intégrer dans le Code de procédure civile.- Différents articles du Code de procédure civile doivent être modifiés en conséquence.

242. La modification de l'article 1286 du Code de procédure civile.- L'article 1286 du Code de procédure civile, dans son alinéa 1, indiquerait que : *« les demandes d'autorisation, d'habilitation et de substitution prévues par la loi, et notamment aux articles 217, 1426, 1429 ainsi qu'aux articles 2405, 2406 et 2446 du Code civil, sont formées par requête devant le juge aux affaires familiales. Il en va de même dans le cadre de l'article 815-4 lorsqu' il s'agit d'une indivision entre conjoints, partenaires ou concubins ».* Dans l'alinéa 2, il serait prévu que *« lorsque le conjoint, le concubin ou le partenaire est hors d'état de manifester sa volonté, les demandes d'autorisation, d'habilitation et de substitution prévues par ces mêmes articles, et par l'article 219 du même code, sont présentées au juge des tutelles »*[614].

243. La modification de l'article 1291 du Code de procédure civile.- Par suite, l'article 1291 du Code de procédure civile serait rédigé de la manière suivante : *« l'action prévue à l'article 1580 du Code civil est régie par les règles applicables aux demandes en séparation de biens »*[615].

244. En revanche, la mention du président du tribunal de grande instance doit être maintenue au sein des articles 815-6, 815-7, 815-9, 815-11 et 1873-10 du Code civil. L'article 1073 du Code de procédure civile permettra toutefois d'aboutir à la compétence du juge aux affaires familiales dans le cadre des indivisions au sein des couples.

245. Au-delà des différentes modifications proposées, il est nécessaire de constater que si les limites sont communes à toutes les catégories de couple, les conséquences ne sont pas toujours identiques. Encore une preuve que la procédure et l'organisation judiciaire ne peuvent dépasser les différences existant entre les couples.

---

[614] A comparer l'article 1286 dans sa version en vigueur depuis le décret n° 2009-1591 du 17 décembre 2009 : *« Les demandes d'autorisation et d'habilitation prévues par la loi, et notamment à l'article 217, au deuxième alinéa de l'article 1426 et aux articles 2405, 2406 et 2446 du code civil sont formées par requête devant le juge aux affaires familiales. Les demandes d'autorisation et d'habilitation prévues par les articles 217 et 219 du même code lorsque le conjoint est hors d'état de manifester sa volonté sont présentées au juge des tutelles ».*

[615] A comparer l'article 1291 dans sa version actuelle : *« Les actions prévues aux alinéas 1 et 3 de l'article 1426 et aux articles 1429 et 1580 du Code civil sont régies par les règles applicables aux demandes en séparation de biens ».*

246. Il convient à présent d'étudier une autre limite à la compétence du juge aux affaires familiales en matière d'intérêts patrimoniaux, mais intervenant cette fois-ci au moment de la liquidation et du partage de ceux-ci.

Section 2.
Une limite en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux causés par le décès ou l'absence déclarée

247. En matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des couples, le juge aux affaires familiales est compétent sauf si cette liquidation et ce partage sont causés par un décès ou une absence déclarée. Dans ce cas, le tribunal de grande instance est compétent (paragraphe 1). L'influence de la matière successorale est plus étendue encore puisqu'en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux, le juge aux affaires familiales, lorsqu'il est compétent, doit se soumettre aux règles procédurales du partage successoral (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le juge aux affaires familiales confronté au tribunal de grande instance en matière de contentieux patrimonial

248. Le juge aux affaires familiales a connaissance de l'ensemble du contentieux patrimonial pouvant naître du vivant des membres du couple[616]. Si la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux sont provoqués par le décès de l'un des membres du couple, il en va différemment. Le tribunal de grande instance réapparaît. Face à la compétence historique et incontestée du tribunal de grande instance en matière de succession, les nouvelles attributions du juge aux affaires familiales en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux n'ont pas ébranlé celles du tribunal de grande instance en ce domaine. Il est important de s'intéresser à la pertinence de la répartition des compétences entre le juge aux affaires familiales et le tribunal de grande instance (A). D'autant plus que la compétence du juge aux affaires familiales réapparaît à travers la pension alimentaire due au conjoint survivant (B).

[616] Il faut évidemment modérer cette affirmation avec les réserves étudiées dans le titre premier.

A. La pertinence de la répartition des compétences entre le juge aux affaires familiales et le tribunal de grande instance

249. La détermination de la compétence.- Selon l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, le juge aux affaires familiales connaît *« de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux des époux, des personnes liées par un Pacs et des concubins, sauf en cas de décès ou de déclaration d'absence ».* La liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux peuvent être la conséquence d'un changement de régime matrimonial, d'une séparation de biens judiciaire, d'une liquidation anticipée de créance de participation, d'une séparation de corps, d'une nullité de mariage, d'un divorce, d'un décès ou d'une déclaration d'absence. Dans les deux dernières hypothèses[617], le juge aux affaires familiales n'est pas déclaré compétent.

250. La distinction entre les causes et les conséquences.- Dans un premier temps, pour déterminer la compétence d'attribution en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des couples en cas de décès ou d'absence déclarée, il faut opérer une distinction entre les causes et les conséquences. En effet, le décès et la déclaration d'absence sont les causes et la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux sont les conséquences.

251. La compétence quant aux causes.- Dans le Code de l'organisation judiciaire, l'article R. 211-4 indique que le *« tribunal de grande instance a compétence exclusive dans les matières déterminées par les lois et règlements, au nombre desquelles figurent les matières suivantes : 1° Etat des personnes : mariage, filiation, adoption, déclaration d'absence ».* Ainsi, le tribunal de grande instance est compétent quant à la déclaration d'absence. S'agissant du décès, il n'y a pas nécessairement d'intervention judiciaire pour sa constatation. Toutefois, lorsque les conditions de la procédure de déclaration judiciaire sont remplies[618], c'est le tribunal de grande instance qui est compétent. En effet, l'article 89 du Code civil prévoit que *« la requête est présentée au tribunal de grande instance du lieu de la mort ou de*

[617] Ce sont des causes communes à tous les couples.
[618] Article 88 du Code civil : *« Peut être judiciairement déclaré, à la requête du procureur de la République ou des parties intéressées, le décès de tout français disparu en France ou hors de France, dans des circonstances de nature à mettre sa vie en danger, lorsque son corps n'a pu être retrouvé. Peut, dans les mêmes conditions, être judiciairement déclaré le décès de tout étranger ou apatride disparu soir un territoire relevant de l'autorité de la France, soit à bord d'un bâtiment ou aéronef français, soit même à l'étranger s'il avait son domicile ou sa résidence habituelle en France. La procédure de déclaration judiciaire de décès est également applicable lorsque le décès est certain mais que le corps n'a pas été retrouvé ».*

la disparition (...) ». Si cet article est relatif à la compétence territoriale, il n'est pas moins riche d'enseignements quant à la compétence du tribunal de grande instance.

252. La compétence quant aux conséquences : l'affirmation de la compétence du tribunal de grande instance.- Une fois les compétences déterminées quant aux causes, il est nécessaire de relever si des compétences spécifiques existent quant à la liquidation et au partage des intérêts patrimoniaux qui en découlent[619]. Pour résoudre au mieux cette question, il faut examiner les deux opérations successives[620]. En effet, lorsque le défunt est engagé dans un mariage, un partenariat ou un concubinage, il y a tout d'abord la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux de ce couple. Ce n'est qu'ensuite qu'intervient la succession du défunt définie comme *« la transmission d'un patrimoine d'une personne du fait de sa mort »* et qui comprend une seconde liquidation et partage des intérêts patrimoniaux mais cette fois-ci des biens du défunt[621]. Bien que constituant deux opérations successives qui peuvent appeler deux compétences, ces opérations ont été confiées au tribunal de grande instance.

La compétence du tribunal de grande instance ne fait aucun doute s'agissant de la seconde liquidation, au titre de ses compétences en matière de succession définies à l'article R. 211-4 du Code de l'organisation judiciaire[622].

S'agissant de la compétence pour la première liquidation, il peut être considéré que c'est une première étape à la liquidation au titre de la succession et le tribunal de grande instance est ainsi compétent. Si c'est l'indépendance des deux opérations qui est mise en avant, la compétence du tribunal de grande instance ne peut découler que de l'article L. 211-3 du Code de l'organisation judiciaire qui énonce que *« le tribunal de grande instance connaît de toutes les affaires civiles et commerciales pour lesquelles compétence n'est pas attribuée, en raison de leur nature ou du montant de la demande, à une autre juridiction ».* En effet,

---

[619] En préambule, il convient de noter que conformément à l'article 128 du Code civil qui prévoit que *« le jugement définitif d'absence emporte, à partir de la transcription, tous les effets que le décès établis de l'absent aurait eus »*, la situation du décédé et de l'absent déclaré est identique.

[620] Il est important de rappeler la dimension successive des opérations car elles sont souvent confondues. *Cf.,* Ph. MALAURIE, L. AYNES, *op. cit., supra* note 136, p. 6 : *« Bien que beaucoup moins nombreux, les procès apparaissent aussi lors du décès d'un époux : il y a presque autant de « querelles d'héritage » autour d'une succession que d'un régime matrimonial, les deux liquidations étant le plus souvent confondues ».*

[621] Dans le cadre d'une succession, ce n'est que sur la part du défunt que les opérations de liquidation et le partage sont exécutées. L'autre membre du couple peut, dans certaines hypothèses, prétendre à une part.

[622] R. 211-4 du Code de l'organisation judiciaire : *« le tribunal de grande instance a compétence exclusive dans les matières déterminées par les lois et règlements, au nombre desquelles figurent les matières suivantes : (...) 3° Succession »*. Pour une confirmation jurisprudentielle de la compétence du tribunal de grande instance. *Cf.,* Cass., 1e civ., 28 février 2006, n° de pourvoi 03-19853, publié au Bulletin : *« Le tribunal de grande instance a*

aucune disposition spécifique n'y est consacrée. Ainsi, quelque soit l'option retenue, c'est la compétence du tribunal de grande instance qui est reconnue en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux consécutifs au décès ou à l'absence déclarée d'un conjoint, partenaire ou concubin.

253. Le choix entre différents systèmes de centralisation.- Il convient de se demander dans un contexte de centralisation des compétences quelle est la pertinence de cette solution. Deux systèmes de centralisation sont envisageables. D'une part, il peut être retenu un système de centralisation autour de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux au sein du couple, et ceci quelle que soit la cause ayant entraîné la liquidation et le partage. Dans cette hypothèse, cela doit être la compétence du juge aux affaires familiales, en tant que juridiction compétente de la majorité des liquidations et des partages des intérêts patrimoniaux entre couples, qui doit être retenue. D'autre part, la centralisation peut s'opérer autour de la juridiction compétente pour les liquidations et les partages liés au décès, c'est-à-dire la succession. Dans ce cas, c'est le tribunal de grande instance qui est compétent. En préférant la seconde solution, le législateur a choisi une centralisation thématique ayant comme centre la succession. La solution choisie démontre la plus grande force d'attraction du tribunal de grande instance qui peut attirer dans son sillage toutes les implications qui découlent d'une matière, la succession, qu'il a à connaître. Ainsi, le tribunal de grande instance, pour le sujet qui nous intéresse, connaît des liquidations et partages concernant les conjoints, les partenaires ou les concubins suite à un décès, ainsi que les liquidations successorales.

254. La pertinence de la compétence du tribunal de grande instance.- Si la compétence du tribunal de grande instance en la matière ne provoque que des conflits apparents, car les compétences sont bien délimitées, la compétence du juge aux affaires familiales peut toutefois être éprouvée. Tout d'abord, l'objectif de centralisation du contentieux des couples auprès de ce juge est mis à mal. Ensuite, si c'est la dimension technique qui légitime l'intervention du tribunal de grande instance, il convient de rappeler qu'il y a cette même dimension[623] dans la

---

compétence exclusive pour connaître d'une demande relative au partage d'une succession, telle une demande d'homologation d'un acte de liquidation-partage ».

[623] Dans le cadre des travaux parlementaires aboutissant à la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, lors de la séance du 8 janvier 2004 au Sénat, un amendement a été présenté par M. Gélard, au nom de la commission des lois du Sénat. Il avait comme objectif de *« compléter les attributions du juges aux affaires familiales en prévoyant sa compétence pour le partage et la liquidation du régime matrimonial»*. Cependant, cet amendement ne fut pas retenu et le gouvernement mis en avant que le *« contentieux de la liquidation du régime matrimonial est en effet bien différent de la dissolution du lien conjugal. Il recèle des difficultés techniques très*

liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux pour lesquels le juge aux affaires familiales est compétent. D'ailleurs, ce sont des opérations de même nature quelle que soit la cause de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux. Cependant, si c'est dans la globalité des deux liquidations que la matière est observée, il peut être relevé que la compétence du juge aux affaires familiales, en tant que juge du couple, n'est pas pertinente car il ne s'agit plus uniquement d'une affaire de couple. D'une part, au niveau du droit substantiel, dans le cadre de la succession, les concubins et les partenaires perdent leur spécificité, ce sont deux étrangers. Ils ne sont pas considérés comme des héritiers *ab intestat*, c'est-à-dire des héritiers qui viennent à la succession du défunt, en dehors de toute manifestation de volonté de ce dernier. S'il a pu être démontré à plusieurs reprises l'absence de droit commun entre les couples, l'absence de vocation successorale du partenaire et du concubin gomme leur spécificité en tant que couple et questionne ainsi l'éventuelle compétence du juge aux affaires familiales. D'autre part, dans le cadre de la liquidation successorale qui succède à la liquidation des intérêts patrimoniaux du couple, d'autres personnes que le couple peuvent être concernées. Ainsi, le juge aux affaires familiales serait le juge des relations duales dans la famille alors que le tribunal de grande instance serait le juge des relations multiples. Ce critère de répartition permet de valider les compétences du tribunal de grande instance en matière de succession lorsqu'un membre du couple est en jeu. D'autant plus que la compétence du tribunal de grande instance en matière de succession, qu'il s'agisse d'indivision, de liquidation ou de partage successoraux, n'est pas contestée[624].

B. La pension alimentaire due au conjoint survivant, l'occasion d'un conflit réel

255. Le caractère alimentaire et successoral de la pension alimentaire de l'article 767 du Code civil.- Selon l'article 767 du Code civil, *« la succession de l'époux prédécédé doit*

---

particulières qui le rapprochent souvent du contentieux relatif aux opérations de partage judiciaire dans le cadre successoral ».

[624] S. GUINCHARD (dir.), *op. cit., supra* note 11, p. 217 : *« Le droit des successions relève de la compétence exclusive du TGI, au sein duquel il gagne à constituer un bloc cohérent avec la matière immobilière. En effet, le droit des successions régit les indivisions, bien souvent immobilières, ainsi que les partages et les licitations, qui reposent partiellement sur la mise en œuvre des dispositions intéressant les ventes forcées d'immeubles. Dès lors, la commission propose que le tribunal d'instance perde les quelques compétences ponctuelles dont il dispose en matière de succession, à savoir les demandes relatives au salaire différé (article R. 221-13, 1° du Code de l'organisation judiciaire), qui constituent une indemnité successorale, et aux biens de famille insaisissables, qui s'inscrivent également dans un contexte successoral (article R. 221-19 dudit Code) »*.

une pension au conjoint successible qui est dans le besoin. Le délai pour la réclamer est d'un an à partir du décès ou du moment où les héritiers cessent d'acquitter les prestations qu'ils fournissaient auparavant au conjoint (...) ». Est- ce le tribunal de grande instance ou le juge aux affaires familiales qui doit être reconnu compétent ?

Aucune disposition spécifique n'attribue la compétence à l'une ou à l'autre de ces juridictions. Ainsi, il y a lieu de faire un choix entre le juge aux affaires familiales qui est compétent, selon l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, pour les actions liées à la fixation de l'obligation alimentaire, et entre le tribunal de grande instance qui est compétent pour les successions, selon l'article R. 211-4 du Code de l'organisation judiciaire. Pour chacune des compétences, des arguments peuvent être relevés car cette pension alimentaire a un caractère alimentaire et successoral[625].

En faveur de la compétence du juge aux affaires familiales, il convient de relever que cette pension alimentaire a à voir avec le devoir de secours qui *« traduit l'obligation d'un époux de subvenir aux besoins élémentaires de l'autre : logement, nourriture, vêtements, etc. Il permet à l'époux qui est nécessiteux de demander de l'aide à l'autre »*[626]. Lors du décès d'un conjoint, c'est à sa succession que peut incomber ce devoir[627].

En faveur de la compétence du tribunal de grande instance, différents éléments suggèrent le caractère successoral de la pension issue de l'article 767 du Code civil. Cette pension ne peut être demandée que dans un délai restreint d'un an suivant le décès du conjoint. Il est précisé qu'elle ne peut être prélevée que sur l'actif net de la succession.

256. Un conflit réel de compétence.- La question du choix de la compétence entre celle du juge aux affaires familiales ou celle du tribunal de grande instance n'a, à notre connaissance, pas fait l'objet de jurisprudence. Cela étant certainement dû à la rareté de demandes d'une telle pension alimentaire[628]. Devant ce conflit réel de compétence, quelle compétence privilégier? Il semble que le plus facile accès au juge aux affaires familiales devrait être mis en avant pour retenir sa compétence pour une action qui doit avant tout permettre au conjoint survivant de subvenir à ses besoins. D'autant plus que le tribunal de grande instance ne sera pas nécessairement saisi dans le cadre d'une action relative à la succession du conjoint prédécédé. Celle-ci pourra être liquidée et partagée à l'amiable. Si la compétence du juge aux

[625] Ph. MALAURIE, *op. cit., supra* note 449, p. 72.
[626] A. BATTEUR, *op. cit., supra* note 23, p. 415.
[627] A. BATTEUR, *op. cit., supra* note 23, p. 415.

affaires familiales devait être retenue, il conviendrait de le préciser dans le cadre de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire. Il pourrait être ajouté que le juge aux affaires familiales connaît *« 3) des actions liées : a) à la fixation de l'obligation alimentaire, de la contribution aux charges du mariage ou du pacte civil de solidarité, de la pension alimentaire due au conjoint successible, et de la contribution à l'entretien à l'éducation et à l'éducation des enfants »*[629].

257. Considérons à présent l'influence des règles procédurales relatives à la succession sur les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales en matière de partage des intérêts patrimoniaux.

Paragraphe 2. Une confrontation indirecte par le renvoi aux règles procédurales relatives à la succession

258. Le renvoi aux règles de partage en matière successorale. Dans le cadre de ses nouvelles compétences en matière de partage des intérêts patrimoniaux, le juge aux affaires familiales doit désormais tenir compte de l'article 1136-2 du Code de procédure civile qui énonce que *« les dispositions de la section VI du chapitre II du titre III du livre III sont, sous réserve des dispositions de l'article 267*[630] *du Code civil, applicables au partage des intérêts patrimoniaux des époux, des personnes liées par un pacte civil de solidarité et des concubins. ».* Le renvoi[631] opéré par cet article est relatif aux règles de partage en matière successorale. Ce sont les articles 1358 à 1378 du Code de procédure civile qui s'appliquent, le cas échéant. Ces articles font successivement mention des termes suivants : « juge »[632];

---

[628] Pour une illustration. *Cf.,* Cass., 1e civ., 26 janvier 2011, *AJ fam.,* 2011, p. 274, note C. VERNIERES.

[629] Version actuelle telle qu'issue de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 : Le juge aux affaires familiales connaît *« 3° Des actions liées a) à la fixation de l'obligation alimentaire, de la contribution aux charges du mariage ou du pacte civil de solidarité et la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants ».*

[630] Cette réserve quant à l'article 267 du Code civil renforce la spécificité des opérations de liquidation et de partage au prononcé du divorce. *Cf.,* supra par. n° 136 et ss.

[631] E. BUAT-MENARD, *art. cit., supra* note 362, p. 158 : *« Le décret n° 2009-1591 du 17 déc. 2009, venu préciser la procédure applicable devant le JAF en matière de régimes matrimoniaux, perpétue cette méthode en déclarant, dans le nouvel art. 1136-2 c. pr. civ., « applicables(s) au partage des intérêts patrimoniaux des époux », la réglementation du partage successoral prévue aux art. 1358 à 1378 c. pr. civ. Cette technique de renvoi, déjà utilisée par les rédacteurs du Code civil, présente l'intérêt de conserver une certaine unité à la matière. Elle a toutefois été critiquée pour son manque de clarté, les règles gouvernant le partage successoral n'étant pas toujours applicables telles quelles à celui d'un régime matrimonial ».*

[632] Article 1358 du Code de procédure civile.

« tribunal de grande instance »[633], « tribunal »[634], « président du tribunal de grande instance»[635], « juge commis »[636], « juge de la mise en état »[637]. Il y a lieu de se demander si les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales, issues de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, entraînent une simple substitution du terme « juge aux affaires familiales » aux différents termes énumérés ci-dessus. Il peut être soutenu que l'article 1136-2 du Code de procédure civile ne concerne que les règles de procédure et que par conséquent il ne peut avoir de conséquences sur la compétence d'attribution. Ainsi, la compétence du juge aux affaires familiales serait à retenir dans toutes les hypothèses. Toutefois, la coexistence des différents termes soulève des incertitudes à lever. Il convient alors de confronter successivement les compétences des différentes juridictions repérées afin d'examiner si elles peuvent entamer celle du juge aux affaires familiales.

259. Le « juge ».- Le « juge » de l'article 1358 du Code de procédure civile[638] est celui qui désigne la personne qualifiée pour représenter l'indivisaire défaillant dans les conditions de l'article 837 du Code civil. Ce dernier indique que *« si un indivisaire est défaillant, sans qu'il soit néanmoins dans l'un des cas prévus à l'article 836*[639]*, il peut, à la diligence d'un copartageant, être mis en demeure, par acte extrajudiciaire, de se faire représenter au partage amiable. Faute pour cet indivisaire d'avoir constitué mandataire dans les trois mois de la mise en demeure, un copartageant peut demander au juge de désigner toute personne qualifiée qui représentera le défaillant jusqu'à la réalisation complète du partage. Cette personne ne peut consentir au partage qu'avec l'autorisation du juge ».* Au titre de l'article 1379 du Code de procédure civile, *« les demandes formées en application des articles (...) 837, (...) du code civil sont portées devant le président du tribunal de grande instance ou son*

[633] Article 1359 du Code de procédure civile. Il est fait part du greffe du tribunal de grande instance.
[634] Articles 1361 (le terme tribunal est présent deux fois), 1364 (le terme tribunal est présent deux fois), 1371, 1373, 1375, 1377 du Code de procédure civile.
[635] Article 1363 (Le terme président du tribunal de grande instance est présent deux fois. Il est précisé que cela pourrait être son délégué), 1376 du Code procédure civile.
[636] Article 1365 (Le terme juge commis est présent deux fois), 1366 (Le terme juge commis est présent deux fois), 1367, 1369, 1370, 1371, 1373 (Le terme juge commis est présent deux fois), 1374, 1375, 1376 du Code de procédure civile. Dans le cadre des articles 1364 et 1372 du Code de procédure civile, le terme « juge commis » n'apparaît pas littéralement mais on le déduit de la lecture des articles.
[637] Article 1373 du Code de procédure civile.
[638] Article 1358 du Code de procédure civile : *« La personne qualifiée désignée en application de l'article 837 du code civil pour représenter l'héritier défaillant sollicite l'autorisation de consentir au partage amiable en transmettant le projet de partage, approuvé par le reste des copartageants, au juge qui l'a désignée. L'autorisation de consentir au partage est rendue en dernier ressort »*.
[639] Il s'agit de l'indivisaire incapable majeur, présumé absent ou hors d'état de manifester sa volonté par suite d'éloignement.

délégué qui statue dans les formes prévues aux articles 493 à 498 du présent code (...)». Il convient ainsi de relever la compétence du président du tribunal de grande instance ou de son délégué. Qu'en est-il alors de la compétence du juge aux affaires familiales issue de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire ? L'article 1136-2 du Code de procédure civile ne fait pas de renvoi à la section sept « Dispositions communes » qui contient l'article 1379 du Code de procédure civile. Il ne faudrait donc pas tenir compte de cet article et déclarer le juge aux affaires familiales compétent. Il y a lieu toutefois de noter qu'aucune réserve n'est mise en place en faveur de la compétence du juge aux affaires familiales au sein de l'article 1379 comme cela est le cas à l'article 1381 du Code de procédure civile qui prévoit que : « *les demandes formées en application des articles 811, 820, 821, 821-1, 824, 832-1, 832-2, 832-3, 887, 1026 du même code sont portées devant le tribunal de grande instance, sous réserve de la compétence dévolue au juge aux affaires familiales par le 1° de l'article L. 213-3 du code de l'organisation judiciaire ».* Compte tenu des difficultés d'interprétation des textes, un conflit réel surgit, la compétence du juge aux affaires familiales ne pouvant être affirmée avec certitude. Il faut néanmoins la privilégier.

260. Le tribunal de grande instance et le tribunal.- Quant au tribunal de grande instance, si sa compétence en matière de partage successoral est incontestable, aucun élément ne nous permet de la maintenir en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux du couple, du vivant de leurs membres. La compétence du juge aux affaires familiales prend ici toute son ampleur.

Nous pouvons appliquer ces réflexions au terme « tribunal » car il est d'usage courant de le réserver à une formation collégiale[640]. Ainsi, lorsqu'il est fait référence au tribunal, c'est la compétence du juge aux affaires familiales qui doit être reconnue dans le cadre de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux du couple. Il en va de même si le terme « tribunal » est entendu comme synonyme du terme « juge ». La dimension neutre de ce dernier terme permet d'appliquer sans difficultés particulières la nouvelle compétence du juge aux affaires familiales.

261. Le président du tribunal de grande instance.- Il faut à présent s'intéresser à l'éventuelle compétence du président du tribunal de grande instance. Dans les dispositions

[640] G. CORNU (dir.), *op. cit., supra* note 15, v° Tribunal.

initiales de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire[641], la compétence du juge aux affaires familiales est énoncée sous réserve des compétences du président du tribunal de grande instance. Est-ce à dire que dans le cadre du renvoi aux règles du partage successoral, le président du tribunal de grande instance conserverait ses compétences ? La réponse ne peut être que négative. En effet, la réserve de compétence du président du tribunal de grande instance doit se rapporter aux domaines signifiés dans les dispositions initiales. Il s'agit de l'homologation judiciaire du changement du régime matrimonial, des demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux, et des indivisions entre personnes liées par un pacte civil de solidarité ou entre concubins, de la séparation de biens judiciaires. Dans les dispositions suivantes, la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux sont mentionnés mais aucune réserve n'est faite en faveur du président du tribunal de grande instance[642]. Ainsi, la compétence du juge aux affaires familiales doit être retenue. Cette conclusion vient également renforcer la reconnaissance de la compétence du juge aux affaires familiales lorsqu'il s'agit de désigner un représentant à l'indivisaire défaillant.

262. Le juge commis et le juge de la mise en état.- Il reste à régler la question du « juge commis » et du « juge de la mise en état ». Dans les règles relatives au partage, il est précisé qu'un juge peut être commis « si la complexité des opérations le justifie ». Toutefois, au sein du Code de procédure civile, il n'y aucune disposition quant à la possibilité du tribunal de grande instance de commettre un tel juge. Le Code de l'organisation judiciaire, quant à lui, ne contient aucune disposition spécifique sur le « juge commis ». Pour comprendre qui il est, il y a lieu de se référer aux définitions juridiques. Ainsi, le juge commis est désigné *« comme le synonyme en pratique du juge-commissaire »*[643]. Il convient de retenir que la définition du juge-commissaire, peut correspondre à notre problématique. Ce juge est présenté comme *« le juge commis par le tribunal pour une mission particulière (surveiller les opérations d'un partage (...), recevoir un compte, régler un ordre), à charge de faire rapport au tribunal en*

[641] Article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire : *« (...). Le juge aux affaires familiales connaît : 1° De l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, des demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux et des indivisions entre personnes liées par un pacte civil de solidarité ou entre concubins, de la séparation de biens judiciaire, sous réserve des compétences du président du tribunal de grande instance et du juge des tutelles des majeurs. (...) »*.

[642] E. BUAT-MENARD, *art. cit., supra* note 362, p. 161 : *« Pour les demandes formées à compter au 1 er janvier 2010, le Juge aux affaires familiales devrait logiquement exercer les fonctions ci-dessus dévolues au tribunal de grande instance ou à son président »*.

[643] G. CORNU, *op. cit. supra* note 15, v° Juge commis.

cas de contestation »[644]. Ainsi, pour une mission et des fonctions particulières, le tribunal de grande instance peut charger un juge dont les missions sont précisées dans les articles 1359 à 1378 du Code de procédure civile. La compétence du juge aux affaires familiales remplaçant celle du tribunal de grande instance, c'est à présent un juge unique qui est compétent. Qu'en est-il alors du « juge commis » ? En l'absence de précisions[645], il parait toutefois raisonnable de penser que c'est le juge aux affaires familiales qui doit exercer cette fonction[646].

Une fois identifié le juge commis, le juge de la mise en état apparaît. En effet, il est indiqué dans l'article 1373 du Code de procédure civile qu' *« il* (le juge commis) *est, le cas échéant, juge de la mise en état »*. L'article 1073 du code de procédure civile permet de conclure le raisonnement puisqu'il énonce dans son alinéa 1 que le *« juge aux affaires familiales est, le cas échéant, juge de la mise en état »*. Ainsi, la lecture combinée des articles 1373 et 1073 du Code de procédure civile permet de déterminer que le juge commis et le juge de la mise en état sont le juge aux affaires familiales.

263. Au terme de cette étude, il faut retenir dans la plupart des hypothèses la compétence du juge aux affaires familiales.

---

[644] G. CORNU, *op. cit. supra* note 15, v° Juge commissaire (second sens).

[645] La nécessité d'adapter les textes a été relevée par les auteurs. *Cf.,* G. MAUGAIN, Les nouvelles attributions du juge aux affaires familiales et leurs répercussions, *Droit et procédures*, 2011, p. 11 : « *Les textes initialement prévues pour être mis en œuvre par une formation collégiale devront être adaptés au juge unique ». Adde,* E. BUAT-MENARD, *art. cit., supra* note 362, p. 162 : *« Une précision textuelle sur ce point eût, toutefois, été utile »*.

[646] *Cf.,* E. BUAT-MENARD, *art. cit., supra* note 362, p. 162 : *« Depuis le 1er janv. 2010, le JAF exerçant seul les fonctions antérieurement dévolues au tribunal de grande instance, il semble qu'il soit appelé ipso facto à exercer les fonctions de juge commis, sans qu'il ait besoin de se commettre lui-même (par analogie avec l'art. 802 c. pr. civ.) »* ; G. MAUGAIN, *art. cit., supra* note 645, p. 11 : *« Il est naturel que ce soit le juge aux affaires familiales, juge unique, à qui l'on a confié le partage, qui remplisse toutes les fonctions des membres de la formation collégiale, y compris celle de juge commis »*.

Conclusion de la Section 2

264. La compétence du tribunal de grande instance.- Lorsqu'il faut liquider et partager les intérêts patrimoniaux causés par un décès ou une absence déclarée, c'est le tribunal de grande instance qui est compétent, au titre de sa connaissance de la succession. Cela vient mettre à mal la centralisation des compétences patrimoniales auprès du juge aux affaires familiales. Cependant, le critère de répartition des compétences entre le juge aux affaires familiales et le tribunal de grande instance se justifie pleinement. En effet, les successions ne concernent pas uniquement le couple et il pertinent de garder une compétence unique pour l'ensemble des successions.

265. La compétence du juge aux affaires familiales.- Cependant, le juge aux affaires doit être reconnu compétent lorsqu'il est question d'obligation alimentaire, question qui ressort de sa compétence. C'est pour cette raison que nous proposons une modification de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire pour spécifier la compétence du juge aux affaires familiales en matière de pension alimentaire due au conjoint survivant.

Conclusion du Chapitre 1

266. Le juge aux affaires familiales, le juge des tutelles des majeurs, le tribunal de grande instance et le président du tribunal de grande instance.- La centralisation auprès du juge aux affaires familiales se voit limiter par la compétence d'autres juridictions qui sont clairement désignées par le législateur. Le législateur présente ces réserves de compétence de manière différente. En matière de relations patrimoniales, ce sont les juridictions qui sont affichées. Au contraire pour la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux, la réserve porte sur la matière qui échappe au juge aux affaires familiales. Malgré cette présentation différente, dans les deux situations, il est question d'une limitation aux compétences du juge aux affaires familiales.

267. La pertinence des critères de répartition entre les différentes compétences d'attribution. Il convient de préciser que la compétence du juge des tutelles des majeurs a toute sa pertinence. En effet, il s'intéresse à la protection d'un des membres du couple. Certes, le juge aux affaires familiales a également cette fonction en matière de lutte contre les violences au sein du couple. Mais dans ce cas, sa fonction est de protéger un des membres du couple contre l'autre. Il s'agit alors d'une question qui naît dans le couple. Le juge des tutelles des majeurs protège, quant à lui, une personne dont les facultés sont altérées.

La pertinence du tribunal de grande instance est également à approuver en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux causés par le décès ou l'absence déclarée. En effet, la matière successorale peut entraîner l'implication d'autres membres de la famille que le couple. Alors que le juge aux affaires familiales en matière de relations de couple est plutôt compétent pour les relations duales.

En revanche, la compétence du président du tribunal de grande instance peut être valablement remplacée par celle du juge aux affaires familiales.

Chapitre 2.

Les limites à la centralisation propres à chaque catégorie de couple

268. Si dans certaines hypothèses, le seul statut du couple n'entraîne pas l'exclusion du juge aux affaires familiales, dans d'autres hypothèses, cette éviction dépendra, au contraire, précisément de ce statut. La coexistence de compétences qui en découle est source de conflits. Il convient alors de discuter cette répartition des compétences car elle reflète, certes, une pluralité mais aussi une inégalité. En effet, cette exclusion, selon le statut du couple, illustre la position privilégiée du couple marié (Section 1). Cette faveur donnée au couple marié apparaît également lorsqu'il s'agit de s'intéresser au critère subjectif de la compétence du juge aux affaires familiales toutes les fois où celui-ci est compétent. Ce critère, qui consiste à définir le domaine d'un droit par le sujet auquel il s'applique[647], révèle que seuls les couples de concubins et les partenaires de Pacs rencontrent des difficultés pour démontrer qui ils sont (Section 2).

[647] J-P. CHAZAL, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Etudes de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 294.

Section 1.
Les compétences d'attribution révélatrices du statut privilégié du couple marié

269. La position de faveur dont bénéficie le couple marié par rapport aux couples non mariés s'exprime à travers l'organisation judiciaire. Si quelquefois le juge aux affaires familiales n'est pas choisi pour certains litiges du couple marié, c'est pour lui préférer une formation plus solennelle (paragraphe 1). Au contraire, lorsque le juge aux affaires familiales n'est pas désigné pour les couples de concubins ou de partenaires, c'est pour attribuer à ces couples un juge qui n'a pas de spécialisation familiale (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le juge aux affaires familiales exclu en faveur d'une formation plus solennelle en matière de contentieux lié à la formation du couple marié

270. La compétence du tribunal de grande instance dans le contentieux de la formation du mariage.- Selon l'article R. 211-4 du Code de l'organisation judiciaire, dans sa rédaction en vigueur après les modifications opérées par le décret n° 2009-1963 du 29 décembre 2009[648], *« le tribunal de grande instance a compétence exclusive dans les matières déterminées par les lois et règlements, au nombre desquelles figurent les matières suivantes : 1° Etat des personnes : mariage, filiation, adoption, déclaration d'absence ; (...)»*. Dans le cadre de cette compétence en matière de mariage, le tribunal de grande instance est ainsi compétent pour les actions en nullité du mariage[649]. La nullité peut être définie[650] comme la *« sanction encourue par un acte juridique (...) entaché d'un vice de forme (...) ou d'une irrégularité de fond (...), qui consiste dans l'anéantissement de l'acte (...)».* Le tribunal de

[648] C. BLERY, Répartition des compétences entre le tribunal de grande instance et le tribunal d'instance- A propos du décret du 29 décembre 2009, *JCP éd. G,* n° 5, 1er février 2010, 107.
[649] Pour une position plus nuancée. *Cf.,* J. HERON, T. LE BARS, *op. cit., supra* note 27, p. 796: *« La compétence exclusive du tribunal de grande instance existe (...) pour une bonne part de ce qui touche à l'état et à la capacité des personnes : par exemple le mariage, l'adoption ou la filiation (...), ainsi que la nullité du mariage, bien qu'aucun texte ne le prévoit »*. En note de renvoi, il est précisé que *« la compétence exclusive du tribunal de grande instance n'est énoncée par l'article 177 du Code civil qu'à propos de l'opposition à mariage »*. Cependant, que pourrait contenir le contentieux relatif au mariage, tel qu'il est précisé à l'article R. 211-4 du Code de l'organisation judiciaire, si ce n'est la nullité et l'opposition ?
[650] G. CORNU, *op. cit.,* supra note 15, v° Nullité.

grande instance intervient également lorsqu'il faut s'intéresser au caractère putatif du mariage et traiter un mariage nul comme s'il était valable. Cette demande peut intervenir lors de l'action en nullité ou lors d'une demande postérieure[651]. Enfin, il convient de constater que le tribunal de grande instance ou son président est compétent dans le cadre d'une procédure d'opposition au mariage[652], qui empêche sa célébration, si les conditions de fond ou de forme ne sont pas respectées[653].

271. La conciliation avec la compétence du juge aux affaires familiales.- La compétence du tribunal de grande instance ne peut être contestée en raison des articles qui la fondent. Sa pertinence soulève toutefois des interrogations car la compétence du tribunal de grande instance doit composer avec celle du juge aux affaires familiales en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux. En effet, avant la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, le tribunal de grande instance était déjà compétent pour la nullité du mariage mais également pour la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux. A présent, selon l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, le juge aux affaires familiales est compétent pour cette liquidation et ce partage, lorsqu'il s'agit d'époux, de concubins ou de partenaires. Or, en matière de nullité du mariage, rappelons que, selon l'article 201 du Code civil, *« le mariage qui a été déclaré nul produit néanmoins ses effets à l'égard des époux, lorsqu'il a été contracté de bonne foi. Si la bonne foi n'existe que de la part d'un des époux, le mariage ne produit ses effets qu'en faveur de cet époux »*. Ainsi, les époux de bonne foi verront leurs intérêts patrimoniaux liquidés et partagés comme un régime matrimonial et la compétence du juge aux affaires familiales sera reconnue pour cette liquidation. Pour les époux de mauvaise foi, leur mariage annulé étant censé ne jamais avoir existé en droit, ils ne pourront être considérés comme des conjoints mais certainement comme des concubins, si les éléments constitutifs du concubinage sont réunis[654]. En cas de liquidation et de partage de leurs intérêts

---

[651] Cass., 1e civ., 28 mai 1991, *D.* 1992, Juris., p. 121, note J. MASSIP.

[652] Article 177 du Code civil : *« Le tribunal de grande instance prononcera dans les dix jours sur la demande en mainlevée formée par les futurs époux, même mineurs » ;* article 175-2 alinéa 5 du Code civil : *« L'un ou l'autre des futurs époux, même mineur, peut contester la décision de sursis ou son renouvellement devant le président du tribunal de grande instance, qui statue dans les 10 jours. La décision du président du tribunal de grande instance peut être déférée à la cour d'appel qui statue dans le même délai »*.

[653] Afin de tendre à l'exhaustivité, il convient de mentionner le recours possible contre le refus de dispense du président de la République en cas d'empêchement à mariage. Rappelons que dans certains cas, les prohibitions à mariage en raison de la parenté ou de l'alliance peuvent être levées par le président de la République. Le Conseil d'Etat a accordé compétence aux juridictions civiles pour ce recours. *Cf.,* CE 12 octobre 2005, *D.* 2006, p. 1418, note J.J- LEMOULAND et D. VIGNEAU, *Dr. fam.,* 2005, Comm. 259, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

[654] *Cf., infra* par. n° 291.

patrimoniaux, le juge aux affaires familiales sera également compétent selon l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire. Sans aller jusqu'à des conflits réels de compétence d'attribution entre le tribunal de grande instance qui prononce la nullité du mariage et le juge aux affaires familiales qui liquide et partage les intérêts patrimoniaux, il y a toutefois un conflit apparent, vite résolu.

272. La pertinence de la compétence du tribunal de grande instance.- Cette rencontre de compétence entre le tribunal de grande instance et le juge aux affaires familiales conduit à s'intéresser à la pertinence de la compétence du tribunal de grande instance en matière de nullité alors que le juge aux affaires familiales s'est vu confier un pan important du contentieux du couple. Cette compétence doit-elle être maintenue au regard des conflits de compétence d'attribution qui peuvent en découler ?

La répartition des compétences entre le tribunal de grande instance et le juge aux affaires familiales peut s'apprécier à l'aune de la nature du conflit qui leur est soumis. Si le conflit met en cause la structure du couple[655], le tribunal de grande instance serait compétent. En revanche, si le conflit a trait à l'organisation quotidienne du couple, le juge aux affaires familiales verrait sa compétence reconnue. En d'autres termes, les conflits structurels seraient attribués au tribunal de grande instance et les conflits fonctionnels au juge aux affaires familiales. Si cette explication a l'intérêt de la simplicité, elle ne correspond pas à la réalité de l'organisation judiciaire. Certes, la nullité et l'opposition sont bien des mécanismes relatifs à la mise en place de la structure du couple, et la compétence du tribunal de grande instance peut donc se justifier par rapport à la dichotomie conflit structurel/ conflit fonctionnel. Cependant, deux éléments démontrent que les fondements de cette distinction ne sont pas si solides. Tout d'abord, il convient de relever que la nouvelle compétence pour la protection de la personne majeure menacée de mariage forcé mise en place par la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 est attribuée au juge aux affaires familiales. En visant la personne majeure menacée de mariage forcé, les conditions de formation du mariage sont évoquées par le biais des vices du consentement. Or, c'est le tribunal de grande instance qui est habituellement saisi de telles questions dans le cadre des actions en opposition ou en nullité. Certes, il peut être mis en avant que le juge aux affaires familiales a une fonction de protection de la personne

[655] E. MILLARD, *Famille et droit public. Recherches sur la construction d'un objet juridique*, LGDJ, 1995 (Préface J.A- MAZERES), p. 198 : *« Deux types de litiges sont opposés. L'un est grave, car il porte sur l'existence même de l'institution ; l'autre semble mineur, car limité aux relations en son sein »*.

menacée et que cette fonction doit plutôt être mise en parallèle avec celle que le juge aux affaires familiales met en œuvre pour la protection *« à l'encontre du conjoint, du partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou du concubin violent ou d'un ancien conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin violent »*[656]. Le tribunal de grande instance, quant à lui, serait compétent en matière de respect des conditions du mariage. Il ne protégerait pas une personne mais assurerait le respect d'une institution. Enfin, le juge aux affaires familiales est compétent pour le divorce. Ces procédures ne sont-elles pas l'illustration d'un conflit structurel ? En effet, il n'est nullement question de « fonctionnement » dans un divorce. Il s'agit plutôt de mettre fin à un couple, dans sa structure. Le nombre important de procédures de divorces n'a pas comme effet de transformer sa nature structurelle en nature fonctionnelle.

273. Le caractère solennel de la compétence d'attribution en matière d'annulation du mariage.- Quelle que soit la valeur de cette distinction conflit fonctionnel/conflit structurel, l'attribution de la compétence au tribunal de grande instance s'agissant des conditions de validité du mariage illustre le caractère solennel[657] que le législateur attribue aux procédures de nullité et d'opposition. Le juge aux affaires familiales serait alors le juge de la proximité familiale alors que le tribunal de grande instance serait le juge de l'institution familiale[658].

---

[656] Article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.

[657] J. SACE, « Rapport général », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille*, Tome 34, Economica, 1988, p. 611 : *« Comme l'a écrit le doyen Carbonnier, la désacralisation atteint le mariage une fois formé plutôt que la formation du mariage »*

[658] Bien que le juge aux affaires familiales relève du tribunal de grande instance, il est intéressant de comparer la répartition du contentieux entre juge aux affaires familiales et tribunal de grande instance en matière de contentieux des couples à l'aune de la répartition entre tribunal d'instance et tribunal de grande instance faite dans le rapport Guinchard. *Cf.,* S. GUINCHARD (dir.), *op. cit., supra* note 11, p. 202 : *« Ce schéma d'organisation judiciaire répondrait à l'objectif de lisibilité de l'organisation judiciaire pour les citoyens, tant il est compréhensible et naturel pour ceux-ci de voir les affaires de la vie quotidienne jugées dans une structure de proximité et les affaires les plus importantes jugées dans une structure plus solennelle. (...). Cette summa divisio répond d'ailleurs à la distinction entre les deux fondements de la justice qu'identifie M. Jacques Commaille : le juge comme gardien de l'ordre social (« un modèle d'exercice de la fonction de justice comme méta-garant du social, comme gardienne de la méta-Raison de la société ») et le juge comme opérateur du social (« un modèle de justice comme opératrice du social »). Si le premier modèle renvoie à l'idée de distance et de place symbolique, le second se rattache à la dimension sociologique, à l'immersion dans le tissu social. La dualité juridictionnelle proposée entend ainsi incarner cette distinction symbolique forte pour le citoyen. Au tribunal de grande instance les questions attachées à l'ordre social, telles que la matière pénale ou l'état des personnes et au tribunal d'instance les litiges de la vie quotidienne, en phase avec la vie sociale. Il est ainsi plus rassurant pour le citoyen qui doit recourir à la justice pour une affaires de la vie quotidienne, de s'adresser à une juridiction qui se définit par sa proximité alors qu'il apparaît normal d'être jugé par une juridiction plus solennelle pour des affaires plus graves ou intéressant la société ».*

274. Si la prédominance du mariage transparaît par des compétences propres quant au contentieux de la formation du couple marié, l'absence de désignation d'un juge avec une spécificité familiale pour un certain nombre de contentieux relevant de la formation et du fonctionnement du Pacs et du concubinage illustre également la position dominante du mariage.

Paragraphe 2. L'attribution aux couples non mariés d'un juge sans spécialisation familiale

275. Les affaires judiciaires des couples non mariés[659] ne relèvent pas toutes du juge aux affaires familiales. Dans certaines hypothèses, c'est le juge de droit commun qui est compétent (A). Dans d'autres hypothèses, un juge désigné, mais sans réelle spécialisation familiale, le remplacera (B).

A. L'absence de juge spécifique

276. Il convient de relever l'absence de juge spécifique pour l'ensemble du contentieux relatif aux conditions de formation du Pacs. Il en va de même pour les obligations issues du Pacs (1) et celles entraînées par le concubinage. (2).

1. Le contentieux des partenaires

277. Le contentieux lié à la formation du Pacs.- La formation du Pacs répond à des conditions de fond précisées aux articles 515-1 et 515-2 du Code civil. Il convient également de respecter des conditions issues de l'aspect contractuel du Pacs, tels les articles 1108 et suivants du Code civil en matière de consentement. Enfin, sa formation est soumise à des

[659] Il ne s'agit pas ici de traiter de situations dans lesquelles une même situation de fait entraînerait pour les couples mariés une intervention judiciaire et aucune pour les couples non mariés. Tel est le cas pour la rupture des couples non mariés pour laquelle il n'y a pas d'intervention judiciaire. Dans le cadre du Pacs, le propos doit être légèrement nuancé lorsqu'il y a un majeur protégé. *Cf., supra* note 560.

exigences de forme. Une convention écrite et son enregistrement auprès du greffe du tribunal d'instance ou du notaire[660] sont nécessaires.

Le contentieux peut naître du non-respect de ces différentes conditions[661]. Le seul juge spécifiquement désigné pour le contentieux de la formation du Pacs est le président du tribunal de grande instance. En effet, dans le cadre du dernier alinéa de l'article 1er du décret n° 2006-1806 du 23 décembre 2006 relatif à la déclaration, la modification, la dissolution et la publicité du pacte civil de solidarité, il est prévu que : *« les contestations portant sur l'enregistrement ou le refus d'enregistrement d'un pacte civil de solidarité, de sa modification ou de sa dissolution sont soumises au président du tribunal de grande instance, ou à son délégué, statuant en la forme des référés. (...)».* Les compétences du président du tribunal de grande instance concernent uniquement l'enregistrement du Pacs. Aucun autre juge n'est spécifiquement désigné pour les questions liées aux conditions de fond nécessaires à la formation du Pacs. C'est donc le tribunal de grande instance, au titre de sa compétence générale, qui devra connaître de l'ensemble de ce contentieux[662]. Mais contrairement à la nullité du mariage, c'est une solution par défaut et par conséquent sans caractère solennel.

Afin de tendre à l'exhaustivité, il convient de relever également la présence du juge des tutelles lorsqu'il s'agit de conclure un Pacs. En effet, selon l'alinéa 1er de l'article 462 du Code civil, *« la conclusion d'un pacte civil de solidarité par une personne en tutelle est soumise à l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué »*. Cependant, nous sommes ici en présence d'un conflit apparent. La compétence du juge des tutelles ne consiste qu'à autoriser le Pacs.

---

[660] *Cf.,* articles 515-3 et 515-3-1 du Code civil.

[661] T. FOSSIER, « Le pacte civil de solidarité et le tribunal » in Etudes offertes à J. RUBELLIN-DEVICHI, *op. cit., supra* note 482, p. 123 : « *-La nullité de forme, la forme écrite étant prescrite (...). - Les nullités de fond affectant toute convention : les vices du consentement doivent être applicables en la matière (...)- D'autres nullités de fond que les vices du consentement, essentiellement les incompatibilités et les incapacités (...).- L'absence de cause, autrement dit le « Pacs blanc » (...).- La nullité de fond n'affectant qu'une des clauses, notamment celles excluant la résidence commune, ou excluant l'aide matérielle entre partenaires (...).- la fraude, qui consisterait par exemple à tenter de tirer avantage d'un pacte dans le temps où il n'a pas encore été transcrit au lieu de naissance ; la perte d'un des deux originaux, ou les deux, le défaut d'enregistrement des modifications (...) sont autant d'hypothèses de procès entre partenaires avant même que le pacte ne soit rompu ». Adde,* H. CROZE, Les (non-) conséquences procédurales du pacte civil de solidarité, *Procédures*, 2000, Chron. 2, p. 6 et ss.

[662] Spécifiquement pour la compétence en matière de nullité pour l'inobservation des conditions de capacité : *Cf.,* J-J. LEMOULAND, *op. cit., supra* note 5, p. 393 : *« La sanction de l'inobservation de ces conditions de capacité n'est pas précisée. La sanction habituelle de l'incapacité est la nullité relative. Mais le Conseil constitutionnel a fortement insisté sur le caractère impératif de ces conditions et l'on pourrait y trouver un argument en faveur du caractère absolu de la nullité. La question semble devoir relever des juridictions de droit commun et non du JAF ».*

278. Le contentieux lié aux obligations du Pacs.- Aucun juge spécifique n'est non plus désigné en matière de contentieux pouvant naître des obligations du Pacs autres que celles qui relèvent du juge aux affaires familiales, au titre de sa compétence patrimoniale issue de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire. Ce contentieux, n'entrant pas dans la compétence du juge aux affaires familiales, est illustré par la question de l'existence d'un devoir de fidélité dans le Pacs entendu comme une exécution loyale du contrat[663]. Il peut s'agir également de la responsabilité civile en cas d'inexécution d'une obligation[664]. Le tribunal d'instance de Lille, dans un arrêt du 7 septembre 2009[665], avait été saisi de la question de la compétence d'attribution quant à la responsabilité contractuelle engagée par une rupture brutale de Pacs. En l'espèce, un Pacs avait été conclu en 2006 et rompu de manière unilatérale en 2007. Le partenaire délaissé avait saisi la juridiction de proximité en 2009 et demandait la condamnation de son ex-partenaire à une somme de 4000 euros pour le préjudice subi du fait de la rupture. Le défendeur avait soulevé une exception d'incompétence au profit du tribunal de grande instance en avançant que le juge de proximité était incompétent pour statuer sur les conséquences d'une rupture de Pacs et que l'article R. 211-4 du Code de l'organisation judiciaire attribuait au tribunal de grande instance une compétence exclusive pour statuer sur les matières afférentes à l'état des personnes. Au contraire, selon le demandeur, l'article R. 211-4 du Code de l'organisation judiciaire ne *« plac*(ait) *pas le PACS dans les questions relatives aux droits des personnes ou de la famille »* et ainsi le tribunal d'instance et, plus précisément la juridiction de proximité, était compétente. Il faisait également valoir que le tribunal d'instance était compétent pour trancher le litige, s'agissant d'une action en responsabilité contractuelle. Dans cette affaire, le tribunal d'instance reconnut sa compétence. Dans la première étape de son raisonnement, il présenta le pacte civil de solidarité comme *« un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ».* Ensuite, il énonça que l'article R. 211-4 du Code de l'organisation judiciaire comprenait les matières dont le tribunal de grande instance a connaissance et ceci de manière exclusive. Dans la disposition relative à l'état des personnes, le tribunal d'instance y vit une liste limitative qui ne comporte pas le pacte civil de solidarité.

[663] L. ANTONINI-COCHIN, Le paradoxe de la fidélité, *D.* 2005, Chron. p. 23.
[664] Cette question se pose quant à la compétence d'attribution de la responsabilité contractuelle car nous n'avons pu l'inclure de manière définitive dans les compétences du juge aux affaires familiales au titre de sa compétence en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux. *Cf., supra* par. n° 174.
[665] TI Lille, 7 septembre 2009, *D.* 2010, p. 69, note A. KOUMDADJI, X. LABBEE.

Ensuite, le tribunal reprit la formule de la Cour d'appel de Douai du 27 février 2003[666] qui affirmait que *« tant la lettre que l'esprit des texte instituant le PACS donnent compétence au juge du contrat, c'est-à-dire le tribunal de grande instance, pour statuer sur les conséquence de la rupture d'un PACS ».* Pour conclure son raisonnement, le tribunal indiqua que l'objet du litige avait trait aux conséquences de la rupture d'un Pacs. Ainsi, *« force est de constater que tant le législateur que la jurisprudence ont entendu faire prédominer la nature contractuelle du pacte civil de solidarité. Qu'en conséquence, au vu de l'ensemble de ces éléments, il y a lieu de constater que le tribunal d'instance est compétent pour connaître du présent litige ».*

279. La recherche de la nature juridique du Pacs.- La question de la nature juridique du Pacs, soulevée lors du litige sur la contribution aux charges du Pacs[667], retrouve ici toute son acuité. Il est encore nécessaire aujourd'hui de définir la nature juridique du Pacs afin de déterminer la compétence, lorsqu'il s'agit d'un contentieux qui n'est pas strictement patrimonial ou qui ne porte pas sur la contribution aux charges du Pacs. Il convient alors d'étudier les différentes réponses apportées à la nature du Pacs.

Si le Pacs est défini comme un contrat à l'article 515-1 du Code civil, il est toutefois intégré dans le livre 1er du Code civil consacré aux personnes. Le Conseil constitutionnel, quant à lui, dans sa décision du 9 novembre 1999[668] a indiqué que le Pacs est « un contrat spécifique ». Devant ces ambiguïtés, il faut s'atteler à définir la nature du Pacs. Est-il un contrat ou une institution à caractère familial ? La doctrine a consacré d'importants développements à cette question. La dimension contractuelle semble l'avoir emporté[669]. Cependant, les arguments en faveur du rapprochement avec le mariage ne sont pas négligés[670].

---

[666] *Cf., supra* par. n° 48.
[667] *Cf., supra* par. n° 49.
[668] Conseil constitutionnel, Décision n° 99-419, DC du 9 novembre 1999.
[669] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, PACS et famille. Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé, RTD*Civ.,* 2001, p. 545 : *« Le PACS est bien ce qu'il prétend être : un contrat patrimonial, précaire par essence, destiné à organiser la vie commune d'un couple qui n'entend assurer aucune obligation autre qu'à très court terme » ;* C. NEIRINCK, M. BRUGGEMAN, Les aménagements consensuels que les couples appliquent à leur rupture sont-ils d'essence contractuelle ? *R.R.J.,* PUAM, 2009-1, p. 94 *: « Le PACS est un contrat, qualification incontestable qu'impose l'article 515-1 du Code civil ». Adde,* J-M. COQUEMA et Ch. BARTHELET, Analyse comparée de la nature juridique du mariage, du PACS et du concubinage, *JCP éd. N,* n° 11, 19 mars 2010, 1127, p. 20 et ss.
[670] Ph. SIMLER, P. HILT, Le nouveau visage du Pacs : un quasi mariage, *JCP éd. G.* 2006, Etude 161, p. 1495 : *« Lors de sa création, le pacte civil de solidarité était conçu exclusivement comme un contrat d'ordre patrimonial. Prétendre le contraire constituait une hérésie, du moins une incongruité ! En effet, à l'époque, les parlementaires se sont refusé à opérer un quelconque rapprochement entre le Pacs et le mariage. Pour cette raison, ils ont souhaité ne pas lui faire produire des effets personnels. Pourtant, dire que le Pacs n'engendre que des conséquences pécuniaires est aujourd'hui faux. De toute évidence, et suite à une évolution tant législative*

D'autant plus que les différentes réformes ont renforcé la dimension personnelle[671] ou familiale du Pacs. Il nous faut toutefois conclure à l'absence de réponse définitive quant à la nature du Pacs. Les conséquences en termes de compétence d'attribution sont loin d'être négligeables. En effet, la compétence découle de l'option privilégiée. Si c'est le contrat, c'est le juge du contrat qui sera compétent, c'est-à-dire, selon l'intérêt en jeu, soit le tribunal de grande instance, soit le tribunal d'instance[672]. Si c'est une institution à caractère familial, c'est le juge aux affaires familiales qui aura à connaître de ce contentieux. Une troisième solution consisterait à reconnaître la compétence du tribunal de grande instance de manière exclusive, au titre de sa compétence en matière d'état des personnes[673]. Nous sommes donc en présence d'un conflit réel.

2. Le contentieux des concubins

280. Aucune condition de fond ni de forme n'est nécessaire pour la formation du concubinage[674]. Par conséquent, aucun contentieux ne peut naître de cette formation. Les concubins peuvent toutefois établir des conventions de concubinage qui ne sont relatives qu'aux seules relations patrimoniales. Si la dimension patrimoniale peut relever du juge aux affaires familiales, au titre de ses compétences en matière patrimoniale, il convient de se demander quelle juridiction serait fondée à intervenir si le droit commun des obligations, notamment les conditions des articles 1108 et suivants du Code civil qui s'appliquent à cette convention, n'étaient pas respectées ? Il faut ici privilégier la dimension contractuelle et c'est le juge du contrat qui serait alors compétent.

---

que jurisprudentielle dans laquelle s'inscrit la loi du 23 juin 2006, le pacte modifie le statut personnel des partenaires ».

[671] Pour une position insérant le Pacs dans le droit des personnes : M. DOUCHY-OUDOT, « L'union » in I. BARRIERE BROUSSE, M. DOUCHY-OUDOT, *op. cit., supra* note 124, p. 45 : *« Après de nombreuses controverses sur la nature juridique du Pacs, le législateur est venu confirmer qu'il s'agissait bien de droit des personnes et non d'une forme relevant du simple droit des contrats. La loi n° 206-728 du 23 juin 2006 a parsemé la nouvelle figure juridique de dispositions relevant directement du statut personnel. (...). La dernière étape consisterait à faire sortir de l'orbite du droit des personnes le Pacs pour le faire entrer dans celui du droit de la famille. A défaut de règles substantielles amorçant un mouvement en ce sens, plusieurs règles procédurales préfigurent cette transformation, la plus importante étant constituée de l'extension des compétences du Jaf »*.

[672] Il faut également tenir compte du juge de proximité jusqu'à l'effectivité de sa suppression le 1er janvier 2015.

[673] *Cf.,* article R. 211-4 du Code de l'organisation judiciaire.

[674] Si l'absence d'exigence en termes de conditions de formation du concubinage ne peut entraîner de contentieux, déterminer si un concubinage existe est une des premières questions que le juge aux affaires familiales doit se poser lorsqu'il est compétent pour une affaire en matière de concubinage. *Cf., infra* par. n° 290.

B. La désignation du tribunal d'instance pour l'attribution préférentielle du droit au bail en cas de dissolution du Pacs

281. La mise en place d'une norme substantielle pour les partenaires de Pacs.- Jusqu'à la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014, la possibilité d'une attribution préférentielle du droit au bail n'était pas envisageable pour les partenaires. Le nouvel article 1751-1 du Code civil prévoit désormais qu'*« en cas de dissolution du pacte civil de solidarité, l'un des partenaires peut saisir le juge compétent en matière de bail aux fins de se voir attribuer le droit au bail du local, sans caractère professionnel ou commercial, qui sert effectivement à l'habitation des deux partenaires, sous réserve des créances ou droits à indemnité au profit de l'autre partenaire. Le bailleur est appelé à l'instance. Le juge apprécie la demande en considération des intérêts sociaux et familiaux des parties ».* La mise en place de ce droit substantiel est l'occasion de découvrir quel est le juge compétent tel que désigné dans l'article 1751-1 du Code civil.

282. Le « juge compétent en matière de bail » désigné compétent pour l'attribution préférentielle du droit au bail dans le cadre d'un Pacs.- Dans le cadre du couple marié, l'article 1751 du Code civil, qui prévoit une attribution préférentielle du droit au bail en cas de rupture, fait référence à la juridiction saisie de la demande en divorce ou en séparation de corps, qui, selon l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, est le juge aux affaires familiales[675].

Pour déterminer quel est le juge compétent en cas de dissolution du Pacs, l'article 1751-1 du Code civil renvoie au juge compétent en matière de bail. Selon l'article R. 221-38 du Code de l'organisation judiciaire[676], c'est le tribunal d'instance qui est compétent. Cette compétence ne fait pas de doute. Cependant, il est légitime de poser la question, dans un esprit de centralisation des compétences patrimoniales auprès du juge aux affaires familiales, de la pertinence de ce choix. En pratique, les partenaires, en l'absence d'accord, doivent à leur

[675] Pour un rappel de cette règle. *Cf.,* Cass., 1e civ., 26 janvier 2011, *Dr. fam.,* 2011, Comm. 53, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

[676] Article R. 221-38 du Code de l'organisation judiciaire : *« Sous réserve de la compétence de la juridiction de proximité en matière de dépôt de garantie prévue à l'article R. 231-4, le tribunal d'instance connaît des actions dont un contrat de louage d'immeubles à usage d'habitation ou un contrat portant sur l'occupation d'un logement est l'objet, la cause ou l'occasion, ainsi que des actions relatives à l'application de la loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement ».*

rupture saisir le juge aux affaires familiales pour la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux mais également le tribunal d'instance pour l'attribution préférentielle du droit au bail. En tout cas, point de conflit réel en la matière. Il s'agit plutôt d'un conflit apparent dans lequel les compétences se croisent sans se confondre.

283. L'étude des travaux parlementaires.- L'étude des travaux parlementaires qui ont abouti à la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 illustre les difficultés à poser la juste limite entre le mariage et le Pacs. Certaines propositions parlementaires semblaient avoir comme objectif principal de démontrer la différence entre ces deux types de couple. La désignation du tribunal d'instance pour connaître des demandes d'attribution préférentielle a participé de cette volonté.

Dans le projet de loi adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 17 septembre 2013[677], des dispositions avaient été prévues en matière d'attribution préférentielle du droit au bail en cas de rupture du Pacs mais il n'y avait pas encore d'article 1751-1 du Code civil. En effet, il avait été proposé d'intégrer dans l'article 1751 existant trois types de modifications qui bénéficieraient aux partenaires de Pacs. La première était relative à la cotitularité du bail, la seconde portait sur l'attribution préférentielle du bail et la troisième s'intéressait au droit exclusif sur le bail en cas de décès.

Dans le texte final, l'article 1751 du Code civil comprend toujours des dispositions communes aux couples mariés et aux partenaires de Pacs en matière de cotitularité et de droit sur le bail en cas de décès. Cependant, le nouvel article 1751-1 du Code civil est spécifiquement consacré à l'attribution préférentielle du droit au bail en cas de rupture. Les raisons de cette dissociation ont été relevées lors d'une séance du Sénat le 23 octobre 2013[678]. Selon les parlementaires, cette distinction permettrait de prendre en compte la différence entre les couples mariés et les couples de partenaires car dans ce dernier cas, *« la dissolution du PACS n'entraîne pas la saisine du juge »*. Il est vrai que dans le projet de loi, tel qu'adopté en première lecture à l'Assemblée nationale, l'alinéa 1er de l'article 1751 du Code civil était rédigé de la manière suivante : *« En cas de divorce ou de séparation de corps des époux ou de rupture du pacte civil de solidarité, ce droit peut être attribué, en considération des intérêts sociaux et familiaux en cause, par la juridiction saisie de la demande en divorce, de la séparation de corps ou de rupture du pacte civil de solidarité, sous réserve des droits à*

[677] Texte n° 207 adopté par l'Assemblée nationale le 17 septembre 2013.

récompense ou à indemnité au profit de l'autre époux ». Tenter de déterminer ce que recouvrait *« la juridiction saisie de la demande de rupture du pacte civil de solidarité »* se serait avéré impossible puisque la rupture du Pacs n'est pas judiciaire.

Une fois acceptée la dissociation des deux articles, la question du juge compétent pour l'attribution préférentielle du droit au bail fit l'objet d'un débat dans le cadre de la commission des affaires économiques du 17 décembre 2013[679]. Lorsque, lors de cette discussion, un parlementaire[680] proposa la compétence du juge aux affaires familiales au motif que le juge, qui doit attribuer de manière préférentielle le bail, est censé apprécier la demande en considération des intérêts sociaux et familiaux des parties, le rapporteur de la commission des affaires économiques s'y opposa en avançant qu' *« il ne s'agit pas uniquement (...) d'affaires familiales mais de questions de logement »*. La commission rejeta ainsi l'amendement proposant la compétence du juge aux affaires familiales et la compétence du tribunal d'instance ne fut plus remise en question jusqu'à la rédaction finale de la loi[681].

284. Un conflit réel en matière de contentieux relatif à la cotitularité du bail.- La question de savoir quel juge est compétent pour un éventuel contentieux issu de l'alinéa 1er de l'article 1751[682] du Code civil mérite également l'attention. En effet, il nous semble que les occasions de contentieux sont bien là. Par exemple, l'article 1751 précise que la demande doit être faite conjointement par les deux partenaires. Cependant la saisine du juge est-elle possible si le bailleur refuse de mettre en œuvre cette cotitularité? Dans l'affirmative, quel serait le juge compétent ?

Dans de telles situations, la compétence du tribunal d'instance n'est pas affirmée clairement, contrairement à ce qui est prévu par l'article 1751-1 du Code civil. Ainsi, il semble qu'une hésitation peut exister entre la compétence du juge aux affaires familiales et celle du tribunal d'instance et créer ainsi un conflit réel. Il convient toutefois de préciser que

---

[678] Séance du mercredi 23 octobre 2013, Sénat, JO du 24 octobre 2013, p. 10004.
[679] Commission des affaires économiques, mardi 17 décembre 2013, compte rendu n°43.
[680] Intervention de Monsieur Lionel TARDY, mardi 17 décembre 2013, commission des affaires économiques, compte rendu n° 43.
[681] D'ailleurs cette désignation spécifique entraîne comme conséquence de ne pas se poser la question de l'inclusion de l'attribution préférentielle du droit au bail pour les partenaires de Pacs dans la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux. *Cf., supra* par. n° 155 et ss.
[682] Alinéa 1er de l'article 1751 du Code civil : *« Le droit au bail du local, sans caractère professionnel ou commercial, qui sert effectivement à l'habitation de deux époux, quel que soit leur régime matrimonial et nonobstant toute convention contraire et même si le bail a été conclu avant le mariage, ou de deux partenaires liés par un pacte civil de solidarité, dès lors que les partenaires en font la demande conjointement, est réputé appartenir à l'un ou l'autre des époux ou partenaires liés par un pacte civil de solidarité ».*

lors de l'examen de la possibilité de mettre en place une cotitularié du bail, les parlementaires ont ici aussi mis en avant la nécessité de distinguer mariage et Pacs. En effet, lors d'une séance de l'Assemblée nationale le 11 septembre 2013, il a été proposé[683], d'examiner un amendement permettant de mettre en place la cotitularité du bail pour les partenaires de Pacs. Le rapporteur de la Commission des affaires économiques ne s'y opposa pas mais souhaita que le dispositif mis en place soit conditionné à ce que le partenaire du Pacs titulaire du bail en fasse la demande. Il rappelle que *« le Pacs n'est pas un mariage, deux personnes pacsées ne sont pas forcément un couple. En outre, le partenaire du Pacs qui est titulaire du bail n'est pas tenu à la communauté de vie prévue dans le mariage. En revanche, s'il en fait la demande, le bailleur ne devrait pas pouvoir lui opposer un refus »*[684]. Dans un contexte de volonté de différencier le Pacs du mariage, il est certain que la compétence du tribunal d'instance devrait être privilégiée.

285. L'exclusion du juge aux affaires familiales pour un problème familial.- Il convient de relever que, dans un mouvement contraire à la centralisation du contentieux des couples auprès du juge aux affaires familiales, les partenaires se voient refuser la compétence du juge aux affaires familiales pour l'un de leurs problèmes, pourtant semblable à celui des couples mariés. Cependant, le droit substantiel reconnaît que c'est un problème familial puisque selon les termes de l'article 1751-1 du Code civil, le juge compétent en matière de bail *« apprécie la demande en considération des intérêts sociaux et familiaux des parties »* !

[683] Amendement proposé par Madame Dominique Nachury, séance du 11 septembre 2013, Assemblée nationale, JO 12 septembre 2013, p. 8715.
[684] Intervention de Monsieur Daniel GOLDBERG, rapporteur, de la Commission des affaires économiques, séance du 11 septembre 2013, Assemblée nationale, JO 12 septembre 2013, p. 8715.

Conclusion de la Section 1

286. Une organisation judiciaire révélatrice d'inégalité entre les couples.- En confiant les questions relatives à la formation du mariage à la compétence du tribunal de grande instance ou de son président et en ne désignant aucun juge spécifique pour les questions relatives à la formation du Pacs et aux obligations des partenaires et des concubins, le législateur attribue au couple marié une position privilégiée par rapport aux couples non mariés.

Cela transparaît d'autant plus lorsque, dans un temps postérieur au mouvement de centralisation du contentieux des couples auprès du juge aux affaires familiales, le législateur choisit de manière délibérée de désigner un autre juge que le juge aux affaires familiales pour le contentieux qui pourrait naître d'un nouveau droit substantiel accordé aux partenaires de Pacs. Tel est le cas en matière d'attribution préférentielle du droit au bail en cas de rupture du Pacs, qui est toutefois considéré comme un problème familial puisque le juge, pour statuer, doit prendre en compte les intérêts familiaux !

287. La pertinence de la répartition questionnée par l'existence de conflits réels.- Cette inégalité entre les couples conduit à des conflits réels et ainsi la pertinence de la répartition des compétences peut être discutée.

Dans le rapport juge aux affaires familiales/ tribunal de grande instance, l'opposition conflit structurel/conflit fonctionnel a été éprouvée et il y a lieu de retenir que les assises de cette répartition peuvent être facilement ébranlées. Ainsi, ce n'est que l'ancienneté de la compétence première, celle du tribunal de grande instance, qui valide cette répartition. Mais si le législateur souhaite garder une prédominance du mariage, la compétence du tribunal de grande instance doit demeurer.

S'agissant de l'absence de désignation du juge aux affaires familiales pour un certain nombre de contentieux des partenaires de Pacs et des concubins, cela est dû essentiellement, là aussi, à une volonté de dissocier les trois couples. Il est certain que le juge aux affaires familiales pourrait être désigné sans difficultés techniques. Toutefois cela aurait comme conséquence de rapprocher le couple marié du couple non marié.

Toutefois ce rapprochement des trois couples par le biais de l'organisation judiciaire ne peut suffire. Si tel est le souhait du législateur, c'est au niveau du droit substantiel qu'il

doit agir, et pourquoi ne pas proposer un règlement d'ensemble pour toutes les conséquences d'une rupture entre concubins et partenaires de Pacs.

288. Considérons à présent les conflits liés au critère subjectif de la compétence du juge aux affaires familiales.

Section 2.
Les conflits liés au critère subjectif de la compétence du juge aux affaires familiales

289. Avec l'extension de ses compétences, le juge aux affaires familiales se trouve confronté à de nouvelles difficultés lorsqu'il est question du critère subjectif de sa compétence. En effet, jusqu'à la loi du 12 mai 2009, le juge aux affaires familiales ne connaissait que des litiges intéressant les couples mariés. Dorénavant, il est compétent qu'il s'agisse d'un couple marié, d'un couple de concubins ou de partenaires de Pacs. C'est ici que réapparaît la différence entre les couples. En effet, les conditions pour reconnaître sa compétence ne créent de difficultés que pour les couples de concubins et de partenaires de Pacs lorsqu'il s'agit de définir si ce couple existe (paragraphe 1) et lorsqu'il faut déterminer à quel moment l'existence de ce couple doit être appréciée (paragraphe 2).

Paragraphe 1. L' existence du couple

290. Une question spécifique au concubinage.- La preuve de l'existence du couple n'emporte pas de difficultés spécifiques pour les couples mariés et les partenaires. En effet, le mariage se prouve par un acte de l'état civil[685] et la déclaration du Pacs est mentionnée en marge de l'acte de naissance de chacun des partenaires[686]. Il en va autrement pour le concubinage qui est une situation de fait. Les principes généraux en matière de preuve conduisent à conclure qu'en présence d'une situation de fait tel que le concubinage, la preuve est libre[687] et se fait *ex post*[688].

---

[685] Article 194 du Code civil : *« Nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil ; sauf les cas prévus par l'article 46, au titre Des actes de l'état civil ;.* Article 46 du Code civil : *« Lorsqu'il n'aura pas existé de registres, ou qu'ils seront perdus, la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins ; et dans ce cas, les mariages, naissances et décès pourront être prouvés tant par les registres et papiers émanés des pères et mères décédés, que par témoins ».*

[686] P. HILT, Preuves en droit de la famille : la preuve de l'existence d'un couple, *AJ fam.,* 2007, p. 452.

[687] S. BEN HADJ YAHIA, *Rép. Civ., cit., supra* note 134, n° 46 et ss.

[688] G. VIAL, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille,* Dalloz, 2008 (Préface P. MURAT), p. 450 : *« Ne figurant pas à l'état civil, l'union libre se voit privée des bienfaits de la preuve préconstituée en raison de sa « carence probatoire originaire ».*

La compétence du juge aux affaires familiales étant liée à l'existence d'un de ces couples, il est aisément compréhensible que c'est en matière de concubinage que sa compétence sera la moins assurée. Si le concubinage est prouvé, le juge aux affaires familiales est compétent, sinon c'est la juridiction de droit commun qui connaîtra du contentieux.

291. Les éléments constitutifs du concubinage.- Mais que faut-il prouver ? L'examen du droit substantiel montre que le concubinage n'est pas assez clairement défini pour éviter tout conflit. Certes, l'article 515-8 du Code civil, inséré par la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999, permet de définir le concubinage comme : *« une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ».* Cependant, déterminer ce qu'est *« une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité »* continue de soulever des interrogations.

La vie commune n'implique pas nécessairement une cohabitation. Elle n'est pas toujours retenue par la jurisprudence pour définir le concubinage. C'est le cas pour les actions en réparation du préjudice subi par un concubin[689]. La même solution a été retenue s'agissant de la circonstance aggravante prévue à l'article 132-80 du Code pénal qui précise que *« dans les cas respectivement prévus par la loi ou le règlement, les peines encourues pour un crime, un délit ou une contravention sont aggravées lorsque l'infraction est commise par le conjoint, le concubin ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité. La circonstance aggravante prévue au premier alinéa est également constituée lorsque les faits sont commis par l'ancien conjoint, l'ancien concubin ou l'ancien partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité. Les dispositions du présent alinéa sont applicables dès lors que l'infraction est commise en raison des relations ayant existé entre l'auteur des faits et la victime ».* La Cour d'appel de Douai a, dans un arrêt du 9 février 2011, conclu que, même en l'absence de logement commun, une relation de couple pouvait correspondre à la définition du concubinage tel que précisée à l'article 515-8 du Code civil. En l'espèce, il est précisé que les deux protagonistes s'accordent sur le fait qu'ils entretenaient une relation de couple. Ils n'avaient pas de logement commun et se rendaient chez l'un ou chez l'autre. De leur relation est issu un enfant. Bien qu'il y ait absence de logement commun, la Cour énonce que *« la*

[689] A. TISSERAND-MARTIN, *art. cit., supra* note 303, p. 833 : *« La jurisprudence retient parfois l'existence d'un concubinage, indépendamment d'une résidence commune ou d'une vie commune, sur la seule base de la stabilité de la relation, notamment lorsqu'il s'agit d'indemniser le préjudice subi par un concubin ».*

relation de T. et N. telle qu'ils la décrivent et telle qu'elle est décrite par leur entourage entre (...) bien dans ce concept de concubinage pour lequel le législateur a voulu une protection particulière en cas de violences »[690].

De plus, quelle que soit la forme de vie commune retenue, il faut qu'elle présente un caractère de stabilité et de continuité[691], des relations intermittentes ne pouvant pas être considérées comme un concubinage[692].

292. Ces imprécisions peuvent être sources de conflits de compétence d'attribution entre le juge aux affaires familiales et la juridiction de droit commun, car le critère de répartition entre les deux juridictions, l'existence du concubinage, est soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond.

293. Une première illustration jurisprudentielle.- La question de la définition du concubinage conduisant à la compétence du juge aux affaires familiales fait déjà l'objet de jurisprudence. La Cour d'appel de Lyon, dans un arrêt du 2 juillet 2013[693], a dû se poser la question de cette compétence en présence de deux personnes ayant une relation qu'il fallait qualifier. Toute la question était de savoir si ces deux personnes pouvaient être définies comme des concubins, appelant ainsi la compétence du juge aux affaires familiales pour liquider leurs intérêts patrimoniaux.

En l'espèce, deux personnes se fréquentaient régulièrement avant de signer un bail d'habitation pour un appartement commun. Leur cohabitation devint effective avec l'emménagement de Madame dans l'appartement un mois plus tard. Peu de temps avant la conclusion du bail, Monsieur accorda un prêt à Madame. Il souhaita en obtenir le remboursement et pour cela saisit la juridiction de proximité de Villeurbanne dont la femme souleva l'incompétence. L'affaire fut renvoyée devant le tribunal d'instance pour statuer sur cette exception d'incompétence. Le tribunal d'instance déclara la juridiction de proximité incompétente, au profit du juge aux affaires familiales, au motif que *« la demande de remboursement formée par M. D., quel que soit son fondement juridique, trouvait sa source*

[690] CA Douai, chambre criminelle, 9 février 2011, Juris-Data n° 2011-016020.
[691] M. DOUCHY-OUDOT, « L'union », in I. BARRIERE BROUSSE, M. DOUCHY-OUDOT, *op. cit. supra* note 124, p. 52 : *« Le concubinage, union de fait, reconnu par la loi suppose une forme de vie maritale qui, par hypothèse, inclut stabilité et continuité ».*
[692] Cass., soc., 22 février 1978, n° 76-10363, publié au Bulletin.
[693] CA Lyon, 2 juillet 2013, *Dr fam.,* 2013, Comm. 132, note J-R. BINET.

dans la relation de concubinage avec Mme T., sans laquelle elle n'aurait jamais existé ». Monsieur forma contredit à ce jugement.

La question posée à la Cour était de savoir si ce prêt, consenti avant la vie commune des deux individus, pouvait s'inscrire dans le cadre de la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des concubins. Si la réponse était positive, le juge aux affaires familiales était compétent selon l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire. Pour la Cour d'appel de Lyon, à l'époque du prêt, *« les parties entretenaient des relations stables et durables, constitutives d'un concubinage au sens de l'article 515-8 du Code civil, même si elles ne cohabitaient pas encore ».* Ainsi, le prêt était causé par l'existence de cette relation et le remboursement s'inscrivait dans le cadre des opérations de partage des intérêts patrimoniaux des ex-concubins. L'action relève alors de la compétence du juge aux affaires familiales. La Cour mentionne l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire et l'article 1136-1 du Code de procédure civile au soutien de son raisonnement. Selon la Cour, le premier de ces articles dispose : *« que le juge aux affaires familiales connaît de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux des personnes liées par un pacte civil de solidarité et des concubins »*. Selon le second article, *« le juge aux affaires familiales est compétent pour statuer sur les demandes relatives au fonctionnement des indivisions entre concubins et au partage des intérêts patrimoniaux des concubins »*.

Dans cette décision, la cohabitation n'a pas été retenue comme élément constitutif du concubinage[694]. Il convient tout de même de relever qu'il y a eu une cohabitation qui a suivi le prêt.

294. Ces considérations conduisent à conclure que les éléments constitutifs du concubinage sont sujets à interprétation. Sans aller plus loin dans la définition du concubinage, il est surtout important de relever que la compétence du juge aux affaires familiales dépend de la définition retenue pour le concubinage. Ainsi, les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales vont relancer les débats autour de la définition du concubinage[695].

---

[694] J-R. BINET, note sous CA Lyon, 2 juillet 2013, arrêt *cit., supra* note 693, p. 28. Sur l'exigence de cohabitation, l'auteur précise que *« la jurisprudence des juges du fond est fort libérale, n'hésitant pas à retenir l'existence du concubinage même lorsqu'il est établi que les individus ne partagent pas un domicile commun (...). Dans sa décision du 3 juillet 2013, la cour d'appel de Lyon s'inscrit donc dans la même démarche »*.

[695] M. DOUCHY-OUDOT, « L'union », in M. DOUCHY-OUDOT, I. BARRIERE BROUSSE, *op. cit., supra* note 124, p. 53: *« Le concubinage est rarement organisé par les concubins, même s'ils peuvent gérer leurs biens au moyen de l'indivision conventionnelle (...). Il s'ensuit que la plupart des ruptures conflictuelles donneront lieu à qualification juridique par le juge après rupture de l'union de fait ».*

295. L'exclusion des fiancés de la compétence du juge aux affaires familiales.- Si la compétence du juge aux affaires familiales est précisée, de manière textuelle, pour les partenaires, les concubins, les couples mariés, qu'en est-il pour les couples qui s'en rapprochent ? Il s'agit, tout d'abord, des fiancés. Les fiançailles peuvent être entendues comme une promesse réciproque entre deux personnes de se prendre ultérieurement comme époux. Le terme de fiancé ou de fiançailles n'apparaît pas dans le Code civil, ni dans le Code de procédure civile, ni dans le Code de l'organisation judiciaire. Le juge aux affaires familiales ne peut être compétent s'agissant d'un contentieux entre fiancés parce que ce sont des fiancés. En outre, parmi toutes les matières attribuées au juge aux affaires familiales, aucune n'est spécifique aux fiancés. Le contentieux entre fiancés est essentiellement celui de la rupture abusive de la promesse de mariage[696], autrement dit une action en responsabilité civile. Ici, le juge aux affaires familiales ne peut être saisi d'autant qu'il n'avait pas été possible de retenir avec certitude sa compétence s'agissant des actions en responsabilité civile pour les couples mariés et non mariés[697].

296. Pertinence de l'exclusion.- Certes, les fiancés ne sont pas concernés par cette compétence mais les fiançailles ne sont-elles pas un préalable au mariage ? Cette question est d'autant plus légitime qu'avec la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010, le juge aux affaires familiales voit sa compétence étendue à des couples entendus de manière large.

297. Une conception large du couple dans le cadre de l'ordonnance de protection.- L'article 515-13 du Code civil prévoit qu' *« une ordonnance de protection peut (...) être délivrée par le juge à la personne majeure menacée de mariage forcée (...) ».* Ainsi, le législateur étend sa protection à une personne contrainte à l'union et confie la compétence de cette protection au juge aux affaires familiales. Si ce juge est compétent pour les couples en formation, il l'est également pour les couples séparés. En effet, l'article 515-9 du Code civil énonce que l'ordonnance de protection peut être délivrée *« lorsque les violences exercées au sein du couple ou par un ancien conjoint, un ancien partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou un ancien concubin mettent en danger la personne qui en est victime, un ou plusieurs enfants ».* Ainsi, dans le cadre spécifique de la lutte contre les violences, tous les couples sont concernés par la compétence du juge aux affaires familiales qu'il s'agisse des

[696] J.J- LEMOULAND, *op. cit., supra* note 5, p. 109
[697] *Cf., supra* par. n° 168 et ss.

couples en formation, déjà formés ou séparés. Toutefois cette conception n'est réservée qu'au domaine de la lutte contre les violences au sein du couple.

298. Une fois précisé les couples relevant de l'office du juge aux affaires familiales, il y a lieu de savoir à quel moment il faut apprécier l'existence de ce couple.

Paragraphe 2. La date d'appréciation de la qualité recherchée

299. Les hypothèses pertinentes.- Avant de traiter de la question de la date à laquelle l'existence du couple doit être appréciée, il convient d'abord de déterminer les hypothèses dans lesquelles cette question a un intérêt. Dans certains cas, la question est résolue aisément. Tel est le cas de la lutte contre les violences au sein du couple. En effet, lorsqu'une personne fait appel au juge aux affaires familiales, il suffit que la violence émane de l'autre, actuel ou ancien membre du couple. L'article 515-9 du Code civil prévoit, en effet, que : *« lorsque les violences exercées au sein du couple ou par un ancien conjoint, un ancien partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou un ancien concubin mettent en danger la personne qui en est victime, un ou plusieurs enfants, le juge aux affaires familiales peut délivrer en urgence à cette dernière une ordonnance de protection ».* L'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire indique, de la même manière, que *« le juge aux affaires familiales connaît (...) des actions liées (...) à la protection à l'encontre du conjoint, du partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou du concubin violent ou d'un ancien conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin violent ».* Il convient de démontrer qu'à un moment le couple a existé, peu importe qu'il existe encore.

Dans certains contentieux, le couple doit encore être lié. Cela concerne essentiellement le couple marié. C'est le cas du divorce, de la séparation de corps, de la contribution aux charges du mariage, de l'homologation du changement de régime matrimonial. Au contraire, dans le cadre de la révision de la prestation compensatoire, il est évident que nous sommes en présence d'ex-époux.

Pour la contribution aux charges du Pacs, une telle action introduite même après la dissolution du Pacs semble pouvoir être mise en oeuvre[698].

[698] *Cf., supra* note 180.

Finalement, cette question trouve toute son acuité s'agissant de l'indivision entre personnes liées par un Pacs ou entre concubins[699] et de la liquidation et partage des intérêts patrimoniaux des époux, partenaires et concubins.

300. L'examen des différents systèmes.- Deux systèmes peuvent être proposés dans un premier temps. Soit la condition de l'existence du couple doit pouvoir se vérifier au jour de la saisine du juge aux affaires familiales, soit cette condition doit pouvoir être constatée au moment de la création des liens patrimoniaux.

Il faut à présent éprouver ces deux propositions. La première ne peut être retenue car elle est trop restrictive. En effet, elle ne permet pas de prendre en compte deux situations. Force est de constater que la vie patrimoniale des couples non mariés peut être indépendante de leur éventuelle rupture. Ils peuvent liquider leurs intérêts patrimoniaux et ne pas se séparer. A l'inverse, ils peuvent se séparer et rester en indivision. Retenir que la condition doit exister au jour de la saisine du juge aux affaires familiales serait méconnaître les caractéristiques de ce contentieux. Il convient de relever également les conséquences de ce système sur les couples mariés dont le divorce est prononcé et qui engagent ultérieurement une procédure en liquidation et partage. Au moment de cette seconde procédure, ils ne seront plus mariés. Si ce système était retenu, le juge aux affaires familiales ne connaîtrait de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux que dans le cadre de la liquidation au cours du mariage ou au moment du prononcé du divorce selon l'article 267 du Code civil. Il est évident que cela n'est pas l'objectif de la loi du 12 mai 2009 qui était justement de confier au juge aux affaires familiales la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux.

Quant au second système, il laisse de côté certaines situations dans lesquelles une indivision existe entre deux personnes sans liens de couple au départ, et dont les liens se transforment en liens de couple. Le lien de couple, bien que non présent à la naissance de la relation patrimoniale, est bien présent au moment du conflit. Le caractère peut également être apprécié au moment du conflit. Si, lorsque leurs intérêts patrimoniaux se sont entremêlés, ils n'étaient pas encore concubins ou pacsés, peuvent-ils faire valoir leur statut ultérieur ?

301. La solution à privilégier.- Il semble qu'il faille conserver les deux critères sans que ceux-ci s'excluent. Il convient de retenir le fait qu'à un moment des relations patrimoniales, le

[699] Rappelons que pour les couples mariés la question ne se pose pas puisque leur indivision serait de la compétence du tribunal de grande instance. *Cf., supra* par. n° 82.

lien affectif est rentré en jeu. Le juge aux affaires familiales est compétent parce qu'à un moment les parties ont été en couple ou le sont toujours et qu'elles ont des intérêts patrimoniaux en commun. A titre de comparaison, il peut être fait référence à la question de l'attribution préférentielle d'un bien acquis par des concubins qui se sont ensuite mariés. Rappelons que l'attribution préférentielle ne peut être mise en place dans le cadre d'un concubinage[700]. Toute la question était dans cette hypothèse spécifique de savoir si le nouvel état d'époux pouvait avoir une influence sur le bien acquis dans une période antérieure au mariage. La Cour de cassation a répondu de manière affirmative à cette question[701]. L'attribution préférentielle pouvait concerner le bien acquis alors que les époux n'étaient que concubins. La compétence du juge aux affaires familiales pourrait suivre cette approche pour retenir sa compétence de manière extensive en matière de fonctionnement des indivisions des couples de partenaires de Pacs et de concubins et lors de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux des trois couples.

De plus, ce critère large se rapproche de celui retenu en matière de lutte contre les violences au sein du couple.

---

[700] *Cf., supra* par. n° 160.

[701] A titre d'illustration, Cass., 1e civ., 7 juin 1988, RTD*Civ.,* 1989, p. 121, note J. PATARIN, *D.* 1989, p. 141, note A. BRETON. Dans cet arrêt, la Cour de cassation, au visa des articles 832, 1476 et 1542 du Code civil, énonce *« qu'il résulte de l'ensemble de ces textes que l'attribution préférentielle peut être demandée (...) dans le partage d'indivision de nature familiale et que le conjoint divorcé peut demander l'attribution préférentielle du local servant à son habitation et dont il est propriétaire par indivis, même si cette convention a pris naissance par une convention antérieure au mariage ». Adde,* V. LARRIBAU TERNEYRE note sous CA Toulouse, 12 avril 2005, CA Aix-en-Provence, 6 novembre 2005, supra note 487: *« Peu importe également, c'est ce que retient la cour d'Aix-en-Provence, que les concubins aient été mariés un temps avant de préférer le concubinage, dès lors qu'au moment de l'acquisition du bien, ils étaient redevenus concubins et le sont restés ; le bien a acquis le statut de bien indivis ordinaire dans le cadre d'une indivision conventionnelle ordinaire et l'a conservé. Ni l'article 832 directement, ni a fortiori, l'article 1476 du Code civil qui concerne le partage de communauté et qui était invoqué par l'un des concubins au soutien de sa demande d'attribution préférentielle dans l'espèce soumise à la cour d'Aix, ne sont utilisables. Il en serait autrement, cependant, si les concubins s'étaient mariés après l'acquisition du bien : la cour d'appel de Paris a admis dans cette hypothèse, que le mariage ultérieur des concubins avait conféré un caractère familial à l'indivision conventionnelle, ce qui rendait possible l'attribution préférentielle alors pourtant que le bien restait un bien indivis ordinaire (CA Paris, 12 janv. 1994 : Juris-Data n° 1994-0200104) ».* Notons toutefois qu'ici l'interprétation est plus restrictive car elle ne prend pas en compte, pour l'attribution préférentielle, les hypothèses dans lesquelles les personnes étaient mariées et ne le sont plus au moment de la demande.

Conclusion de la Section 2

302. S'il peut être affirmé que le juge aux affaires s'occupe de nombre d'affaires judiciaires des couples non mariés, notamment depuis la loi du 12 mai 2009, il convient de constater que sa compétence y est plus compliquée à établir que pour les couples mariés. Le juge aux affaires familiales est donc bien le juge de tous les couples, mais les couples mariés y ont accès plus simplement.

Conclusion du Chapitre 2

303. Dans un contexte de centralisation des compétences auprès du juge aux affaires familiales en matière de contentieux des couples, il convient de relever que ce mouvement rencontre assez rapidement des limites, qui démontrent que les couples ont un statut différent avec une position privilégiée pour les couples mariés.

304. Tant que les statuts des couples seront différents, l'organisation judiciaire, même si c'est dans des détails, illustrera cette différence.

Conclusion du titre 2

305. Une pluralité de juridictions.- Le contentieux des couples n'est pas uniquement confié au juge aux affaires familiales. Si certaines compétences d'attribution sont pertinentes, il en va différemment de celle du président du tribunal de grande instance. Quant à la compétence du tribunal d'instance en matière d'attribution préférentielle du droit au bail en faveur d'un concubin, il est intéressant de noter que le juge aux affaires familiales n'a pas été choisi pour ce problème qui doit être tranché en fonction « d'intérêts familiaux ».

306. Une pluralité de couples.- L'existence de trois catégories de couples est également à prendre en compte dans la centralisation inachevée. C'est aussi parce qu'il n'y a pas de règlement d'ensemble des conséquences de la rupture d'un couple de concubins ou de partenaires de Pacs que différents juges interviennent.

307. Une modification de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.- Ces conclusions nous permettent de proposer une modification de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire pour les parties qui intéressent ce titre. L'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire serait ainsi rédigé : *« Dans chaque tribunal de grande instance, un ou plusieurs magistrats du siège sont délégués dans les fonctions de juge aux affaires familiales. Le juge aux affaires familiales connaît : 1° Des demandes relatives à la convention notariée de changement de régime matrimonial, de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, des hypothèques des époux, des demandes relatives aux régimes matrimoniaux et aux indivisions entre époux ou entre personnes liées par un pacte civil de solidarité ou entre concubins, de la séparation de biens judiciaire et de son action en nullité, de la liquidation anticipée de la créance de participation, sous réserve des compétences du juge des tutelles des majeurs »*. Il pourrait être ajouté que le juge aux affaires familiales connaît *« 3) des actions liées : a) à la fixation de l'obligation alimentaire, de la contribution aux charges du mariage ou du pacte civil de solidarité, de la pension alimentaire due au conjoint successible, et de la contribution à l'entretien à l'éducation et à l'éducation des enfants »*.

Conclusion de la première partie

308. Les interactions entre la compétence d'attribution et le droit substantiel.- L'étude des conflits de compétence d'attribution en droit des couples a permis de démontrer l'importance du fond du droit dans le choix de la juste compétence. En effet, une détermination approximative de certaines notions de droit substantiel peut être à l'origine de conflits de compétence d'attribution. Il en va notamment ainsi lorsqu'il faut s'intéresser à la nature du Pacs[702], à la définition du concubinage[703], aux demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux[704] et des indivisions[705] ou à la signification de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux[706].

Si le droit substantiel agit sur la compétence d'attribution, il y a lieu de se demander en quoi celle-ci agit sur le fond du droit. La réelle centralisation du contentieux des différents couples auprès du juge aux affaires familiales soulève inévitablement la question d'un statut commun des couples[707], question de droit substantiel. Certes, il ne faut pas nier l'effet symbolique d'un même juge. N'a-t-il pas été dit qu'en confiant certaines affaires des partenaires de Pacs et des concubins au juge aux affaires familiales, ces affaires devenaient familiales [708]? Il ne faut pas non plus sous-estimer l'effet routinier des pratiques professionnelles des juges[709]. Ainsi, le fait que le juge aux affaires familiales soit confronté aux mêmes situations de fait vécues par les différents couples peut provoquer une unification du droit substantiel[710]. Toutefois, un même juge pour les couples ne peut être que le vecteur

---

[702] *Cf., supra* par. n° 279.
[703] *Cf., supra* par. n° 290 et ss.
[704] *Cf., supra* par. n° 59 et ss.
[705] *Cf., supra* par. n° 70 et ss.
[706] *Cf., supra* par. n° 155 et ss.
[707] V. LARRIBAU-TERNEYRE, Les apports de la loi du 12 mai 2009 de simplification du droit sur le contentieux familial et le droit des personnes et de la famille, *Dr fam.,* 2009, Etude 29, p. 14 : *« La réunion des contentieux concernant toutes les formes de couples entre les mains du JAF est par ailleurs sans aucun doute de nature à favoriser l'émergence d'un droit commun du couple sur lequel, on s'interroge déjà ».*
[708] V. LARRIBAU-TERNEYRE, Le juge aux affaires familiales devient le juge des intérêts patrimoniaux des concubins et des partenaires, *Dr fam.,* 2009, Comm. 66, p. 20. *Adde,* E. MATUTANO, *art. cit., supra* note 140, p. 1307.
[709] C. BESSIERE, M. MILLE, J. MINOC, Face au contentieux de masse : les stratégies professionnelles des JAF, *JCP éd. G,* n°26, 27 juin 2011, 771 : *« L'activité des juges repose sur des routines professionnelles, permettant de gagner du temps et de le réserver aux affaires jugées les plus délicates ».*
[710] *Cf., supra* par. n° 88 et ss. pour la « contribution aux charges du concubinage » et la nouvelle compétence du juge aux affaires familiales en matière de relations patrimoniales des couples. *Adde,* J. HAUSER, Unification procédurale et unification fondamentale, Les personnes et la famille, *Bulletin du CERFAP*, mai 2012, n° 13, p. 2 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, Le juge aux affaires familiales devient le juge des intérêts patrimoniaux des concubins et des partenaires, *Dr fam.,* 2009, Comm. 66, p. 20.

d'un droit commun, non son créateur. D'autant que le mouvement de centralisation connaît quelques incohérences qui permettent de relativiser les conséquences en matière de droit substantiel. Ainsi, s'agissant d'indivision, le juge aux affaires familiales a une compétence plus étendue pour les concubins et les partenaires que pour les conjoints[711]. En matière d'attribution préférentielle du droit au bail pour les partenaires de Pacs, le juge aux affaires familiales n'est pas reconnu compétent, mais le juge qui sera finalement compétent devra se prononcer en fonction des « intérêts familiaux » des parties[712].

Certains pseudo-conflits étudiés sont l'expression de la dichotomie entre un droit substantiel différent et une compétence d'attribution unique pour l'ensemble des couples. Tel est le cas d'une demande d'attribution préférentielle du droit au bail dans le cadre d'une rupture de concubinage. Ce n'est pas parce que le juge aux affaires familiales est compétent pour la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux de toutes les catégories de couple qu'il pourra déclarer cette demande recevable[713].

L'étude de la mise en place d'un droit commun n'est certes pas l'objet de notre recherche mais présente toutefois un intérêt. Cependant, le législateur ne peut l'aborder de manière indirecte en utilisant un juge commun[714], bien qu'ainsi il n'ait pas à affronter la question de la hiérarchie des couples et de la suprématie du mariage.

S'il fallait attribuer un statut commun pour les couples, ce serait une question de droit substantiel qui ne peut être examinée uniquement à l'aune des conflits de compétences d'attribution. Ceux-ci ne peuvent que démontrer la différence et quelquefois l'inégalité entre les statuts des couples. Bien qu'il soit vrai que *« les règles de droit substantiel et de droit processuel sont indissociables en matière familiale »* [715], il convient toutefois de relever que la question du statut commun des couples est tout d'abord une question de droit substantiel. Ainsi, le législateur, s'il souhaite remédier à cette différence, doit agir par le droit substantiel. Sinon, le juge aux affaires familiales ne pourra être qu'un juge-écran qui permet de masquer les différences de droit substantiel qui existent entre les couples mariés et non mariés.

---

[711] *Cf., supra* par. n° 82 à 86.
[712] *Cf., supra* par. n° 281.
[713] *Cf., supra* par. n° 160 à 162.
[714] J. HAUSER, Unification procédurale et unification fondamentale, Les personnes et la famille, Bulletin du CERFAP, mai 2012, n° 13, p. 2 ; G. MAUGAIN, *art. cit., supra* note 645, p. 10.
[715] V. EGEA, « Les biens du couple », in I. BARRIERE BROUSSE, M. DOUCHY-OUDOT, *op. cit. supra* note 124, p. 249.

309. L'absence d'un juge commun des couples.- Le droit commun des couples n'existe pas et il en va de même pour un juge commun entendu comme un même juge pour un même problème. Tout d'abord, certains problèmes des couples non mariés ne sont pas soumis à l'intervention judiciaire comme le sont les mêmes problèmes rencontrés par les couples mariés. La rupture du couple non marié échappe à l'intervention judiciaire alors même que le problème est identique. Ensuite, pour un même problème, ce n'est pas le même juge qui interviendra. Tout dépendra de la catégorie de couple qui le saisit. Il en va ainsi en matière d'attribution préférentielle du droit au bail en cas de rupture. Pour les couples mariés, le juge aux affaires familiales est compétent, alors que pour les partenaires de Pacs, c'est le tribunal d'instance qui l'est[716]. Un juge commun ne pourra exister qu'en présence d'un statut commun pour les couples.

310. L'absence d'un juge unique des couples.- Le juge aux affaires familiales ne peut être qualifié de juge commun du contentieux des couples. Il ne peut non plus être qualifié de juge unique du contentieux des couples. En effet, d'autres juridictions interviennent: le tribunal de grande instance, le juge des tutelles des majeurs, le président du tribunal de grande instance, le tribunal d'instance. Il n'est pas possible d'affirmer aujourd'hui qu'il y a un seul juge pour toutes les affaires concernant les couples.

311. Le juge aux affaires familiales, un juge central en matière de contentieux des couples.- Si le juge aux affaires familiales ne peut être désigné comme juge commun ou comme juge unique, il est, de manière certaine, le juge central[717] en matière de contentieux des couples. Il n'est pas un juge parmi d'autres. Il a une place particulière : d'ailleurs, dès qu'il y a un conflit de compétence d'attribution, le juge aux affaires familiales est impliqué.

312. Les critères de répartition entre les juridictions.- Lorsque les rapports entre les différentes juridictions sont prévus par des dispositions textuelles, cela peut produire des conflits apparents car le chemin jusqu'à la bonne compétence est quelquefois tortueux. Dans d'autres hypothèses, soit il n'y a aucune indication textuelle soit elles sont contradictoires[718].

---

[716] *Cf., supra* par. n° 282, 283.

[717] Pour une explication économique du choix du juge aux affaires familiales. *Cf.,* G. MAUGAIN, *art. cit. supra* note 645, p. 8 : *« Il s'agit de considérations économiques qui conduisent à préférer un juge unique à une formation collégiale. Dans un contexte de crise de la justice, cette méthode permet de traiter plus de dossiers, sans augmentation ni de budget, ni du nombre de magistrats ».*

[718] Pour une comparaison pertinente. *Cf.,* F. GRUA, Les divisions du droit, RTD*Civ.,* 1993, p. 64 : « *Les divisions du droit reposent sur le postulat implicite que tout litige appelle une règle qui relève d'une subdivision et d'une*

Il s'agit alors d'un conflit réel dont l'étude a permis de trouver les critères de la plus juste compétence dans une série de situations.

Ainsi, le juge des tutelles des majeurs est là pour protéger un des membres du couple, le juge aux affaires familiales s'occupe des questions relatives au fonctionnement du couple et le tribunal de grande instance gère les fondements de cette relation de couple. Cette clef de lecture peut être utilisée pour les contentieux qui posent question en termes de compétence d'attribution. Mais il faut bien relever que cette clef de lecture n'est pas toujours celle que le législateur met en place lorsqu'il attribue, de manière expresse, des compétences. Cependant, elle a permis notamment d'écarter la compétence du président du tribunal de grande instance qui peut être valablement remplacée par celle du juge aux affaires familiales et au contraire de maintenir la compétence du juge des tutelles des majeurs qui a un rôle à jouer dans sa fonction de protection d'un des membres du couple[719].

Pour mettre en œuvre ces clefs de répartition des conflits, différentes modifications textuelles ont été proposées. La principale concerne l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire qui serait rédigé ainsi :

« *Dans chaque tribunal de grande instance, un ou plusieurs magistrats du siège sont délégués dans les fonctions de juge aux affaires familiales. Le juge aux affaires familiales connaît :*

1° Des demandes relatives à la convention notariée de changement de régime matrimonial, de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, des hypothèques des époux, des demandes relatives aux régimes matrimoniaux et aux indivisions entre époux ou entre personnes liées par un pacte civil de solidarité ou entre concubins, de la séparation de biens judiciaire et de son action en nullité, de la liquidation anticipée de la créance de participation, sous réserve des compétences du juge des tutelles des majeurs ».

---

seule. Mais ce n'est pas toujours le cas. Le contentieux vécu se moque bien des cloisonnements de la science juridique et ne se laisse pas enfermer dans les petits périmètres à l'intérieur desquels les droits sont élaborés, chacun de son côté. (…) Beaucoup de conflits de ce type sont résolus par la loi. (…).Ce qui est remarquable est qu'il n'existe aucune théorie pour régler les conflits dont le législateur ne s'est pas occupé. Le droit interne ne possède pas l'équivalent des constructions des internationalistes. Bien plus, la doctrine semble ignorer le problème, peut-être insoluble ».

[719] Certes dans le cadre de la protection contre les violences cela aurait pu être le juge des tutelles mais celui-ci est là pour protéger un membre d'un couple lorsque ce n'est pas l'autre membre qui est responsable, ce qui est le cas dans la cadre des violences au sein du couple.

2° Du divorce, de la séparation de corps et de leurs conséquences, de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux, des créances des époux, des personnes liées par un pacte civil de solidarité et des concubins, sauf en cas de décès ou de déclaration d'absence ;

3° des actions liées : a) à la fixation de l'obligation alimentaire, de la contribution aux charges du mariage ou du pacte civil de solidarité, de la pension alimentaire due au conjoint successible, et de la contribution à l'entretien à l'éducation et à l'éducation des enfants »[720].

g) à la responsabilité civile entre époux, personnes liées par un pacte civil de solidarité et concubins ».

Le reste est inchangé.

313. Enfin, le recours au « magistrat coordonnateur de l'activité en matière de droit de la famille et des personnes », tel que le désigne l'article R. 213-9-1 du Code de l'organisation judiciaire, devrait contribuer à la pertinence du rôle central du juge aux affaires familiales. Ce magistrat assure *« la coordination de l'activité des magistrats du siège du ressort du tribunal en matière de droit de la famille et des personnes. (...). Le magistrat désigné établit un rapport annuel sur l'activité des magistrats du siège en matière de droit de la famille et des personnes (...) ».* Mais il convient de relever que le rôle de ce magistrat coordonnateur n'est pour l'instant qu'un rôle administratif.

314. Passons à présent à la dynamique des conflits de compétence d'attribution dans le cadre des relations parent-enfant.

[720] *Cf., supra* par. n° 256.

PARTIE 2.

La dynamique des conflits de compétence d'attribution dans les relations parent-enfant

315. Le droit substantiel en jeu.- Appréhender les relations entre parents et enfants dans un contexte judiciaire implique de s'intéresser à toute saisine d'un juge en rapport avec cette matière. Il s'agit d'abord du domaine de la filiation entendue comme le lien juridique qui unit un enfant à sa mère et/ou à son père[721] et, ensuite, des effets de son établissement. Si certaines conséquences, la nationalité ou le nom par exemple, sont liées au droit des personnes et dès lors exclues de notre étude, tel n'est pas le cas de l'autorité parentale et de l'obligation d'entretien qui sont au cœur du droit de la famille.

L'autorité parentale est entendue ici de manière large. En effet, il s'agit de l'autorité parentale relative à la personne de l'enfant, c'est-à-dire les droits et les devoirs des parents par rapport aux enfants mineurs et de l'autorité parentale relative aux biens de l'enfant, c'est-à-dire l'administration légale[722] et la jouissance légale[723]. L'assistance éducative, généralement définie comme un soutien à l'autorité parentale, doit aussi être envisagée. Si la tutelle du mineur est usuellement rattachée aux incapacités, cette mesure a toutefois un rapport évident avec l'autorité parentale. Ce sont les parents qui pallient l'incapacité juridique du mineur. La tutelle n'intervient que lorsque les parents ne peuvent plus exercer cette fonction. Il y a lieu enfin d'inclure dans notre étude les mesures qui mettent un terme à l'exercice ou à la titularité de l'autorité parentale. Il s'agit de la délégation d'autorité parentale et du retrait d'autorité parentale.

L'obligation d'entretien, définie comme l'obligation incombant aux père et mère d'entretenir leurs enfants mineurs, peut aussi être comprise dans une conception large de l'autorité parentale. En effet, le législateur a, par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, introduit dans le Code civil un article spécifique dans le chapitre consacré à l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant[724]. Il s'agit de l'article 371-2 qui prévoit que *« chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant. Cette obligation ne*

---

[721] A. BATTEUR, *op. cit., supra* note 23, p. 129 : *« La filiation est le lien juridique établi entre un enfant et un parent, soit du côté de la mère, soit du côté du père, soit des deux côtés »*.

[722] V. BONNET, *op. cit., supra* note 22, p. 125 : *« L'aspect patrimonial de l'autorité parentale est désigné par le Code civil sous l'expression d'administration légale. Il s'agit de l'ensemble des règles de représentation du mineur dans la gestion de ses biens »*.

[723] P. COURBE, A. GOUTTENOIRE, *op. cit., supra* note 3, p. 488. Le droit de jouissance légale *« permet aux père et mère de percevoir et de s'approprier les revenus des biens appartenant à leur enfant mineur de seize ans, sans avoir à les restituer au jour de sa majorité, à charge de les utiliser en vue de pourvoir à l'entretien de celui-ci »*.

[724] Chapitre 1 du titre 9 sur l'autorité parentale.

cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur ». Ensuite, au delà de cette insertion significative, l'obligation a souvent été présentée comme le corollaire de l'autorité parentale. Elle permettrait d'assurer pécuniairement les devoirs parentaux[725]. Il ne faut toutefois pas négliger deux arguments qui vont dans le sens d'un rattachement de l'obligation d'entretien à la filiation. En premier lieu, dans le cas du retrait de l'autorité parentale, les parents sont toujours tenus à cette obligation d'entretien. De plus, l'autorité parentale cesse aux 18 ans de l'enfant alors que l'article 371-2 du Code civil indique que l'obligation d'entretien peut subsister au-delà de la majorité[726]. Quelle que soit l'hypothèse retenue, il est en tout cas certain que l'obligation d'entretien doit être prise en compte dans le cadre de notre étude. Nous le ferons en tant qu'effet de la filiation.

316. Annonce de plan.- Il convient de se demander qui est compétent pour connaître de l'ensemble de ces affaires. Différentes juridictions entrent en jeu lorsqu'il s'agit d'intervenir relativement à la filiation, l'autorité parentale et l'obligation d'entretien. Nous aurions pu envisager l'étude, dans un premier temps, des conflits de compétence d'attribution s'agissant de la filiation et, ensuite, seulement de ses effets. Cependant, cette approche ne permet pas d'appréhender intégralement le rôle central du juge aux affaires familiales et du tribunal de grande instance. Si la première juridiction est plutôt cantonnée aux effets de la filiation, le tribunal de grande instance a, quant à lui, une compétence qui est transversale. Ces deux juridictions ne sont certes pas les seules à intervenir mais elles ont un rôle central qu'il nous faut étudier. Ainsi, dans l'ensemble des matières concernées par les relations parents-enfants, nous étudierons les conflits à travers ces deux juridictions que sont le juge aux affaires familiales (Titre 1) et le tribunal de grande instance (Titre 2).

---

[725] A titre d'illustration : CA Paris, 2 février 1989, *D.* 1989, Somm., p. 364, note D. HUET-WEILLER. Dans le commentaire est citée une ordonnance du juge aux affaires matrimoniales d'Amiens du 11 février 1988 qui indique que : *« la question des moyens de subsistances des enfants est à l'évidence adventice à l'exercice de l'autorité parentale (...) la demande de pension alimentaire (est une) simple modalité accessoire d'exercice de l'autorité parentale»*.

[726] *Cf.,* I. CARBONNIER, *JCl Civil code*, « Art. 371 à 387 », v° Fasc. 10, « Autorité parentale.- Exercice de l'autorité parentale » (2012-Mise à jour 2013), n° 58 : *« Cette obligation (l'obligation d'entretien) contenue dans l'article 213 du Code civil n'est pas directement rattachée à la loi du 4 juin 1970. C'est que son fondement ne se trouve pas dans l'autorité parentale : le retrait de l'autorité parentale prononcé contre les parents ne les affranchirait pas de leur obligation d'entretien. Mais les prérogatives d'autorité parentale, notamment le devoir d'éducation, ne peuvent s'exercer sans implications pécuniaires, de sorte que si l'article 203, inchangé au fil des réformes rattache l'obligation d'entretien à la filiation, celle-ci subit certaines incidences venant du régime de l'autorité parentale »*.

TITRE 1.

Le juge aux affaires familiales, un juge central face à des conflits

317. La pluralité de compétences en matière d'autorité parentale et d'obligation d'entretien.- Lorsque la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 a créé le juge aux affaires familiales, celui-ci fut désigné comme le juge de l'autorité parentale[727], l'homme-orchestre de l'autorité parentale[728]. En effet, il est exact que le juge aux affaires familiales a de nombreuses compétences en matière d'autorité parentale. Selon l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, il a à connaître des actions liées à l'exercice de l'autorité parentale[729]. L'article 373-2-6 du Code civil précise dans son alinéa 1er que *« le juge du tribunal de grande instance délégué aux affaires familiales règle les questions qui lui sont soumises dans le cadre du présent chapitre*[730] *en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs ».* En vertu de ces deux articles, le juge aux affaires familiales détient une compétence générale quant à l'autorité parentale portant sur la personne de l'enfant. Cette compétence est précisée et complétée par des normes de droit substantiel issues de différents codes[731]. Depuis la loi du 12 mai 2009, il exerce également les fonctions de juge

[727] F. GRANET-LAMBRECHTS, « Rapport introductif » in C. ALBIGES (dir.), *op. cit., supra* note 109, p. 4 : *« La loi du 4 mars 2002 a ajouté un paragraphe 3 intitulé « De l'intervention du juge aux affaires familiales ». Le juge naturel de l'autorité parentale est ici désigné »* ; L. CADIET, *art. cit., supra* note 41, p. 33 ; C. LIENHARD, « La nouvelle part des acteurs de la justice familiale » in *Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Litec, Dalloz, 2006, p. 203 : *« Il est le juge unique de l'autorité parentale et des treize actions spécifiques à cette matière qui peuvent être déclinées devant lui depuis la loi du 4 mars 2002 ».*

[728] P. SALVAGE-GEREST, *art. cit., supra* note 50, p. 8. *Cf., infra* note 986 pour l'emploi de l'expression *«* homme-orchestre *»* en différentes matières.

[729] Article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire : *« (...) Le juge aux affaires familiales connaît :3° Des actions liées (...) b) A l'exercice de l'autorité parentale »*.

[730] Chapitre 1 « De l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant ».

[731] A titre d'illustration : *cf.,* alinéas 2 et 3 de l'article 373-2-6 du Code civil : *« Le juge peut prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents. Il peut notamment ordonner l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français sans l'autorisation des deux parents. Cette interdiction de sortie du territoire sans l'autorisation des deux parents est inscrite au fichier des personnes recherchées par le procureur de la République ». Adde, article L. 3211-10 du Code de la santé publique : « Hormis les cas prévus au chapitre III du présent titre, la décision d'admission en soins psychiatriques d'un mineur ou la levée de cette mesure sont demandées, selon les situations, par les personnes titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ou par le tuteur. En cas de désaccord entre les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, le juge aux affaires familiales statue ». Adde*, article 1202 alinéa 2 du Code de procédure civile : *« Les demandes en délégation de l'autorité parentale sont portées devant le juge aux affaires familiales du lieu où demeure le mineur »*.

des tutelles des mineurs[732]. Enfin, le juge aux affaires familiales s'occupe également de la contribution à l'éducation et à l'entretien des enfants et de l'obligation alimentaire[733]. Notre étude aurait pu se terminer là, du moins en ce qui concerne les conflits de compétence d'attribution en matière d'autorité parentale et d'obligation d'entretien: s'il n'y a qu'un seul juge, il ne peut y avoir de conflits de compétence d'attribution. Cependant, le juge aux affaires familiales n'est pas seul, même s'il a pu concentrer un certain « contentieux » de l'autorité parentale[734] et de l'obligation d'entretien. D'autres juges sont donc susceptibles d'intervenir[735]. Le tribunal de grande instance est notamment compétent pour le retrait de l'autorité parentale[736], le juge des tutelles, même s'il a vu ses compétences diminuer avec la loi du 12 mai 2009, est toujours présent[737], et le juge des enfants connaît de l'assistance éducative[738] pour les mineurs en danger et ceci de manière exclusive[739]. Nous sommes ainsi en présence de plusieurs juges[740] dont l'un aurait, semble-t-il, plus particulièrement vocation à s'occuper de ces questions.

---

[732] Article L. 213-3-1 du Code de l'organisation judiciaire : *« Le juge aux affaires familiales exerce les fonctions de juge des tutelles des mineurs. Il connaît :1° De l'émancipation ; 2° De l'administration légale et de la tutelle des mineurs ; 3° De la tutelle des pupilles de la nation »*.

[733] *Cf.,* article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.

[734] C.WATINE-DROUIN, *art. cit., supra* note 49, p. 559 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, *art. cit., supra* note 49, p. 143.

[735] L. CADIET, *art. cit., supra note* 41, p. 47 ; J-P. GRIDEL, « Regards sur le juge aux affaires familiales » in *Etudes offertes à Pierre Catala : Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Litec, 2001, p. 209.

[736] Article 1202, alinéa 1, du Code de procédure civile : *« Les demandes en retrait total ou retrait partiel de l'autorité parentale sont portées devant le tribunal de grande instance du lieu où demeure l'ascendant contre lequel l'action est exercée »*.

[737] *Cf., infra* par. n° 449 et ss.

[738] *Cf.,* article L. 252-2 du Code de l'organisation judiciaire : *« Le juge des enfants est compétent en matière d'assistance éducative » et alinéa 1^er de l'article 375-1 du Code civil : » Le juge des enfants est compétent, à charge d'appel, pour tout ce qui concerne l'assistance éducative »*.

[739] J. MASSIP, *art. cit., supra* note 41, p. 1140. Le rôle du juge des enfants n'a pas été remis en cause dans le cadre de la création du juge aux affaires familiales. L'auteur approuve le maintien du juge des enfants pour la raison suivante : *« Quant au juge des enfants- avec son cortège d'assistantes sociales, d'éducateurs, de psychologues- son intervention est justifiée, mais seulement dans les cas pathologiques et marginaux où il existe un danger réel d'ordre physique ou moral pour l'enfant. C'est heureusement l'exception, et il est raisonnable, nous semble t-il, d'appliquer à ces situations un traitement différent de celui qui doit être réservé aux cas de désaccord plus ordinaires ».* Dans le cadre de la Commission dirigé par le Recteur S. GUINCHARD, il n'y a pas non plus de remise en cause du juge des enfants. *Cf.,* S. GUINCHARD (dir.), *op. cit., supra* note 11, p. 228 : *« Bien que l'intervention du juge des enfants soit fondée sur la protection des intérêts de l'enfant, la spécificité de ses fonctions - tenant à la gravité des situations qui lui sont soumises et à la double fonction civile et pénale de ce juge - justifie qu'en l'état du droit il ne soit pas envisagé par la commission de regrouper cette fonction avec celle de juge aux affaires familiales »*.

[740] H. LECUYER, « Rapport de synthèse », in C. ALBIGES (dir.), *op. cit., supra* note 109, p. 156 : *«On nous a décrit une famille méditerranéenne. On se bouscule ; il y a foule. Foule de personnes concernées par l'intervention du juge : parents et enfants, mais aussi frères et sœurs, autres ascendants voire tiers (...) Pour répondre aux appels de la multitude, il y a aussi pléthore de juges, le JAF, bien sûr, mais encore le juge pénal, le juge des enfants (...), le juge des tutelles (...), les juges européens... Des hommes et des femmes, juges uniques mais aussi des collèges (...) Que d'acteurs !»*.

318. Annonce de plan.- Nous verrons dans un premier temps que les compétences traditionnelles du juge aux affaires familiales en matière d'exercice de l'autorité parentale quant à la personne de l'enfant sont l'occasion de conflits réels avec le juge des enfants (Chapitre 1). Ensuite, nous constaterons que les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales en matière d'administration légale, de tutelle et d'émancipation n'ont pas mis fin à tous les conflits (Chapitre 2).

Chapitre 1.
Les conflits traditionnels entre le juge des enfants et le juge aux affaires familiales

319. Avec la loi n° 70-459 du 4 juin 1970, qui a mis fin à la puissance paternelle du Code Civil de 1804[741] et un mouvement législatif qui est allé dans le sens d'une égalité entre les père et mère[742], les interventions judiciaires se sont multipliées. Elles sont dues au contrôle plus important de l'Etat sur la fonction parentale et la mise en place de la coparentalité.

320. Dans ce contexte, les conflits de compétence d'attribution sont nombreux en matière d'autorité parentale relative à la personne de l'enfant[743] entre le juge des enfants et le juge aux affaires familiales. Certains sont réels, d'autres sont seulement apparents (Section 2). Il convient au préalable d'en étudier les sources (Section1).

---

[741] Cette puissance paternelle était l'héritière directe de la *patria potestas* romaine. La référence est faite au droit romain car il aurait inspiré le droit du midi de la France jusqu'en 1789 et il aurait marqué fortement le Code Civil. *Cf.,* R. SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit français de la famille*, Dalloz, 1995, p. 5. Dans le Code civil de 1804, la notion de paterfamilias intègre le titre neuf du Code Napoléon intitulé « De la puissance paternelle ». Le père exerce seul cette autorité. Il a des moyens de corrections (R. SZRAMKIEWICZ, *op. cit.,* p. 107) tels que la correction manuelle. Au 19e siècle apparaît un mouvement en faveur de l'enfant qui génère un recul du pouvoir du père. Son pouvoir est contrôlé et l'enfant est protégé. Ainsi la loi du 24 juillet 1889 sera consacrée à la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés. Elle met en place la déchéance de l'autorité parentale et la délégation d'autorité parentale. Différents textes spécifiques vont suivre. *Cf.,* J-F. ESCHYLLE, M. HUYETTE, *JCl Civil code*, « Art. 371 à 387 », v° Fasc. 20, « Autorité parentale.- Assistance éducative.- Champ d'application. Conditions » (2008- Mise à jour 2010), n° 7. L'ensemble de ces textes fait place à une ordonnance unique du 23 décembre 1958 qui instaure l'assistance éducative. Elle sera intégrée dans le Code civil par la loi du 4 juin 1970 qui instaure l'autorité parentale.

[742] Dans le Code civil de 1804, s'agissant de la tutelle des mineurs (R. SZRAMKIEWICZ, *op. cit., supra* note 741, p. 114), jusqu'à 21 ans, le père administre les biens de son enfant et en garde la jouissance jusqu'à ses 18 ans. En cas de décès avant que l'enfant ait 21 ans, si le survivant est la mère, il y aura un « curateur au ventre » si elle est enceinte et un subrogé tuteur ensuite. Dans le sens de l'égalité entre les père et mère, il convient de signaler la loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 qui réglemente l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens de leurs enfants mineurs. S'agissant de l'autorité parentale relative à la personne de l'enfant, ce sont notamment les lois n° 87-570 du 22 juillet 1987 et n° 93-22 du 8 janvier 1993 qui ont instauré l'égalité entre les père et mère. Le dernier texte spécifique a été la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 qui a consacré l'autorité parentale conjointe, quel que soit le statut des parents. *Cf.,* J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, La famille. Fondation et vie de la famille*, LGDJ, 1993, 2e éd., p. 822. *Adde,* pour une présentation de la promotion de l'exercice conjoint de l'autorité parentale avant la loi du 4 mars 2002: M-L., CICILE-DELFOSSE, *op. cit., supra* note 144, p. 36 et ss.

[743] J. HAUSER note sous CA Versailles, 11 septembre 2003, RTD*Civ*., 2004, p. 77 : *« On sait que les conflits de compétence ne sont pas rares entre juge des enfants et juge aux affaires familiales et les praticiens en rencontrent fréquemment qui se résolvent plus par la bonne volonté et les bons rapports de chacun que par l'application de critères très précis difficiles à élaborer »*.

Section 1.
Les sources des conflits

321. Les conflits de compétence d'attribution naissent entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants pour des raisons de droit substantiel (paragraphe 1). Des considérations de procédure ont également des conséquences sur la compétence retenue (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les éléments de droit substantiel concourant aux conflits

322. Les conflits entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants se fondent, tout d'abord, sur une utilisation partagée des mêmes notions floues qui répondent à la définition de notion cadre entendue comme *« une notion juridique englobante et directive virtuellement applicable à une série indéfinie de cas, et dont l'application, en raison de son indétermination intentionnelle passe nécessairement par l'appréciation d'un juge (ou de son interprète) qui l'actualise in casu, si, précisément, il estime que le cas particulier entre dans le cadre de la notion »*[744] (A). Ensuite, les conflits sont attisés par le fait que le juge des enfants détient des compétences identiques à celles du juge aux affaires familiales quant à l'autorité parentale sur la personne de l'enfant (B).

A. Des notions cadres communes aux deux juges

323. La notion d' « intérêt de l'enfant » est une notion qui intervient traditionnellement dans le cadre des compétences du juge aux affaires familiales, alors que la notion de danger n'a de rapport qu'avec le juge des enfants. Cependant, la notion d' « intérêt de l'enfant » s'étend aux dispositions concernant le juge des enfants (1) et celle de « danger » n'est pas totalement étrangère aux compétences du juge aux affaires familiales (2).

[744] G. CORNU, *op. cit., supra* note 15, v° Notion cadre.

1. L'intérêt de l'enfant

324. L'insertion de la notion dans le Code civil liée au juge aux affaires familiales.- L' « intérêt de l'enfant » a guidé l'action du juge aux affaires familiales dès sa mise en place en 1993[745]. L'article 247 du Code Civil, dans sa rédaction de 1993[746], énonçait, en effet, que : *« le tribunal de grande instance statuant en matière civile est seul compétent pour se prononcer sur le divorce et ses conséquences. Un juge de ce tribunal est délégué aux affaires familiales. Il est plus spécialement chargé de veiller à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs ».* Ainsi, ce sont dans les dispositions relatives au divorce que la mission du juge aux affaires familiales était dans un premier temps liée à la notion d' « intérêt de l'enfant ». Avec la loi du 4 mars 2002 portant sur l'autorité parentale, l' « intérêt de l'enfant » figure dans les dispositions relatives à l'autorité parentale. L'article 373-2-6 du Code civil prend ainsi place dans le paragraphe 3 de la section première du chapitre premier du titre neuvième intitulé « De l'autorité parentale ». L'alinéa 1[er] de cet article énonce que *« le juge du tribunal de grande instance délégué aux affaires familiales règle les questions qui lui sont soumises dans le cadre du présent chapitre*[747] *en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts*[748] *des enfants mineurs ».* Parallèlement, la notion disparaît de la disposition relative au divorce[749].

325. L'intérêt de l'enfant dans des dispositions générales et spécifiques relevant de la compétence du juge aux affaires familiales.- De manière générale, la mission du juge aux affaires familiales, en matière d'autorité parentale, est guidée par l'« intérêt de l'enfant ». Mais la notion est contenue aussi dans différentes dispositions du Code civil relatives à l'autorité parentale et relevant toutes de la compétence du juge aux affaires familiales. Outre sa présence dans la définition de l'autorité parentale[750], l' « intérêt de l'enfant » apparaît dès qu'il

---

[745] La notion d'intérêt de l'enfant n'est pas née avec la création du juge aux affaires familiales. Elle irriguait déjà les dispositions relatives à l'autorité parentale. *Cf.*, L. GAREIL, *op. cit., supra* note 2, p. 214 et ss.

[746] L'article 247 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, imposait également au juge aux affaires matrimoniales la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs.

[747] Il s'agit du chapitre premier intitulé « De l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant ».

[748] Il convient de noter que si, dans l'article 373-2-3 du Code civil, la notion d' « intérêt de l'enfant » est employée au pluriel, il en va différemment pour toutes les autres dispositions dans lesquelles « l'intérêt de l'enfant » est au singulier.

[749] Article 8 VI de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 : *« La seconde phrase du deuxième alinéa de l'article 247 est supprimée. La deuxième phrase : il est plus spécialement chargé de veiller à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs »*.

[750] Article 371-1 alinéa 1 du Code civil : *« L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant »*.

s'agit d'attribuer l'autorité parentale à un seul des parents[751], de changer de résidence[752], d'accorder des droits de visite aux tiers[753], de décider du maintien de la fratrie[754], d'homologuer une convention des parents[755] et, enfin, de confier l'enfant à un tiers[756]. Il faut faire une place à part à la délégation d'autorité parentale. En effet, la notion d'intérêt apparaissait dans le cadre de l'article 377-1 du Code civil mais a disparu[757] avec la modification du texte par la loi du 4 mars 2002[758].

326. Le sens de l'évolution législative : une notion intégrée systématiquement.- Les différentes lois venant modifier le droit substantiel de l'autorité parentale relevant de la compétence du juge aux affaires familiales font systématiquement référence à l' « intérêt de l'enfant ». Il en va ainsi avec la loi n° 2007- 293 du 5 mars 2007 sur la protection de l'enfance puisque la notion d' « intérêt de l'enfant » est insérée dans une disposition relative au droit de visite exercé dans un espace rencontre par des parents ayant l'exercice conjoint de l'autorité parentale[759]. La loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010, sur la protection des victimes de violences

---

[751] Article 373-2-1 alinéa 1du Code civil : *« Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents »*.

[752] Article 373-2 alinéa 3 du Code civil : *«Tout changement de résidence de l'un des parents, dès lors qu'il modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale, doit faire l'objet d'une information préalable et en temps utile de l'autre parent. En cas de désaccord, le parent le plus diligent saisit le juge aux affaires familiales qui statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant. Le juge répartit les frais de déplacement et ajuste en conséquence le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant »*.

[753] Article 371-4 du Code civil : *« L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit. Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables »*.

[754] Article 371-5 du Code civil *: « L'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et sœurs, sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution. S'il y a lieu, le juge statue sur les relations personnelles entre les frères et sœurs »*.

[755] Article 373-2-7 du Code civil : *« Les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement »*.

[756] Article 373-3 alinéa 2 du Code civil : *« Le juge peut, à titre exceptionnel et si l'intérêt de l'enfant l'exige, notamment lorsqu'un des parents est privé de l'exercice de l'autorité parentale, décider de confier l'enfant à un tiers, choisi de préférence dans sa parenté. Il est saisi et statue conformément aux articles 373-2-8 et 373-2-11 »*.

[757] Cela ne signifie évidemment pas que l'intérêt de l'enfant n'a pas à être respecté dans le cadre de la délégation d'autorité parentale mais cela n'est pas précisé de manière spécifique.

[758] Termes finaux de l'article 377-1 du Code civil, tel que modifié par la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 et dans sa version antérieure à la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, : *« (...) Quel que soit le requérant, le juge aux affaires familiales peut décider, dans l'intérêt de l'enfant, les parents entendus ou appelés, que l'autorité parentale sera déléguée au service de l'aide sociale à l'enfance »*.

[759] Nouvel alinéa de l'article 373-2-9 du Code civil : *« Lorsque la résidence de l'enfant est fixée au domicile de l'un des parents, le juge aux affaires familiales statue sur les modalités du droit de visite de l'autre parent. Ce*

au sein du couple, poursuit dans cette direction. Ainsi, elle mentionne l' « intérêt de l'enfant » au sein des articles 373-2-1[760] et 373-2-9[761] lorsqu'il s'agit notamment de s'intéresser à la remise directe de l'enfant à l'autre parent dans le cadre du droit de visite[762].

327. L'intérêt de l'enfant dans le Code de l'organisation judiciaire et le Code de procédure civile.- Dans le Code de l'organisation judiciaire et le Code de procédure civile, la notion n'apparaît pas dans une disposition générale relative au juge aux affaires familiales. Elle n'est présente que dans les articles 1099 et 1100 du Code de procédure civile relatifs au divorce par consentement mutuel[763].

328. L'intérêt de l'enfant et le juge des enfants.- Quant au juge des enfants, cette notion ne gouvernait pas son action, de manière générale, jusqu'à la loi du n° 2004-1 du 2 janvier

---

droit de visite, lorsque l'intérêt de l'enfant le commande, peut être exercé dans un espace de rencontre désigné par le juge ».

[760] La notion « intérêt de l'enfant » est ajoutée à deux endroits. Tout d'abord, comme en matière d'exercice conjoint de l'autorité parentale, le droit de visite exercé dans un espace rencontre dans une situation d'exercice unilatéral de l'autorité parentale est soumis à l'intérêt de l'enfant. Ainsi, le troisième alinéa de l'article 373-2-1 est dorénavant rédigée de la manière suivante : *« Lorsque, conformément à l'intérêt de l'enfant, la continuité et l'effectivité des liens de l'enfant avec le parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale l'exigent, le juge aux affaires familiales peut organiser le droit de visite dans un espace de rencontre désigné à cet effet »*. Un quatrième alinéa est introduit. Il est relatif aux modalités de remise directe de l'enfant et comprend la notion « intérêt de l'enfant ». Il est libellé de la manière suivante : *« lorsque l'intérêt de l'enfant le commande ou lorsque la remise directe de l'enfant à l'autre parent présente un danger pour l'un d'eux, le juge en organise les modalités pour qu'elle présente toutes les garanties nécessaires. Il peut prévoir qu'elle s'effectue dans un espace de rencontre qu'il désigne, ou avec l'assistance d'un tiers de confiance ou du représentant d'une personne morale qualifiée »*.

[761] A la fin de l'article 373-2-9 du Code civil est ajouté un alinéa relatif également aux modalités de remise directe de l'enfant. Il est libellé de manière identique au quatrième alinéa de l'article 373-2-1 du Code civil. Cependant, il est relatif à l'hypothèse dans laquelle l'exercice de l'autorité parentale est conjoint alors que l'article 373-2-1 du Code civil se réfère à l'exercice unilatéral de l'autorité parentale.

[762] Dans ce même sens, il convient de relever la proposition de loi n° 1856 enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 1er avril 2014. En effet, cette proposition est relative à « l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant ». Ainsi, dans le titre même de la proposition, la notion d'intérêt de l'enfant apparaît.

[763] Article 1099 du Code de procédure civile : *« Au jour fixé, le juge procède selon les modalités prévues aux articles 250 à 250-3 du code civil ; il vérifie la recevabilité de la requête ; il s'assure que le consentement des époux est libre et éclairé et appelle leur attention sur l'importance des engagements pris par eux, notamment quant à l'exercice de l'autorité parentale. Avec l'accord des parties, en présence du ou des avocats, le juge peut faire supprimer ou modifier les clauses de la convention qui lui paraîtraient contraires à l'intérêt des enfants ou de l'un des époux. Il rend sur-le-champ un jugement par lequel il homologue la convention et prononce le divorce »*. Article 1100 du Code de procédure civile : *« Si la convention lui paraît préserver insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux, le juge peut refuser de l'homologuer, ne pas prononcer le divorce et ajourner sa décision, par ordonnance rendue sur-le-champ, jusqu'à présentation d'une nouvelle convention. Il informe les époux qu'ils devront présenter une nouvelle convention avant l'expiration d'un délai de six mois. L'ordonnance fait mention de cette information et de son contenu. L'ordonnance précise les conditions ou garanties auxquelles seront subordonnés l'homologation de la nouvelle convention et, en conséquence, le prononcé du divorce. Elle comprend, le cas échéant, les mesures provisoires homologuées par le juge en application de l'article 250-2 du code civil »*.

2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance[764]. Certes, la notion était déjà présente à l'article 375-7 du Code civil[765]. Cependant, elle n'avait pas de portée générale quant à l'action du juge des enfants. En effet, elle n'était relative qu'à l'exercice des droits de correspondance et de visite des parents en cas de placement de l'enfant. Désormais, le juge des enfants est expressément tenu de prendre en considération l' « intérêt de l'enfant » en matière d'assistance éducative. En effet, l'article 375-1 du Code Civil, tel que modifié par la loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004, énonce que « *le juge des enfants est compétent, à charge d'appel, pour tout ce qui concerne l'assistance éducative. Il doit toujours s'efforcer de recueillir l'adhésion de la famille à la mesure envisagée et se prononcer en stricte considération de l'intérêt de l'enfant ».* Avec la loi du 5 mars 2007 sur la protection de l'enfance, la notion d' « intérêt de l'enfant » apparaît de manière plus importante dans les dispositions relatives au juge des enfants en matière d'assistance éducative[766]. Ainsi, l'expression « intérêt de l'enfant » est mentionnée cinq fois dans l'article 375-7 du Code civil[767] relatif aux droits des parents en cas de placement des enfants.

---

[764] Cette notion a toutefois pu être utilisée par la jurisprudence. *Cf.,* Cass., 1e civ., 11 mai 1976, *D.* 1976, Juris., p. 521, note H. HOVASSE. En l'espèce, la notion de l'intérêt de l'enfant est utilisée dans les arguments du pourvoi pour contester les conditions de remise à sa mère d'un enfant qui avait été confié dès son plus jeune âge à une nourrice. Cependant, la Cour de cassation relève que *« la Cour d'appel, qui énonce qu'en raison d'une possible perturbation de la mineure, la profonde affection proclamée à l'égard de celle-ci par les Dames C (...) et Pascal Y (...) doit les conduire « dans son seul intérêt bien compris », à se mettre d'accord sur les conditions de la remise, était fondée à préférer une telle solution à des modalités fixées par voie d'autorité ».*

[765] *Cf.,* l'alinéa 2 de l'article 375-7 tel que créé par la loi n° 70-459 du 4 juin 1970 : *« S'il a été nécessaire de placer l'enfant hors de chez ses parents, ceux-ci conservent un droit de correspondance et un droit de visite. Le juge en fixe les modalités et peut même, si l'intérêt de l'enfant l'exige, décider que l'exercice de ces droits, ou de l'un d'eux, sera provisoirement suspendu ».*

[766] L' « intérêt de l'enfant » apparaît également dans l'article 375-5 mais il est lié à l'action du procureur de la république.

[767] Article 375-7 du Code civil (dans sa version issue de la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007) : *« Les père et mère de l'enfant bénéficiant d'une mesure d'assistance éducative continuent à exercer tous les attributs de l'autorité parentale qui ne sont pas inconciliables avec cette mesure. Ils ne peuvent, pendant la durée de cette mesure, émanciper l'enfant sans autorisation du juge des enfants. Sans préjudice de l'article 373-4 et des dispositions particulières autorisant un tiers à accomplir un acte non usuel sans l'accord des détenteurs de l'autorité parentale, le juge des enfants peut exceptionnellement, dans tous les cas où l'intérêt de l'enfant le justifie, autoriser la personne, le service ou l'établissement à qui est confié l'enfant à exercer un acte relevant de l'autorité parentale en cas de refus abusif ou injustifié ou en cas de négligence des détenteurs de l'autorité parentale, à charge pour le demandeur de rapporter la preuve de la nécessité de cette mesure. Le lieu d'accueil de l'enfant doit être recherché dans l'intérêt de celui-ci et afin de faciliter l'exercice du droit de visite et d'hébergement par le ou les parents et le maintien de ses liens avec ses frères et sœurs en application de l'article 371-5. S'il a été nécessaire de confier l'enfant à une personne ou un établissement, ses parents conservent un droit de correspondance ainsi qu'un droit de visite et d'hébergement. Le juge en fixe les modalités et peut, si l'intérêt de l'enfant l'exige, décider que l'exercice de ces droits, ou de l'un d'eux, est provisoirement suspendu. Il peut également décider que le droit de visite du ou des parents ne peut être exercé qu'en présence d'un tiers désigné par l'établissement ou le service à qui l'enfant est confié. Si la situation de l'enfant le permet, le juge fixe la nature et la fréquence des droits de visite et d'hébergement et peut décider que leurs conditions d'exercice sont déterminées conjointement entre les titulaires de l'autorité parentale et la personne, le service ou*

329. L'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant.- Au-delà de l'insertion de la notion d' «intérêt de l'enfant» dans les dispositions spécifiques relatives au juge aux affaires familiales et au juge des enfants, la Cour de cassation a affirmé, par un arrêt du 18 mai 2005[768], confirmé par des arrêts ultérieurs[769], que l'article 3-1[770] de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant signée le 26 janvier 1990 était d'applicabilité directe. Ainsi, *«dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur*[771] *de l'enfant doit être une considération primordiale»*[772].

330. L'absence de définition précise.- Or, la notion d' « intérêt de l'enfant » qui doit gouverner l'action du juge aux affaires familiales et celle du juge des enfants, répond entièrement à la définition de notion cadre[773], en ce sens qu'elle n'a pas de définition précise. Certes, même si en matière d'assistance éducative[774] et dans les procédures relatives à l'autorité parentale[775] le législateur est intervenu pour dire ce qui est conforme à l' « intérêt de l'enfant », cela ne s'est fait que ponctuellement, et à titre indicatif uniquement. En outre, l'article L. 112-4 du Code de l'action sociale et des familles, inséré par la loi du 5 mars 2007 sur la protection de l'enfance, qui énonce que *« l'intérêt de l'enfant, la prise en compte de ses besoins fondamentaux, physiques, intellectuels, sociaux et affectifs ainsi que le respect de ses*

---

l'établissement à qui l'enfant est confié, dans un document qui lui est alors transmis. Il est saisi en cas de désaccord. Le juge peut décider des modalités de l'accueil de l'enfant en considération de l'intérêt de celui-ci. Si l'intérêt de l'enfant le nécessite ou en cas de danger, le juge décide de l'anonymat du lieu d'accueil ».

[768] Cass., 1e civ., 18 mai 2005, Juris-Data n° 2005-028424 ; *JCP éd. G,* 2005, II, 10081, p. 1183, note F. GRANET, Y. STRICKLER.

[769] A titre d'illustration : Cass., 1e civ., 8 novembre 2005, Juris-Data n° 2005-030708,. *Dr. fam,* 2006, Comm., 28, p. 22, note A. GOUTTENOIRE ; Cass., 1e civ., 22 novembre 2005, Juris-Data n° 2005-030834, *Dr. fam*., 2006, Comm., 28, p. 22, note A. GOUTTENOIRE ; Cass., 1e civ., 13 mars 2007, *Dr. fam*., 2007, Comm., 125, p. 35, note P. MURAT.

[770] Article 3-1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : *« Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale»*.

[771] Il convient de se demander si l'intérêt supérieur de l'enfant équivaut à l'intérêt de l'enfant. Les positions doctrinales diffèrent. Pour une présentation des différentes théories : C. POMART, *op. cit., supra* note 56, p. 322 et ss.

[772] Cass., 1e civ., 8 novembre 2005, Juris-Data n° 2005-030708, *Dr. Fam.,* 2006, Comm., 28, p. 22, note A. GOUTTENOIRE.

[773] La notion « d'intérêt de l'enfant » est une notion vague et floue, qui laisse une place importante à l'interprétation du juge ». *Cf.,* L. GAREIL, *op. cit., supra* note 2, p. 232 ; M. NAUDET-SENECHAL, L'enfant et le juge unique, *LPA,* 1995, n° 53, p. 81.

[774] A. ATIBACK, L'intérêt de l'enfant dans les procédures d'assistance éducative, *Dr fam*., 2006, Etude 18, p. 4. L'auteur met en avant deux directives données par la loi pour préserver l'intérêt de l'enfant. Ainsi, le juge des enfants doit limiter le recours au placement et rechercher l'adhésion des familles à la mesure.

[775] L. GAREIL, *op. cit., supra* note 2, p. 229 : *« On sait ainsi que l'intérêt de l'enfant est par principe dans le maintien de la fratrie (...). De même, cet intérêt se trouve dans le maintien des relations personnelles avec les grands-parents ».*

droits doivent guider toutes décisions le concernant », n'apporte pas plus d'éléments. En effet, il convient de se demander s'il s'agit d'une énumération au sein de laquelle l' « intérêt de l'enfant » est une notion qui est sur le même plan que les termes qui suivent ou si ceux-ci viennent illustrer la notion d'intérêt de l'enfant. Cependant, quelle que soit l'interprétation retenue, les termes employés restent vagues. Dans le cadre des travaux parlementaires ayant abouti à la loi du 9 juillet 2010 relative à la lutte contre les violences au sein du couple, il avait été proposé d'intégrer une définition de l' « intérêt de l'enfant » dans le Code civil. L'article 371-1 du Code civil aurait indiqué que l'intérêt de l'enfant était entendu comme *« la prise en compte de ses besoins fondamentaux, physiques, intellectuels, sociaux et affectifs ainsi que le respect de ses droits et la garantie de sa protection »*[776]. Cette proposition reprend quasiment à l'identique les termes de l'article L. 112-4 du Code de l'action sociale et des familles et aurait ainsi certainement entraîné les mêmes difficultés d'interprétation. Mais, peu importe, cette disposition n'a pas été retenue dans le texte définitif[777].

[776] L'évolution de la proposition au cours des travaux parlementaires illustre les difficultés à manier cette notion. Dans un premier temps, la proposition de loi n° 2121, enregistrée à la présidence de l'Assemblée Nationale le 27 novembre 2009, renforçant la protection des victimes et la prévention de la répression des violences faites aux femmes, dans son article 3, a proposé de modifier l'article L. 112-4 du Code de l'action sociale et des familles de la manière suivante : *« L'intérêt de l'enfant, c'est-à-dire la prise en compte de ses besoins fondamentaux, intellectuels, sociaux et affectifs ainsi que le respect de ses droits et la garantie de sa protection, doivent guider toutes les décisions le concernant »*. Une référence à l'article L. 112-4 du Code de l'action sociale et des familles aurait été ensuite intégrée dans différents articles du Code civil. Cependant, dans le texte adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 25 février 2010, l'article 3 est radicalement modifié. En effet, il est proposé de modifier le Code civil. Le 1er alinéa de l'article 371-1 du Code civil serait ainsi rédigé : *« L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant, c'est-à-dire la prise en compte de ses besoins fondamentaux, physiques, intellectuels, sociaux et affectifs ainsi que le respect de ses droits et la garantie de sa protection »*. C'est l'article L. 112-4 du Code de l'action sociale et des familles qui se réfèrerait au Code civil en énonçant que : *« l'intérêt de l'enfant, tel que défini à l'article 371-1 du Code civil, doit guider toutes les décisions le concernant »*. Finalement, aucune des deux propositions ne prospérera car la modification est supprimée en première lecture par le Sénat le 24 juin 2010 suite au rapport n° 564 (2009-2010) de M. François Pillet, fait au nom de la commission des lois, déposé le 17 juin 2010 au Sénat. Le rapport indiquait que : *« le juge prend d'ores et déjà en compte l'ensemble des exigences citées lorsqu'il apprécie l'intérêt de l'enfant. A cet égard, le procès parfois fait aux juges aux affaires familiales selon lequel ces derniers ne prendraient pas en compte, ou insuffisamment, l'exigence de protection de l'enfant, paraît aussi abusif qu'infondé. Votre commission s'interroge sur la portée juridique d'une telle définition. En particulier, compte tenu de la pratique jurisprudentielle observée, il n'est pas acquis qu'elle permette aux juges de mieux prendre en compte l'impératif de protection de l'enfant qu'ils ne le font aujourd'hui. En outre, elle rappelle que toute énumération dans une définition limite le champ du terme défini et en affaiblit la portée. Pire, elle crée le risque que la notion en cause soit interprétée restrictivement. Ainsi, on peut s'interroger sur la limitation de l'intérêt de l'enfant à ses seuls besoins fondamentaux qui paraît exclure que le juge puisse se déterminer en fonction des besoins de l'enfant qui, sans revêtir de caractère fondamental, n'en demeurent pas moins importants et peuvent judicieusement guider son appréciation dans les décisions pratiques qu'il a à rendre »*.

[777] *Cf.,* C. POMART-NOMDEDEO, Volte-face législative, ou chronique de la mort annoncée du principe de survie du couple parental au-delà du couple conjugal, *LPA*, 1er juin 2011, p. 11.

331. Notre objectif n'étant pas de définir cette notion[778] mais de montrer qu'elle s'impose tant au juge aux affaires familiales qu'au juge des enfants, il convient, à présent, de passer à l'étude de la relation de ces deux juges avec la notion de danger.

2. Le danger

332. La notion de danger liée au juge des enfants.- Alors que l' « intérêt de l'enfant » est une notion que l'on retrouve à la fois dans les dispositions relatives au juge des enfants et dans celles relatives au juge aux affaires familiales, celle de danger[779] concernerait uniquement le juge des enfants. Dans l'article 375 du Code Civil[780], il est énoncé que *« si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social*[781] *sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public»*[782].

333. L'extension jurisprudentielle de la notion au juge aux affaires familiales.- Cependant, il y a des décisions dans lesquelles le juge aux affaires familiales lui-même, dans le cadre de ses compétences, utilise une terminologie identique, par exemple pour fixer la résidence de l'enfant. Ainsi, dans une ordonnance du juge aux affaires familiales de Marseille du 9 mars 2000[783], il est énoncé que *« malgré toute l'affection dont la mère entoure son*

---

[778] Pour certains auteurs, les notions à contenu variable, dont l'intérêt de l'enfant fait partie, sont des notions de fait non susceptibles d'être définies. Pour une position contraire *Cf.,* C. POMART, *op. cit., supra* note 56 , p. 68.

[779] La notion de danger ne figurait pas dans l'ordonnance du 23 décembre 1958. Elle a été intégrée en 1970 par la loi du 4 juin.

[780] Dans sa rédaction issue de la loi du 5 mars 2007

[781] Les mots « ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social » ont été ajoutés par la loi du 5 mars 2007 sur la protection de l'enfance.

[782] Pour les différents auteurs, la notion de danger se rapporte aux deux parties de la branche initiale : le danger pour la santé, la sécurité et la moralité, et les conditions d'éducation gravement compromises. En effet, un des auteurs se base sur la définition du verbe compromettre pour unifier les deux parties sous le terme de danger. L. GAREIL, *op. cit., supra* note 2, p. 455 : *« On peut notamment souligner que le verbe « compromettre » renvoie à la notion de danger puisqu'il se définit comme le fait « de mettre en péril » quelqu'un ou quelque chose, le péril étant lui même synonyme de danger »*. Il est fort probable que les modifications apportées par la loi du 5 mars 2007 sur la protection de l'enfance dans la seconde partie de la branche ne changent pas ce raisonnement.

[783] Tribunal de grande instance de Marseille, ordonnance du juge aux affaires familiales 9 mars 2000, *JCP éd. G*, 2001, II, 10590, p. 1727, note, A. BUGADA ; RTD*Civ*., 2001 p. 868, note J. HAUSER.

enfant, celle-ci est immature et (...) son comportement est de nature à mettre en danger la santé et la sécurité de l'enfant. La mère est, en effet, tabagique et ne semble pas vouloir prendre conscience de son état ». En l'espèce, le juge aux affaires familiales utilise les mêmes termes que ceux de l'article 375 du Code Civil alors que cet article est relatif à l'assistance éducative, de la seule compétence du juge des enfants. Dans un second temps, le juge aux affaires familiales revient à un critère plus familier, l'intérêt de l'enfant : *« le père présentant, par contre, de bonnes conditions pour élever l'enfant, l'intérêt de celui-ci commande que sa résidence soit fixée chez lui ».* Le terme de danger a également pu être utilisé pour déterminer la durée du droit de visite et d'hébergement. Il en va ainsi dans un arrêt de la Cour d'appel d'Agen du 16 mai 2013[784] qui énonce que *« le discours de la mère sur le père est tellement disqualifiant qu'il met en danger les enfants et que par conséquent la décision d'élargir le droit de visite et d'hébergement de la mère paraît problématique ».* Enfin, un arrêt de la Cour d'appel de Douai du 12 juillet 1984[785], dans le cadre de l'hypothèse d'un enfant confié à un tiers par le juge aux affaires familiales, énonce que *« pour retirer la garde des enfants à leurs parents, il faut que les enfants se trouvent en danger*[786] *à leur contact ».* Le critère de danger, bien qu'initialement réservé au juge des enfants, a donc été utilisé par le juge aux affaires familiales et ceci sans fondement textuel[787] .

334. L'extension législative de la notion au juge aux affaires familiales.- Avec la loi du 26 mai 2004 relative au divorce, le danger a intégré l'arsenal législatif du juge aux affaires familiales et cela concerne également l'autorité parentale. En effet, l'alinéa 3 de l'article 220-1 énonce que *« lorsque les violences exercées par l'un des époux mettent en danger son conjoint, un ou plusieurs enfants, le juge peut statuer sur la résidence séparée des époux (...). Le juge se prononce, s'il y a lieu, sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale ».* Cet article est abrogé par la loi du 9 juillet 2010 qui le remplace par les articles 515-9 et suivants du Code civil qui reprennent le terme de danger. De manière plus spécifique, l'article 515-9

[784] CA Agen, 16 mai 2013, Juris-Data n° 2013-009716.
[785] CA Douai, 12 juillet 1984, Juris-Data n° 1984-042717.
[786] L. GAREIL, *op. cit., supra note* 2, p. 316 : *« cette affirmation nous semble maladroite (...) car la constatation du danger devrait entraîner la compétence du juge des enfants et le déclenchement d'une mesure d'assistance éducative ».*
[787] G. RAYMOND, De la réalité de l'absence de couple parental à la fiction de l'unité du couple parental. Commentaire de la loi n°87-570 du 22 juillet 1987, *JCP éd. G*, 1987, I, 3299, n° 13. Sous l'empire de la loi du 22 juillet 1987, l'auteur évoque pour confier l'enfant à un tiers également le critère de danger. *« On peut donc penser que cette mesure exceptionnelle n'interviendra que (...) s'il y avait danger pour les enfants à demeurer avec l'un ou l'autre des parents ».*

du Code civil énonce que *« lorsque les violences exercées au sein du couple ou par un ancien conjoint, un ancien partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou un ancien concubin mettent en danger la personne qui en est victime, un ou plusieurs enfants, le juge aux affaires familiales peut délivrer en urgence à cette dernière une ordonnance de protection ».* Cette ordonnance peut contenir des dispositions en matière d'autorité parentale. Ainsi, à l'occasion de la délivrance de l'ordonnance de protection, le juge peut: *« se prononcer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale »*[788]. En dehors de l'ordonnance de protection, la notion de danger est introduite, par cette même loi du 9 juillet 2010, dans certains articles relatifs à l'autorité parentale, matière de la compétence du juge aux affaires familiales. Cette insertion permet la prise en compte du danger encouru par l'un des membres du couple parental du fait de l'autre parent. Ainsi, l'article 373-2-1 du Code civil, relatif à l'exercice unilatéral de l'autorité parentale, prévoit, dans son alinéa 4, depuis la loi du 9 juillet 2010, que *« lorsque l'intérêt de l'enfant le commande ou lorsque la remise directe de l'enfant à l'autre parent présente un danger pour l'un d'eux, le juge en organise les modalités pour qu'elle présente toutes les garanties nécessaires (...)».* Il en va de même dans l'article 373-2-9 du Code civil, relatif à l'exercice conjoint de l'autorité parentale[789]. Le juge aux affaires familiales doit donc se confronter à la notion de danger. Il convient également de noter qu'intérêt de l'enfant et danger semblent être mis sur un même plan pour conditionner l'intervention du juge aux affaires familiales en matière de remise directe de l'enfant à l'autre parent.

335. Une nouvelle fonction pour le juge aux affaires familiales ?.- Il parait important de relever que la confrontation du juge aux affaires familiales à la notion du danger met en lumière une fonction de protection que le juge devrait remplir.

336. Le danger non clairement défini.- Mais la notion de danger n'est pas clairement définie[790]. Certes, le danger peut être d'ordre physique, psychologique, affectif ou d'ordre

---

[788] Article 515-11, 5° du Code civil.

[789] A. GOUTTENOIRE, La prise en compte des violences dans le cadre de l'autorité parentale, *AJ fam.,* 2010, p. 518

[790] A. DEISS, Le juge des enfants et la santé des mineurs, *JCP éd. G,* 1983, I, 3125, n° 32 ; C. DELAPORTE-CARRE, *op. cit., supra* note 118, p. 22 et ss ; M. HUYETTE, *Guide de la protection judiciaire de l'enfant*, Dunod, 2009, 4e éd., p. 116 : *« S'il est bien une notion qui ne sera jamais précisément et définitivement définie, c'est bien celle de danger. Et si l'article 375 ajoute quelques précisions, en indiquant qu'il doit s'agir d'un danger pour la santé, la sécurité ou la moralité, ou qu'il faut que les conditions d'éducation soient gravement compromises, une fois que l'on a lu le texte, la réflexion n'est pas vraiment plus avancée. La question reste la même : à partir de quand peut-on justifier l'intervention judiciaire par l'affirmation qu'un mineur est en danger ? »* ; L. GAREIL ; *op. cit., supra* note 2, p. 456. L'auteur parle de *« caractère insaisissable de la*

éducatif. Il doit être réel, actuel ou imminent. Cependant, la notion de danger est laissée à l'appréciation des juges du fond sous le contrôle de la Cour de cassation et l'appréciation de ces situations doit toujours se faire *in concreto*. Ainsi, si certaines situations de danger sont faciles à appréhender[791], il en va différemment pour beaucoup d'autres. Il faut toutefois faire une place à part à une situation particulière qui est définie par la loi comme une situation de danger. Il s'agit de l'hypothèse précisée à l'article 13, II de la loi n° 2002-305 relative à l'autorité parentale qui prévoit expressément que *« tout mineur qui se livre à la prostitution, même occasionnellement, est réputé en danger et relève de la protection du juge des enfants au titre de la procédure d'assistance éducative ».*

337. Les notions d' « intérêt de l'enfant » et de danger qui auraient pu servir de critères pour distinguer[792] l'intervention du juge aux affaires familiales et celle du juge des enfants[793], s'avèrent donc en pratique plus difficiles à mettre en œuvre. En parallèle, les compétences des deux juridictions tendent à se confondre quant à l'autorité parentale, et ceci au bénéfice du juge des enfants.

B Les compétences du juge des enfants en matière d'autorité parentale : l'autorisation donnée aux tiers pour des actes non usuels

338. L'examen des compétences directes du juge des enfants en matière d'autorité parentale.- Bien que le juge des enfants doive se limiter à la mise en place de mesures d'assistance éducative[794], les conflits de compétence entre le juge des enfants et le juge aux

---

définition de danger » ; G. RAYMOND, *Rép. Civ.,* Dalloz, v° Assistance éducative (2010-Mise à jour 2014), n° 17 : *« L'existence du danger est l'une des difficultés de l'application de l'article 375 du Code civil. Il est en effet possible d'évaluer le danger couru par l'enfant de manière très large ou au contraire trop stricte ».*

[791] M. HUYETTE, *op. cit., supra* note 790, p. 117 : *« Les situations faciles à repérer sont celles dans lesquelles il y a un dysfonctionnement grave, c'est à dire celles dans lesquelles tout le monde est d'accord pour affirmer que la situation d'un mineur est intolérable et qu'il faut impérativement la faire évoluer vers un mieux-être. On y trouve quotidiennement les graves troubles du comportement des parents ou des enfants : l'alcoolisme, la violence grave morale ou physique, les agressions sexuelles, les graves carence de soins, l'échec scolaire précoce, etc ».*

[792] Notre objectif n'est pas de définir ces notions (*Cf., supra* par. n° 331) mais il est certain qu'elles ne recouvrent pas la même réalité.

[793] G. RAYMOND, *Rép. Civ., cit., supra* note 790, n° 39: *« C'est la notion de danger qui servira de critère pour résoudre le conflit de compétences ».*

[794] L'arrêt du 14 novembre 2007 de la Cour de la cassation (Cass., 1e civ., 14 novembre 2007, *Dr fam*, 2008, Comm. 7, note P. MURAT ; Procédures, 2008, Comm. 47, note M. DOUCHY-OUDOT, *RJPF*, février 2008, p. 25, note F. EUDIER) rappelle, de manière ferme, dans un attendu de principe que *« la compétence du juge des enfants est limitée, en matière civile, aux mesures d'assistance éducative ; que le juge aux affaires familiales*

affaires familiales trouvent leur origine dans des compétences identiques par rapport à l'autorité parentale. Pour étayer ce propos, il convient d'examiner l'alinéa 2 de l'article 375-7 du Code civil relatif au placement d'un enfant par le juge des enfants. Il ne s'agit pas ici de s'intéresser aux conséquences indirectes sur l'autorité parentale des mesures prises par le juge des enfants. En effet, bien que l'article 375-7 du Code civil mette en place le principe de maintien de l'autorité parentale[795], les mesures prises par le juge des enfants peuvent bloquer totalement l'exercice de l'autorité parentale[796]. Il a semblé plus pertinent d'examiner les compétences directes que le juge des enfants peut avoir en matière d'autorité parentale.

339. L'hypothèse étudiée : l'article 375-7 alinéa 2.- L'hypothèse étudiée est celle d'un enfant faisant l'objet d'une mesure de placement. Dans ce cadre, les parents gardent l'exercice de l'autorité parentale. Ainsi, le tiers[797] à qui l'enfant est confié a besoin de l'accord des parents[798] pour l'accomplissement d'un acte non usuel[799]. Si les parents refusent ou ne se

---

est seul compétent pour statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et la résidence de l'enfant ». En l'espèce, la mère était décédée quand l'enfant avait 4 ans. Un juge des enfants avait confié l'enfant à sa grand-mère maternelle dans l'attente de la décision du juge aux affaires familiales. Ce dernier attribuait l'exercice de l'autorité parentale au père, fixait la résidence de l'enfant chez sa grand-mère maternelle et précisait les modalités du droit de visite et d'hébergement du père. Le jugement qui mettait fin aux mesures d'assistance éducative et ordonnait la remise de l'enfant au père fait l'objet du pourvoi et permet ainsi de rappeler à la Cour de cassation la répartition des compétences entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants.

[795] Il faut toutefois faire une place à part à l'émancipation. En effet, dans cette hypothèse, l'autorité parentale se voit restreinte par des obligations imposées par le législateur. Si les parents souhaitent émanciper leur enfant, ils doivent obtenir l'autorisation du juge des enfants et ceci pendant toute la durée de la mesure d'assistance éducative.

[796] Dans le cadre des mesures d'assistance éducative en milieu ouvert : *Cf.,* L. GAREIL, *op. cit., supra* note 2, p. 305 : *« En ce qui concerne le juge des enfants, la contrainte qu'il peut faire peser sur les parents peut devenir telle que ceux-ci n'exercent plus l'autorité parentale mais se contentent d'exécuter les décisions et les mesures prescrites. Le juge aura alors vidé l'autorité parentale de son intérêt »*. Dans le cadre du placement de l'enfant, *Cf.,* L. GAREIL, *op. cit., supra* note 2, p. 327 : *« On s'aperçoit (...) que les droits conservés par les parents lorsque l'enfant est placé par le juge des enfants, dépendent tous de l'appréciation de la situation -choix de la mesure, moyens nécessaires pour en assurer le succès, compatibilité de certaines prérogatives parentales avec cette mesure et enfin, intérêt de l'enfant à voir suspendu tout contact- par le juge des enfants. Ainsi, alors même que ce juge est en principe incompétent pour statuer sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale puisqu'il ne peut que retirer un enfant d'un milieu où il se trouve en danger pour le placer dans un autre, on constate qu'il peut bloquer totalement l'exercice de l'autorité parentale qui serait conservé par les parents (...) »* ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Rép. Proc. civ. cit., supra* note 51, n° 456.

[797] Il convient de se référer à l'article 375-3 du Code civil pour caractériser le tiers dans le cadre de notre hypothèse. Ainsi, selon les dispositions initiales de cet article, *« si la protection de l'enfant l'exige, le juge des enfants peut décider de le confier : 1° à l'autre parent (cette hypothèse est évidemment exclue quand il faut déterminer le tiers) ; 2° à un autre membre de la famille ou à un tiers digne de confiance ; 3° à un service départemental de l'aide sociale à l'enfant ; 4° à un service ou à un établissement habilité pour l'accueil des mineurs à la journée ou suivant toute autre modalité de prise en charge ; 5° à un service ou à un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé »*.

[798] Si l'enfant est confié à l'autre parent, la question peut se poser dans les mêmes termes. En effet, pour les actes graves, l'accord des deux parents, s'ils ont tous les deux l'exercice de l'autorité parentale, est nécessaire.

[799] Une définition des actes non usuels est difficile à trouver. Dans le rapport fait au Sénat dans le cadre des travaux parlementaires relatifs à la loi du 5 mars 2007 (Rapport n° 393 (2005-2006) de M. André LARDEUX,

manifestent pas, le tiers doit-il s'adresser au juge des enfants ou au juge aux affaires familiales ? Si le juge des enfants se reconnaît compétent, il sera détenteur d'une compétence directe en matière d'autorité parentale.

340. Annonce de plan.- Auparavant, les pratiques allaient dans le sens de la reconnaissance d'une compétence du juge des enfants mais il n'y avait pas de fondement textuel (1). La loi du 5 mars 2007 sur la protection de l'enfance a consacré cette possibilité (2).

1. L'absence d'un fondement textuel avant la loi du 5 mars 2007 sur la protection de l'enfance

341. Une compétence du juge des enfants reconnue dans la pratique.- Dans le cadre des travaux parlementaires relatifs à la loi sur la protection de l'enfance, deux rapports[800] présentés au Parlement, exposèrent la solution qui était généralement mise en place. En effet, il était indiqué que *« dans* (les) *situations de blocage, les personnes qui ont la garde de*

---

fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 14 juin 2006 au Sénat), des exemples de situations où l'accord des parents est nécessaire sont relatés. Ainsi, *« si la personne ou le service à qui l'enfant est confié peuvent librement l'inscrire à l'école ou la cantine, l'autoriser à se rendre chez un ami ou à suivre une activité extrascolaire, ils doivent recueillir l'autorisation des parents pour les actes plus importants, comme faire vacciner et opérer l'enfant ou partir en voyage »*. Il convient également de s'intéresser aux définitions des actes usuels pour, a contrario, déterminer la définition des actes non usuels. *Cf.,* P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *op, cit., supra* note 11, p. 624 : *« La loi ne donne pas de définition des actes usuels, ni, surtout de liste préétablie. Si l'on procède de manière négative, on peut considérer que ne constitue pas un acte usuel l'acte qui rompant avec la pratique antérieurement suivie, engage l'avenir de l'enfant »*. *Adde,* CA d'Aix en Provence, Chambre spéciale des mineurs, 28 octobre 2011, n° 2011/325, *LPA*, septembre 2012, n° 195, p. 5, note M. DOURIS. Il est précisé dans l'arrêt que *« les actes usuels peuvent être définis comme des actes de la vie quotidienne, sans gravité, qui n'engagent pas l'avenir de l'enfant, qui ne donnent pas lieu à une appréciation de principe essentielle et ne présentent aucun risque grave apparent pour l'enfant, ou encore, même s'ils revêtent un caractère important, des actes s'inscrivant dans une pratique antérieure non contestée (...). A contrario, relèvent de l'autorisation des parents titulaires de l'autorité parentale, et en cas de désaccord, d'une éventuelle autorisation judiciaire, les décisions qui supposeraient en l'absence de mesure de garde, l'accord des deux parents, ou qui encore, en raison de leur caractère inhabituel ou de leur incidence particulière dans l'éducation et la santé de l'enfant, supposent une réflexion préalable sur leur bien-fondé »*. Dans le cadre de la proposition de loi n° 1856 enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 1er avril 2014 et relative à *« l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant »*, l'article 4 définit l'acte important comme *« l'acte qui rompt avec le passé et engage l'avenir de l'enfant ou qui touche à ses droits fondamentaux »*. Il est précisé que *« le changement de résidence de l'un des parents, dès lors qu'il modifie les modalités de résidence de l'enfant ou le droit de visite de l'autre parent, et le changement d'établissement scolaire »* sont des actes importants. Il s'agit de l'article 4 dans sa version issue du texte adopté en 1ère lecture par l'Assemblée Nationale le 27 juin 2014.

[800] Rapport n° 393 (2005-2006) de M. André Lardeux, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 14 juin 2006 au Sénat. Rapport n°3256 de Mme Valérie Pécresse, fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, déposé le 5 juillet 2006 à l'Assemblée Nationale.

l'enfant se voient contraintes de demander systématiquement une ordonnance du juge[801] *chaque fois qu'un acte est nécessaire ».* Si cette intervention du juge des enfants n'est pas discutée dans les rapports parlementaires, la question du fondement textuel avant la loi du 5 mars 2007 doit toutefois être posée.

342. La compétence du juge des enfants en question.- S'agissant du juge des enfants, l'article 375-7 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à la loi du 5 mars 2007, énonçait que *« les père et mère dont l'enfant a donné lieu à une mesure d'assistance éducative, conservent sur lui leur autorité parentale et en exercent tous les attributs qui ne sont pas inconciliables avec l'application de la mesure. Ils ne peuvent émanciper l'enfant sans autorisation du juge des enfants, tant que la mesure d'assistance éducative reçoit application. S'il a été nécessaire de placer l'enfant hors de chez ses parents, ceux-ci conservent un droit de correspondance et un droit de visite. Le juge en fixe les modalités et peut même, si l'intérêt de l'enfant l'exige, décider que l'exercice de ces droits, ou de l'un d'eux sera provisoirement suspendu. Le juge peut indiquer que le lieu de placement de l'enfant doit être recherché afin de faciliter, autant que possible, l'exercice du droit de visite par le ou les parents ».* Cet article n'apporte pas de fondement textuel à une intervention du juge des enfants autorisant un tiers à accomplir un acte non usuel. Il y est uniquement indiqué que les père et mère conservent l'autorité parentale et en exercent tous les attributs qui ne sont pas inconciliables avec l'application de la mesure. Cependant, rien n'est précisé quant au pouvoir des tiers par rapport à un quelconque acte. Bien qu'il ait pu être affirmé que *« la loi permet au juge des enfants, au cas par cas de transférer au service gardien telle ou telle prérogative d'autorité parentale que les parents refusent d'utiliser dans l'intérêt de leur enfant*[802]*,* il est difficile de trouver ce fondement législatif. Ce n'est pas l'article 375-7 du Code civil et aucun autre article traitant de l'assistance éducative ne peut être invoqué. En outre, s'il faut retenir un fondement implicite, considérant qu' *« à travers l'organisation des modalités de la mesure, le système esquissé par l'article 375-7 du Code civil autorise le juge à habiliter le tiers à agir à chaque fois que les parents sont privés des attributs qui leur donneraient normalement ce pouvoir »* [803], cela serait contraire à l'article 376 du Code civil. En effet, ce dernier énonce

[801] Il est indiqué uniquement « juge ». Mais il est évident qu'il s'agit du juge des enfants car la discussion prend place dans le cadre d'une modification relative à l'article 375-7 du Code civil, article relatif aux mesures d'assistance éducative, compétence exclusive du juge des enfants.
[802] M. HUYETTE note sous Cass., 1e civ., 26 juin 2001, *D.* 2001, p. 3388.
[803] P. MURAT note sous Cass., 1e civ., 26 juin 2001, *Dr. fam*., 2002, Comm., 3, p. 18.

qu' *« aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement dans les cas déterminés ci-dessous »*[804]. Et, cet article fait référence uniquement à la délégation d'autorité parentale, puisqu'il prend place dans une section relative à ce mécanisme, qui est de la compétence du juge aux affaires familiales.

343. La compétence du juge aux affaires familiales en question.- Quant à la compétence du juge aux affaires familiales, les articles 371-4[805] et 373-4[806] du Code civil pouvaient éventuellement justifier son intervention. Cependant, l'applicabilité de ces articles à la situation exposée ne résiste pas à un examen attentif. En effet, dans l'article 371-4 du Code Civil, il ne s'agit pas d'un enfant confié à un tiers mais de l'organisation des relations avec les tiers. Dans le cadre de l'article 373-4, l'enfant est confié à un tiers par le juge aux affaires familiales alors que dans notre situation il est confié à un tiers par le juge des enfants[807]. De plus, l'article 373-4 du Code civil, s'il avait été applicable, n'aurait pas été d'une grande utilité car il ne précise les pouvoirs du tiers que pour les actes usuels. *A priori* aucune décision d'un juge aux affaires familiales n'a pu être trouvée dans la jurisprudence sur ce fondement. L'article 377 du Code civil[808], relatif à la délégation d'autorité parentale, pourrait être

---

[804] A. DEISS, *art.cit., supra* note 790 , n° 54. Selon cet auteur, *« cette pratique s'explique cependant par la législation antérieure à la loi du 4 juin 1970 : l'article 17 de la loi du 24 juillet 1889 permettait aux parents de déléguer des prérogatives de la puissance paternelle à l'Aide Sociale à l'Enfance ou aux établissements gardiens »*.

[805] Article 371-4 du Code civil, dans sa version antérieure à la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : *« L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit. Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non »*.

[806] Article 373-4 du Code civil : *« Lorsque l'enfant a été confié à un tiers, l'autorité parentale continue d'être exercée par les père et mère ; toutefois, la personne à qui l'enfant a été confié accomplit tous les actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation. Le juge aux affaires familiales, en confiant l'enfant à titre provisoire à un tiers, peut décider qu'il devra requérir l'ouverture d'une tutelle »*.

[807] Cependant, différents jugements se sont référés à l'article 373-4 du Code civil quand l'enfant est placé hors de son milieu familial par le juge des enfants, pour les actes usuels relatifs à l'éducation et à la surveillance de l'enfant. *Cf.,* J-F. ESCHYLLE, M. HUYETTE, *JCl Civil code*, « Art. 371 à 387 », v° Fasc. 21, « Autorité parentale- Assistance éducative- Modalités- Effets » (2009 -Mise à jour 2011), n° 107.

[808] Article 377 du Code civil : *« Les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance. En cas de désintérêt manifeste ou si les parents sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale, le particulier, l'établissement ou le service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant ou un membre de la famille peut également saisir le juge aux fins de se faire déléguer totalement ou partiellement l'exercice de l'autorité parentale. Dans tous les cas visés au présent article, les deux parents doivent être appelés à l'instance. Lorsque l'enfant concerné fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative, la délégation ne peut intervenir qu'après avis du juge des enfants »*.

invoqué. Ce mécanisme est effectivement de la compétence du juge aux affaires familiales[809]. Dans le cas de la délégation volontaire, la volonté des parents est une condition essentielle alors que dans notre hypothèse il s'agit de dépasser le refus ou l'abstention des parents à un acte. Ensuite, dans le cas de la délégation forcée, il faut un désintérêt manifeste des parents ou ceux- ci doivent être dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale. La délégation forcée correspond de manière plus juste à notre hypothèse initiale, consistant en la volonté de dépasser le refus ou l'abstention des parents. Cependant, la délégation d'autorité parentale aboutit à un transfert plus général de tout ou partie des droits parentaux et ne semble pas ainsi adaptée pour un blocage parental sur un acte précis.

344. La pratique des juges des enfants.- Il convient toutefois de constater que des ordonnances du juge des enfants ont été prises, sans fondement textuel, afin de répondre à des situations ayant des conséquences importantes dans la vie quotidienne de l'enfant, le tiers se trouvant paralysé. Certains juges des enfants[810] ont autorisé directement les actes[811]. Mais la plupart des ordonnances ont plutôt mis en place des autorisations pour le tiers à accomplir l'acte ou à consentir à l'acte. De telles ordonnances pouvaient ainsi indiquer : *« Déléguons à Monsieur le Président du Conseil général (...) la prérogative de signer les documents nécessaire à la participation du mineur à la classe verte »*[812] ou *« Déléguons à Monsieur le Président du Conseil général (...) la prérogative de signer les documents nécessaires à l'établissement des pièces d'identité du mineur »* [813].

345. La nécessité d'accomplir tel ou tel acte n'est pas discutée. Mais jusqu'à la loi du 5 mars 2007, le juge des enfants n'avait une compétence directe en matière d'autorité parentale que sur un fondement « implicite », voire inexistant.

---

[809] CA Amiens, ch spéciale des mineurs, 6 septembre 2007, Juris-Data n° 2007-345472. La cour a décidé que *« si l'article 375-7 du Code civil dispose que les père et mère, dont l'enfant a donné lieu à une mesure d'assistance éducative, conservent sur lui leur autorité parentale et en exercent tous les attributs qui ne sont pas inconciliables avec l'application de la mesure, cependant, ce texte ne confère pas au juge des enfants le pouvoir de transférer tout ou partie de l'autorité parentale à un tiers, une telle compétence relevant exclusivement du juge aux affaires familiales conformément aux dispositions des articles 377 et 377-1 du Code civil »*.

[810] A titre d'illustration : *Cf.,* Tribunal pour enfant Evry, 8 novembre 1982, *D.* 1983, p. 218, note P. RAYNAUD : *« Par ces motifs, autorisons les autorités médicales à procéder (...) à une interruption volontaire de grossesse (...) sur la personne de (...) »*.

[811] Pour une critique de telles décisions : *Cf.,* M. HUYETTE, *op. cit., supra* note 790, p. 337 : *« En aucun cas c'est le juge des enfants qui récupère ces droits. Il est absolument exclu qu'il prenne lui même des décisions concernant la vie quotidienne d'un enfant. Un juge n'exerce jamais la moindre autorité parentale sur les mineurs de ses dossiers »*.

[812] Juge des enfants, TGI de Strasbourg, Ordonnance du 1er décembre 2006, Affaire103/1155.

[813] Juge des enfants, TGI de Strasbourg, Ordonnance du 18 novembre 2005, Affaire103/1155.

2. La mise en place du fondement textuel par la loi du 5 mars 2007

346. La nouvelle compétence du juge des enfants.- La loi du 5 mars 2007 sur la protection de l'enfance attribue une nouvelle compétence au juge des enfants en modifiant l'article 375-7 du Code civil. Le juge des enfants peut depuis lors donner des autorisations aux tiers pour exercer des actes non usuels en matière d'autorité parentale. L'alinéa 1er de l'article 375-7 est ainsi rédigé : *« les père et mère de l'enfant bénéficiant d'une mesure d'assistance éducative continuent à exercer tous les attributs de l'autorité parentale qui ne sont pas inconciliables avec cette mesure. Ils ne peuvent, pendant la durée de cette mesure, émanciper l'enfant sans autorisation du juge des enfants.* Les modifications apportées à l'alinéa 1er n'apportent pas de bouleversements. Il convient d'y voir uniquement une amélioration de la rédaction du texte[814]. Il en va différemment pour l'alinéa deux qui, dorénavant, énonce que « *sans préjudice de l'article 373-4 et des dispositions particulières autorisant un tiers à accomplir un acte non usuel sans l'accord des détenteurs de l'autorité parentale, le juge des enfants peut exceptionnellement, dans tous les cas où l'intérêt de l'enfant le justifie, autoriser la personne, le service ou l'établissement à qui est confié l'enfant à exercer un acte relevant de l'autorité parentale en cas de refus abusif ou injustifié ou en cas de négligence des détenteurs de l'autorité parentale, à charge pour le demandeur de rapporter la preuve de la nécessité de cette mesure ».* Précisons que l'article 373-4 du Code civil est relatif aux actes usuels. En effet, il énonce, dans des dispositions initiales, que *«lorsque l'enfant a été confié à un tiers, l'autorité parentale continue d'être exercée par les père et mère ; toutefois, la personne à qui l'enfant a été confié accomplit tous les actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation ».* Cette référence à l'article 373-4 du Code civil, au sein de l'article de l'article 375-7, démontre que l'autorisation donnée dans le cadre de l'article 375-7 du Code civil est relative aux actes non usuels[815]. Quant *« aux dispositions particulières autorisant un tiers à accomplir un acte non usuel sans l'accord des détenteurs de l'autorité parentale »*, l'article L. 1111-4 alinéa 6 du Code de la santé publique en est une illustration en prévoyant

[814] A titre de rappel, notons que l'article 375-7, dans ses dispositions antérieures à la loi du 5 mars 2007, était rédigé ainsi : *« les père et mère dont l'enfant a donné lieu à une mesure d'assistance éducative, conservent sur lui leur autorité parentale et en exercent tous les attributs qui ne sont pas inconciliables avec l'application de la mesure. Ils ne peuvent émanciper l'enfant sans l'autorisation du juge des enfants, tant que la mesure d'assistance éducative reçoit application ».*

[815] *Cf.,* CA d'Aix en Provence, Chambre spéciale des mineurs, 28 octobre 2011, n° 2011/325 arrêt *cit., supra* note 799. Cette référence conforte les décisions jurisprudentielles qui se référaient à cet article pour les actes usuels alors que l'enfant était placé par le juge des enfants.

que : *« le consentement du mineur (...) doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale (...) risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables ».* De manière générale, pour les situations d'extrême urgence en matière de santé, il n'y pas besoin de l'accord du ou des titulaires de l'autorité parentale[816].

347. L'examen des travaux parlementaires.- L'examen des travaux parlementaires relatifs à l'article 375-7 du Code civil montre que la question de *« l'intérêt de l'enfant »* et du *« danger »* était au cœur du débat. L'alinéa premier de cet article n'a subi aucune modification au cours des travaux parlementaires. Du projet de loi du 3 mai 2006[817] à la loi du 5 mars 2007, le principe est resté énoncé de la même manière : *« les père et mère de l'enfant bénéficiant d'une mesure d'assistance éducative continuent à exercer tous les attributs de l'autorité parentale qui ne sont pas inconciliables avec cette mesure. Ils ne peuvent, pendant la durée de cette mesure, émanciper l'enfant sans autorisation du juge des enfants ».* Le principe de maintien de l'autorité parentale est clairement affirmé, condamnant ainsi les situations dans lesquelles les parents sont écartés de manière abusive. Le sort de l'alinéa deux a été tout autre[818]. Parmi les différentes modifications apportées au cours des travaux parlementaires, la plus significative est la disparition de la notion de danger, présente dans le projet de loi mais n'apparaissant plus dans le texte définitif. Dans le projet de loi, il est précisé qu'il faut être dans une situation mettant en danger l'enfant. A partir du dépôt d'un amendement déposé au Sénat lors de la séance du 21 juin 2006, la question du danger et de l'intérêt de l'enfant est soulevée. En effet, l'amendement propose de *« remplacer les mots : mettant en danger l'enfant par les mots : contraire à l'intérêt de l'enfant ».* Le débat montre alors la difficulté à limiter l'office du juge des enfants au seul danger. L'argument principal était de dire que *« beaucoup de refus ou de négligences de la part des parents nuisent à l'intérêt de*

---

[816] *Cf.,* A. DEISS, *art. cit., supra* note 790, n° 37. En effet dans cette situation, *« en l'absence d'une intervention sur le champ, la vie de l'enfant sera définitivement compromise ou sa santé et son intégrité physique atteintes d'une manière irréversible ».*

[817] Projet de loi réformant la protection de l'enfance, n° 330, déposé le 3 mai 2006 au Sénat.

[818] Texte du projet de loi n° 330 déposé le 3 mai 2006 au Sénat : *« Sans préjudice des dispositions de l'article 373-4 et des dispositions particulières autorisant un tiers à accomplir un acte non usuel sans l'accord des détenteurs de l'autorité parentale le juge des enfants peut, pour les cas qu'il détermine, autoriser la personne, le service ou l'établissement à qui est confié l'enfant à exercer un acte relevant de l'autorité parentale en cas de refus abusif ou injustifié ou en cas de négligence des détenteurs de l'autorité parentale, mettant en danger l'enfant, à charge pour le demandeur de rapporter la preuve de ce refus ou de cette négligence».*

l'enfant sans pour autant mettre celui-ci en danger »[819]. Il est rajouté que *« si certains actes peuvent parfois mettre en danger l'enfant, quand il s'agit par exemple de s'opposer à une vaccination ou à une opération, d'autres, comme le refus de signer une autorisation de sortie du territoire national pour un voyage scolaire, nuisent simplement à ses intérêts »*[820]. Finalement, l'amendement fut modifié pour arriver au texte suivant : *« le juge des enfants peut exceptionnellement, pour les cas qu'il détermine, autoriser la personne, le service ou l'établissement à qui est confié l'enfant à exercer un acte relevant de l'autorité parentale en cas de refus abusif ou injustifié ou en cas de négligence des détenteurs de l'autorité parentale, à charge pour le demandeur de rapporter la preuve de ce refus ou de cette négligence ».* La notion d'intérêt de l'enfant n'apparaît plus mais ce qui est plus important encore ici, la notion de danger non plus. Pourtant, le danger est essentiel dans le cadre de l'article 375 du Code civil guidant la compétence du juge des enfants. Tout se passe comme si ces notions trop compliquées à manier, seraient plus simples à supprimer. Si la notion de danger sort définitivement des débats, la notion d'intérêt de l'enfant réapparaît à l'Assemblée Nationale. Lors de la séance du 10 janvier 2007, le texte de l'article sera adopté de la manière suivante : *«le juge des enfants peut exceptionnellement, dans tous les cas où l'intérêt de l'enfant le justifie, autoriser la personne, le service ou l'établissement à qui est confié l'enfant à exercer un acte relevant de l'autorité parentale en cas de refus abusif ou injustifié ou en cas de négligence des détenteurs de l'autorité parentale, à charge pour le demandeur de rapporter la preuve de la nécessité de cette mesure ».* Au cours de la navette parlementaire, l'article ne subira plus aucune modification et constitue donc le texte définitif de l'alinéa 2 de l'article 375-7.

348. Une compétence plus étendue pour le juge des enfants en matière d'autorité parentale.- L'article 375-7 du Code civil donne ainsi un fondement textuel à une pratique déjà existante. A chaque fois que cela sera nécessaire, le tiers devra demander une ordonnance au juge des enfants, pour qu'il soit autorisé à accomplir un acte non usuel relevant de l'autorité parentale. Ainsi, *« la protection du mineur peut donc conduire le juge des enfants à organiser une « petite délégation » de l'autorité parentale au profit de la personne à qui*

[819] Intervention de Madame Claire-Lise Campion, sénatrice ayant présenté l'amendement, lors de la discussion en séance publique au Sénat, séance du 21 juin 2007, sur le projet de loi réformant la protection de l'enfance.
[820] Intervention de Monsieur André Lardeux, rapporteur du projet au Sénat, lors de la discussion en séance publique au Sénat, séance du 21 juin 2007, sur le projet de loi réformant la protection de l'enfance.

l'enfant a été confié »[821]. Si le juge des enfants intervient par rapport à l'autorité parentale, en se fondant uniquement sur l'intérêt de l'enfant, quelle serait alors la différence avec les attributions en matière d'autorité parentale du juge aux affaires familiales ? D'autant plus que le juge des enfants, dans le cas d'un enfant confié à un tiers, aurait une compétence plus étendue que le juge aux affaires familiales. En effet, le juge aux affaires familiales ne peut autoriser un tiers à accomplir un acte, outrepassant le désaccord des titulaires de l'autorité parentale[822]. Ainsi, si un juge des enfants[823] avait pu affirmer avant la loi du 5 mars 2007 sur la protection de l'enfance que, *« le juge des enfants ne statue jamais sur l'autorité parentale et pourtant il ne cesse d'y porter atteinte »,* il est possible aujourd'hui de soutenir que le juge statue désormais sur l'autorité parentale.

349. Il convient à présent d'étudier les éléments de procédure qui concourent aux conflits de compétence d'attribution entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants.

Paragraphe 2. Les éléments de procédure concourant aux conflits de compétence d'attribution

350. Les conflits de compétence d'attribution peuvent naître entre juge aux affaires familiales et juge des enfants car ce dernier sera préféré en raison de sa facilité d'accès [824](A). Par ailleurs, le manque de communication entre les deux juges contribue à brouiller les frontières de leurs compétences respectives (B).

---

[821] *Cf.,* J-F. ESCHYLLE, M. HUYETTE, *JCl Civil code, cit. supra* note 807, n° 108.
[822] A. MARIENBURG-WACHSMAN, Protection de la personne de l'enfant contre ses parents, *AJ fam.,* 2007, p. 82 : *« Tout acte plus important doit être passé par le ou les parent(s) titulaire(s) de l'autorité parentale ou du moins avec son (ou leur) accord. En cas de refus ou de désintérêt, le tiers est paralysé et doit envisager qu'il soit recouru à des mesures plus lourdes : tutelle, délégation de l'autorité parentale, mesures d'assistance éducative ou retrait de l'autorité parentale et ouverture d'une tutelle ».*
[823] E. CHAUVET, « Le point de vue du juge des enfants », in C. ALBIGES (dir.), *op. cit., supra* note 109, p. 129.
[824] E. DURAND, note sous Cass., civ., 1e, 9 juin 2010, *AJ fam.,* 2010, p. 326 : *« L'intérêt pratique pour les familles comme pour les services éducatifs est aisément perceptible »* ; P. CHAILLOU, Le juge des enfants est-il compétent pour statuer sur le droit de visite de grands-parents ou de tiers dans le cadre de la procédure d'assistance éducative ?, *AJ fam.,* 2007, p. 223.

A. Un accès plus facile au juge des enfants

351. La saisine d'office du juge des enfants.- Dans les différentes phases, la procédure auprès du juge des enfants est plus simple que celle se déroulant auprès du juge aux affaires familiales. Selon l'article 375 du Code civil, le juge des enfants peut se saisir d'office[825]. Il en va différemment pour le juge aux affaires familiales. Il convient tout de même de noter que le juge aux affaires familiales, par les dispositions relatives à l'espace rencontre entendu comme un *« lieu permettant à un enfant de rencontrer l'un de ses parents ou un tiers, ou de faire l'objet d'une remise à un parent ou à un tiers »*[826], se rapproche du juge des enfants sur le plan procédural[827]. Dans ce domaine, le juge aux affaires familiales, à l'instar du juge des enfants, pourrait se saisir d'office d'une instance modificative. En effet, il est indiqué à l'article 1180-5 du Code de procédure civile que : *« le juge peut à tout moment modifier ou rapporter sa décision d'office, à la demande conjointe des parties ou de l'une d'entre elles ou à la demande du ministère public ».* Cela serait d'autant plus effectif, qu'il est précisé dans le même article qu' *« en cas de difficulté dans la mise en œuvre de la mesure, la personne gestionnaire de l'espace de rencontre en réfère immédiatement au juge ».* Toutefois, même si cette interprétation était retenue, la saisine d'office du juge aux affaires familiales serait réservée à une hypothèse restreinte, au contraire du juge des enfants.

352. La saisine du juge des enfants par le mineur.- Selon l'article 375 du Code civil *« (...) des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête (...) du mineur lui-même ».* Puisque l'assistance éducative relève de la compétence du juge des enfants[828], par conséquent le mineur peut saisir lui-même le juge des enfants[829]. Tel n'est pas

---

[825] P. SALVAGE-GEREST, *JCl Proc. civ.,* v° Fasc. 935, « Autorité parentale » (2007-Mise à jour 2012), n° 62 : *« Si le pouvoir d'initiative du parquet est aisément compréhensible, la faculté d'auto-saisine du juge est, elle, moins évidente, tant elle est exorbitante du droit commun (...). Elle est d'ailleurs au moins formellement limitée par le législateur puisqu'elle ne doit être utilisée qu' » à titre exceptionnel ». (...) Mais cette limitation est toute théorique ».*

[826] Dispositions initiales de l'alinéa 1 de l'article D. 216-1 du Code l'action sociale et des familles.

[827] L. GEBLER, Les points « rencontre », *AJ fam.,* 2013, p. 172 : *« Là se niche la petite « bombe procédurale » du décret du 27 novembre 2012, le juge aux affaires familiales pourra désormais, sans attendre une nouvelle saisine, se saisir d'office d'une instance modificative, à l'instar du juge des enfants en matière d'assistance éducative. En effet, la formule « le juge peut à tout moment modifier ou rapporter sa décision d'office, à la demande conjointe des parties ou de l'une d'entre elles ou à la demande du ministère public » fait immanquablement écho avec celle de l'article 375-6 c. civ. qui dispose que « les décisions prises en matière d'assistance éducative peuvent être, à tout moment, modifiées ou rapportées par le juge qui les a rendues soit d'office, soit à la requête des père et mère (...) ou du ministère public » ».*

[828] Article 375-1 alinéa 1 du Code civil : *« Le juge des enfants est compétent, à charge d'appel, pour tout ce qui concerne l'assistance éducative ».*

le cas, s'agissant du juge aux affaires familiales qui ne peut en aucun cas être saisi par le mineur. Ce dernier n'est pas partie à la procédure et n'a donc pas le droit d'agir. La Cour de cassation a dû le préciser notamment dans un arrêt du 4 avril 1995[830].

353. Des modes de saisine plus complexes s'agissant du juge aux affaires familiales.- La saisine du juge des enfants est peu formaliste[831]. En l'absence d'indication précise dans le code de procédure civile, elle peut être faite par déclaration écrite ou verbale[832]. Celle du juge aux affaires familiales relève des articles 1179 et suivants du Code de procédure civile. L'article 1179 énonce que *« les demandes relatives à l'exercice de l'autorité parentale relevant de la compétence du juge aux affaires familiales sont formées, instruites et jugées selon les règles édictées au Chapitre V du présent titre, sous réserve des dispositions de la présente section*[833] *»*. Le chapitre V porte sur la procédure en matière familiale et comprend cinq sections. La première section est relative à des dispositions générales, la seconde au divorce et à la séparation de corps[834], la troisième au fonctionnement, à la liquidation et au partage des régimes matrimoniaux et des indivisions entre personnes liées par un pacte civil de solidarité, la quatrième à la procédure aux fins de protection des victimes de violence. Enfin, la dernière section porte sur les autres procédures relevant de la compétence du juge aux affaires familiales. Pour déterminer les modalités de saisine du juge aux affaires familiales en matière d'autorité parentale, c'est cette dernière section qui est riche d'enseignements. L'article 1137 énonce que *« le juge est saisi dans les formes prévues pour*

---

[829] V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Rép. Proc. civ. cit., supra* note 51, n° 483.

[830] Cass., 1e civ., 4 janvier 1995, RTD*Civ*., 1995, p. 347, note J. HAUSER.

[831] G. RAYMOND, *Rép. Civ., cit., supra* note 790, n° 53 à 55 ; L. GEBLER, L'enfant et ses juges. Approche transversale des procédures familiales, *AJ fam.*, 2007, p. 392 : *« L'exigence de protection de l'enfant conduit à adopter une procédure très peu formelle : avocat non obligatoire, saisine souple, décisions rendues le plus souvent à l'issue de l'audience, intervention immédiate possible en cas d'urgence (…. C'est d'ailleurs cette facilité de saisine du juge des enfants qui conduit parfois à le saisir à mauvais escient, au détriment d'autres magistrats en principe compétents »*.

[832] V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Rép. Proc. civ. cit., supra* note 51, n° 485.

[833] La section dont il est fait référence est la section I intitulée « L'exercice de l'autorité parentale », section intégrée dans un chapitre IX intitulée « L'autorité parentale ».

[834] Il ne faut pas négliger l'hypothèse dans laquelle des mesures relatives à l'autorité parentale sont prises dans le cadre de la procédure de divorce et de la séparation de corps. Elles sont alors soumises au formalisme assez important des articles 1075 à 1136 du Code de procédure civile s'appliquant à ces procédures de séparation. *Cf.,* L. GEBLER, *art. cit., supra* note 831, p. 391 : *« La procédure de divorce (sauf consentement mutuel) reste une procédure lourde, longue et parfois semée d'embûches, comme toute procédure contentieuse devant le TGI, avec en outre la phase préalable de conciliation. Sa seule spécificité par rapport aux autre procédures devant le TGI réside dans le fait que sa mise en œuvre est confiée exclusivement au JAF, depuis la mise en état jusqu'au prononcé du jugement »*. Par ailleurs, des mesures relatives à l'autorité parentale peuvent également être prises dans le cadre d'une ordonnance de protection et doivent ainsi respecter le formalisme des articles des articles 1136-3 et suivants du Code de procédure civile.

les référés[835]*. Il peut également être saisi par requête remise ou adressée au greffe, conjointement ou par une partie seulement. La requête doit indiquer les nom, prénom et adresse des parties ou, le cas échéant, la dernière adresse connue du défendeur. Pour les personnes morales, elle mentionne leur forme, leur dénomination, leur siège et l'organe qui les représente légalement. Elle contient l'objet de la demande et un exposé sommaire de ses motifs. Elle est datée et signée de celui qui la présente ou de son avocat ».* L'article 1139 précise que les parties se défendent elles-mêmes, elles ont la faculté de se faire assister ou représenter. Dans le cadre de la délégation d'autorité parentale, également de la compétence du juge aux affaires familiales[836], la procédure, même s'il n'y a pas nécessité d'un avocat[837], doit respecter certaines règles précisées aux articles 1202 à 1210 du Code de procédure civile. Il convient également de préciser que, dans le cadre de la fixation des relations entre un tiers et un enfant[838] et dans le cadre de la remise de l'enfant à un tiers, la procédure devant le juge aux affaires familiales est encore plus complexe. En effet, selon l'article 1180 du Code de procédure civile, *« les demandes formées en application de l'article 371-4*[839] *et de l'alinéa 2 de l'article 373-3*[840] *du Code civil obéissent aux règles de la procédure en matière contentieuse devant le tribunal de grande instance, elles sont jugées après avis du ministère public ».* Les règles de procédure en matière contentieuse devant le tribunal de grande instance doivent donc être appliquées. Il faut notamment être représenté par un avocat, la saisine du juge se fait par assignation délivrée par huissier de justice et les affaires sont jugées après avis

[835] S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *op. cit., supra* note 27, p. 1345 : *« Dans un souci d'efficacité, la procédure en référé répond à des exigences formelles très allégées : juge unique en principe, procédure orale et dispense de représentation à l'instance »* ; p. 1350 : *« La procédure de référé est (...) d'une particulière efficacité. Le législateur en est bien conscient puisqu'il a consacré, par imitation, des jugements rendus « comme en matière de référé » ou « en la forme des référés ». (...). La qualification « en la forme des référés » n'est pas sans conséquences. En réalité, cette procédure hybride suit le cours d'une procédure en référé, mais aboutit à une ordonnance dont la portée est tout autre : en effet, l'ordonnance prise en la forme des référés est prise au principal et non au provisoire. Elle a donc autorité de la chose jugée ». Adde,* S. PIERRE-MAURICE, *art. cit. supra* note 104, p. 486.

[836] Article 1202 alinéa 2 : *« Les demandes en délégation de l'autorité parentale sont portées devant le juge aux affaires familiales du lieu où demeure le mineur ».*

[837] Article 1203 : *« (...). Les parties sont dispensées du ministère d'avocat. (...) ».*

[838] L. GEBLER, Le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et les grands parents : aspects procéduraux, *AJ fam.,* 2008, p. 144 ; C. ROTH, Droit de visite et d'hébergement des grands-parents : pour deux réformes textuelles, *AJ fam.,* 2010, p. 430.

[839] Article 371-4 du Code civil : *« L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit. Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non ».*

[840] Alinéa 2 de l'article 373-3 du Code civil : *« Le juge peut, à titre exceptionnel et si l'intérêt de l'enfant l'exige, notamment lorsqu'un des parents est privé de l'exercice de l'autorité parentale, décider de confier l'enfant à un tiers, choisi de préférence dans sa parenté. Il est saisi et statue conformément aux articles 373-2-8 et 373-2-11 ».*

du ministère public. De manière générale, la saisine du juge aux affaires familiales doit respecter un plus grand formalisme que celle du juge des enfants.

354. Une procédure moins coûteuse devant le juge des enfants.- Les juges bénéficient, pour prendre leur décision, de mesures d'investigation[841], telles l'enquête sociale, des mesures d'expertise. Le juge des enfants a également à sa disposition la mesure judiciaire d'investigation éducative[842]. Le justiciable avance les frais dans le cadre d'une procédure devant le juge aux affaires familiales[843], tel n'est pas le cas devant le juge des enfants[844]. Le critère de choix entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants peut alors être déterminé par l'aspect économique plutôt que par le respect des principes juridiques[845].

355. Le juge des enfants préféré.- Pour des raisons de simplicité et d'efficacité le juge des enfants est donc préféré[846] même si la mesure qu'il met en place est provisoire. Une fois le

[841] L. GEBLER, La place de l'investigation dans le processus de décision en matière familiale : approche comparée des procédures familiale, *AJ fam.,* 2013, p. 468.

[842] La mesure judiciaire d'investigation éducative a été créée par l'arrêté du 2 février 2011 (JO 25 février 2011). Selon l'article 2 de ce décret, elle *« est destinée à fournir au magistrat des informations quant à la personnalité et aux conditions d'éducation et de vie du mineur et de ses parents. A ce titre, cette mesure est interdisciplinaire et modulable tant dans son contenu que dans sa durée, en fonction de son cadre d'exercice civil ou pénal, de la situation particulière de mineur et de la prescription du magistrat »*. Il convient de se demander comment cette mesure se concilie avec les autres mesures à la disposition du juge des enfants qui sont précisées à l'article 1183 du Code de procédure civile. Ce dernier énonce que *« le juge peut, soit d'office, soit à la requête des parties ou du ministère public, ordonner toute mesure d'information concernant la personnalité et les conditions de vie du mineur et des ses parents, en particulier par le moyen d'une enquête sociale, d'examens médicaux, d'expertises psychiatriques et psychologiques ou d'une mesure d'investigation et d'orientation éducative »*. Elle semble remplacer au minimum la mesure d'investigation et d'orientation éducative. (*Cf.,* L. GEBLER, *art. cit., supra* note 841, p. 470) et au maximum l'enquête sociale et la mesure d'investigation et d'orientation éducative (*Cf.,* M. FOLLIOT, Fallait-il réformer les mesures d'investigation ? Point de vue des professionnels du secteur associatif, *AJ fam.*, 2013, p. 478 ; V. AVENA-ROBARDET, Nouveauté : la mesure judiciaire d'investigation éducative, *AJ fam.,* 2011, p. 126).

[843] J-C. GAYET, Le coût des enquêtes sociales, des expertises et l'impact sur leur qualité, *AJ fam.,* 2013, p. 471.

[844] L. GEBLER, *art. cit., supra* note 831, p. 390 : *« Un aspect essentiel doit être pris en compte s'agissant de ces mesures c'est la dimension économique ; dans les procédures contentieuses (TGI et JAF), elles sont, sauf aide juridictionnelle, à la charge finale (et parfois avancées) des justiciables. En revanche, dans les procédures de type plus inquisitorial où la protection de l'enfant est mise en avant (juge des enfants et juge des tutelles), elles sont entièrement prises en charge par l'Etat »*.

[845] En outre, jusqu'au décret n° 2013-1280 du 29 décembre 2013 qui a supprimé la contribution pour l'aide juridique, si devant le juge aux affaires familiales, le justiciable devait s'acquitter, en première instance, d'une telle contribution, précisée aux articles 62 et suivants du Code de procédure civile, il en aillait différemment devant le juge des enfants. En effet, dans ce cas, cette contribution n'était pas due.

[846] L. GEBLER, *art. cit., supra* note 831, p. 390 : *« Dans les palais de justice, on assiste à des détournements de procédure, dont la victime principale est généralement le juge des enfants qui a le mérité d'être plus facile à saisir, souvent plus vif à la décision que ses collègues et d'être moins regardant sur le principe du contradictoire »*.

danger disparu, la mesure mise en place par le juge des enfants sera caduque et il faudra alors saisir le juge aux affaires familiales[847].

356. Au-delà d'une procédure plus simple s'agissant du juge des enfants, les conflits peuvent être alimentés par les relations entre les juges qui ne sont pas toujours des plus faciles. Sans que cela provoque des conflits en soi, cela crée un flou qui participe d'une méconnaissance des compétences de l'un ou de l'autre.

B. Une relation en construction entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants

357. Un besoin de communication.- Si la nécessité d'améliorer les relations entre le juge des enfants et le juge aux affaires familiales[848] avait déjà été soulevée[849], une proposition contenue dans le rapport de la Commission dirigée par le Recteur Serge Guinchard l'a finalement formalisée[850]. La proposition mettait en place une obligation pour le juge aux affaires familiales de vérifier, lorsqu'il est saisi d'une question relative à l'exercice de l'autorité parentale, si l'enfant était suivi dans le cadre d'une mesure d'assistance éducative. Le juge aux affaires familiales avait également l'obligation *« de communiquer au juge des*

---

[847] Spécifiquement pour les relations des tiers avec les enfants. *Cf.,* M. HUYETTE, note sous Cass., 1e civ., 9 juin 2010, *D.* 2010, p. 2344 : *« Il est beaucoup plus intéressant pour le tiers de saisir le JAF plutôt que le juge des enfants. En effet, une fois le danger familial disparu et l'enfant revenu au domicile de ses parents, la procédure d'assistance éducative est close et, juridiquement, toutes les décisions du juge des enfants prennent fin. Cela signifie que si le tiers, qui a repris contact avec l'enfant pendant l'éloignement de celui-ci grâce à la décision du juge des enfants, se heurte à un nouveau refus des parents une fois l'enfant revenu chez eux, il va devoir lancer une nouvelle procédure, cette fois-ci devant le JAF ».*

[848] C. CASTELLA, L'échange d'informations entre le juge des enfants et le juge aux affaires familiales, *AJ fam.,* 2013, p. 475 : *« Avant l'adoption de ce texte (...) ; le juge des enfant et le juge aux affaires familiales n'agissaient pas dans l'ignorance de l'action des autres, mais leur coopération était informelle, donc partant, inégalement respectueuse du principe du contradictoire ».*

[849] C. DELAPORTE-CARRE, *op. cit., supra* note 118, p. 281 : *« Le remède aux difficultés de compétence et de manière plus générale l'efficacité de la protection de l'enfant résident (...) dans la consultation entre les différents magistrats protecteurs de l'enfant ». Adde.*, C. CASTELLA, *art. cit., supra* note 848, p. 475 : *« La circulation de l'information entre ces magistrats est (...) une nécessité. Nécessité d'abord au regard de l'impératif de cohérence des décisions judiciaires, qui trouve un écho majeur dans ces matières où les mineurs et leur famille en ont particulièrement besoin. Nécessité ensuite de ne pas multiplier les mesures d'investigation que juge aux affaires familiales et juge des enfants sont susceptibles d'ordonner afin d'apprécier, pour l'un, l'intérêt de l'enfant, pour l'autre, l'existence d'une situation de danger ».* M. HUYETTE, note sous Cass., avis, 1er mars 2004, *D.* 2004, p. 1627 : *« Il est (...) non seulement utile mais plus encore indispensable que juge des enfants et juge aux affaires familiales échangent en permanence et sans aucune restriction leurs informations ».*

[850] Elle s'intitule *« Mise en place d'un dispositif fonctionnel complet de communication entre juge aux affaires familiales, juge des enfants et juge de tutelles relativement aux dossiers intéressant les mêmes enfants mineurs, avec une systématisation des échanges » :* S. GUINCHARD (dir.), *op. cit., supra* note 11, p. 15.

enfants ses décisions, dès lors qu'elles concernent un mineur faisant l'objet d'une mesure d'assistance éducative »[851].

358. L'apport du décret n° 2009-398 du 10 avril 2009.- En s'inspirant de cette proposition, le décret n° 2009-398 du 10 avril 2009 a précisé la liaison entre les juges en énonçant à l'article 1072-1 du Code de procédure civile que *« lorsqu'il statue sur l'exercice de l'autorité parentale, le juge aux affaires familiales vérifie si une procédure d'assistance éducative est ouverte à l'égard du ou des mineurs. Il peut demander au juge des enfants de lui transmettre copie des pièces du dossier en cours, selon les modalités définies à l'article 1187-1 »* [852]. Selon l'article 1187-1 du Code de procédure civile[853], le juge des enfants communique au juge aux affaires familiales les pièces demandées lorsque les parties à la procédure devant ces magistrats ont qualité pour demander la consultation du dossier en vertu de l'article 1187[854]. Il convient d'ajouter que le juge des enfants peut extraire du dossier certaines pièces

[851] En parallèle, le juge des enfants avait l'obligation *« de faire connaître, de plein droit, au juge des tutelles « mineur » (le JAF) qu'une procédure d'assistance éducative à été ouverte à l'égard d'un mineur relevant du régime de la tutelle »*.

[852] D. AUTEM, La communication entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles, *LPA,* 18 juin 2010, n° 121, p. 4 ; M. BRUGGEMAN, Procédure familiale : une coopération nouvelle entre les juges du mineur ? *Dr fam.,* 2009, Alerte 39 ; C. CASTELLA, *art. cit., supra* note 848, p. 475 ; F. EUDIER, Un décret organise la communication des pièces entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles, *RJPF,* n°7-8, juillet-août 2009, p. 23 ; M. LA MESTA, J. LEBORGNE, E. BARBE, Communication de pièces entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles- Présentation du décret n° 2009-398 du 10 avril 2009, *AJ fam.,* 2009, p. 216 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, Quand le décret du 10 avril 2009 organise la circulation de l'information entre le juge des enfants, le juge aux affaires familiales et le juge des tutelles, *Dr fam.,* 2009, Repère 5.

[853] Article 1187-1 du Code de procédure civile : *« Le juge des enfants communique au juge aux affaires familiales ou au juge des tutelles les pièces qu'ils sollicitent quand les parties à la procédure devant ces derniers ont qualité pour consulter le dossier en vertu de l'article 1187. Il peut ne pas transmettre certaines pièces lorsque leur production ferait courir un danger physique ou moral grave au mineur, à une partie ou à un tiers. Dans les conditions prévues aux articles 1072-2 et 1221-2, le juge aux affaires familiales ou le juge des tutelles transmettent copie de leur décision au juge des enfants ainsi que de toute pièce que ce dernier estime utile ».*

[854] Article 1187 du Code de procédure civile : *« Dès l'avis d'ouverture de la procédure, le dossier peut être consulté au greffe, jusqu'à la veille de l'audition ou de l'audience, par l'avocat du mineur et celui de ses parents ou de l'un d'eux, de son tuteur, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié. L'avocat peut se faire délivrer copie de tout ou partie des pièces du dossier pour l'usage exclusif de la procédure d'assistance éducative. Il ne peut transmettre les copies ainsi obtenues ou la reproduction de ces pièces à son client. Le dossier peut également être consulté, sur leur demande et aux jours et heures fixés par le juge, par les parents, le tuteur, la personne ou le représentant du service à qui l'enfant a été confié et par le mineur capable de discernement, jusqu'à la veille de l'audition ou de l'audience. La consultation du dossier le concernant par le mineur capable de discernement ne peut se faire qu'en présence de ses parents ou de l'un d'eux ou de son avocat. En cas de refus des parents et si l'intéressé n'a pas d'avocat, le juge saisit le bâtonnier d'une demande de désignation d'un avocat pour assister le mineur ou autorise le service éducatif chargé de la mesure à l'accompagner pour cette consultation. Par décision motivée, le juge peut, en l'absence d'avocat, exclure tout ou partie des pièces de la consultation par l'un ou l'autre des parents, le tuteur, la personne ou le représentant du service à qui l'enfant a été confié ou le mineur lorsque cette consultation ferait courir un danger physique ou moral grave au mineur, à une partie ou à un tiers. Le dossier peut également être consulté, dans les mêmes conditions, par les services en charge des mesures prévues à l'article 1183 du présent code et aux articles 375-2*

lorsque la production de celles-ci risque de faire courir un danger physique ou moral grave à l'enfant, à une partie ou à un tiers. Avec ce nouveau texte, l'avis de la Cour de cassation du 1er mars 2004[855] sur la communication du dossier par le juge des enfants au juge aux affaires familiales[856] est précisé. La Cour de cassation avait admis que le juge aux affaires familiales pouvait fonder sa décision *« concernant l'exercice de l'autorité parentale sur le dossier d'assistance éducative tel que communiqué par le juge des enfants, sous réserve, d'une part, que les parties à l'instance devant le juge aux affaires familiales figurent parmi celles qui ont qualité pour accéder au dossier d'assistance éducative selon l'article susvisé* (soit l'article 1187 du code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret n° 2002-631 du 15 mars 2002) *et, d'autre part, que les pièce du dossier du juge des enfants soient soumises au débat contradictoire »*[857]. Cet avis avait autorisé les échanges entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants, échanges qui existaient déjà[858].

359. Une précision nécessaire quant à la relation entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants.- Si, selon l'article 1072-1 du Code de procédure civile, le juge aux affaires familiales doit vérifier l'existence d'une procédure d'assistance éducative, il convient d'ajouter que, selon l'article 1072-2 du Code de procédure civile, *« dès lors qu'une procédure d'assistance éducative est ouverte à l'égard du ou des mineurs, une copie de la décision du juge aux affaires familiales est transmise au juge des enfants ainsi que toute pièce que ce*

---

et 375-4 du code civil. L'instruction terminée, le dossier est transmis au procureur de la République qui le renvoie dans les quinze jours au juge, accompagné de son avis écrit sur la suite à donner ou de l'indication qu'il entend formuler cet avis à l'audience ».

[855] Cass., avis, 1er mars 2004, *D.* 2004, p. 1627, note M. HUYETTE, *Dr. fam.,* 2004, Comm. 142, note A. GOUTTENOIRE, RTD*Civ.*, 2004, 498, note J. HAUSER , *D.* 2005, 1821, note. M. DOUCHY-OUDOT.

[856] Cela concernait également le juge de tutelles.

[857] G. RAYMOND, *Rép. Civ., cit., supra* note 790, n° 38

[858] M. HUYETTE, note sous Cass., avis, 1er mars 2004, *D.* 2004, p. 1627 : *« La question de la communication par les juges des enfants des pièces des dossiers d'assistance éducative aux juges aux affaires familiales est aussi ancienne que controversée. Pendant une longue période, les juges des enfants, se considérant comme sur une autre planète hermétiquement séparée du reste de l'institution judiciaire, refusaient fermement toute intrusion dans leur domaine clos et s'opposaient à toute communication de tout ou partie de leurs dossiers à d'autres magistrats. Cela n'empêchait pas, de façon particulièrement choquante, certains juges d'autres juridictions de venir lire officieusement les dossiers d'assistance éducative, avec parfois l'aval des mêmes juges des enfants et, sans le faire savoir aux intéressés de leur procédure, de tenir compte du contenu des documents secrètement lus. Dans de tels cas, tous les principes procéduraux fondamentaux, au premier chef le contradictoire, étaient allègrement violés. Puis les pratiques ont heureusement évolué. La formation des juges des enfants s'est un peu améliorée, les esprits se sont ouverts, et les principes fondamentaux comme les droits essentiels de nos concitoyens ont commencé à être pris en compte par les juridictions des mineurs. Mais les pratiques ne sont toujours pas unanimes. Ici, les juges des enfants communiquent aux juges aux affaires familiales tout ce que ceux-ci demandent, là, c'est un refus aussi total, et, encore ailleurs, des juges des enfants font leur propre tri dans les pièces de leurs dossiers entre celles qu'ils communiquent et celles qu'ils conservent, sans accès extérieur possible ».*

dernier estime utile »[859]. Ainsi, la relation entre les deux juges s'inscrit dans une dimension chronologique. Certes, le juge des enfants a connaissance pour certains enfants de mesures relatives à l'autorité parentale mais c'est la conséquence d'une saisine première du juge aux affaires familiales. En effet, le Code de procédure civile n'organise pas un système dans lequel le juge des enfants aurait systématiquement de telles informations, s'il est saisi *ab initio*. Pourtant, ici aussi, le juge des enfants aurait intérêt à connaître les éventuelles décisions du juge aux affaires familiales qui régissent les relations en matière d'autorité parentale. Afin d'améliorer le système mis en place, il conviendrait d'instaurer une plus grande réciprocité dans l'échange d'informations entre les juges. Il faudrait ainsi que le juge des enfants puisse se voir imposer la même obligation. L'article 1182 du Code de procédure civile pourrait accueillir une telle disposition. Il serait inséré un alinéa rédigé de la manière suivante : *« le juge des enfants vérifie l'existence de jugements sur l'autorité parentale »*. Certes, la vérification imposée au juge des enfants peut paraître plus complexe à réaliser que celle imposée au juge aux affaires familiales. En général, dès l'ouverture d'un dossier en matière d'autorité parentale devant le juge aux affaires familiales, le greffe du juge aux affaires familiales peut adresser un courrier au greffe du juge des enfants. Cette vérification s'opère de greffe à greffe[860]. Cependant, pour le juge des enfants, cette démarche ne pourrait être aussi efficace puisque le juge aux affaires familiales peut déjà avoir statué sur l'autorité parentale depuis un temps certain. Il ne reste qu'à interroger le justiciable pendant l'audience. La vérification sera plus aléatoire que devant le juge aux affaires familiales mais, d'un point de vue symbolique, il semble important d'imposer au juge des enfants cette obligation.

360. L'exacte détermination de l'exercice de l'autorité parentale.- Au-delà du manque d'obligation imposée *ab initio* au juge des enfants, une autre interrogation persiste. Elle concerne l'exact contenu de l'expression *« lorsqu'il statue sur l'exercice de l'autorité parentale »*. Il convient en effet de déterminer ce que signifient les termes initiaux de l'article 1072-1 du Code de procédure civile. Tout d'abord, il y a lieu de préciser que l'obligation de

---

[859] Précision répétée à l'article 1187-1, alinéa 2 *: « dans les conditions prévues aux articles 1072-2 (...), le juge aux affaires familiales (...) transmet copie de (sa) décision au juge des enfants ainsi que de toute pièce que ce dernier estime utile »*.

[860] E. BARBE, M. LA-MESTA, Communication de pièces entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles, *AJ fam.,* 2009, p. 480 : *« Avant l'audience, la transmission du rôle par le greffe du juge aux affaires familiales au greffe du tribunal pour enfants permet de vérifier si les mineurs font l'objet dune procédure d'assistance éducative ; cette vérification pourra, à terme, être facilitée grâce à l'outil informatique. Toute latitude est néanmoins laissée au juge des affaires familiales qui peut notamment également interroger les parties ou leur conseil au cours de l'audience »*.

vérification de l'existence d'une procédure d'assistance éducative qui s'impose au juge aux affaires familiales ne peut être limitée aux demandes dont l'objet principal porte sur l'exercice de l'autorité parentale. En effet, cette obligation procédurale doit également se déployer notamment dans les procédures de divorce, de séparation de corps, d'ordonnance de protection, procédures dans lesquelles, en présence d'enfant, des mesures relatives à l'exercice de l'autorité parentale peuvent être demandées. Il y a lieu de rappeler que l'article 1072-1 du Code de procédure civile est contenu dans une section relative aux dispositions générales s'appliquant dans le cadre de la procédure en matière familiale. Une fois cette précision apportée, il convient de se demander si les termes employés dans l'article 1072-1 du Code de procédure civile recouvrent l'ensemble des compétences du juge aux affaires familiales en matière d'autorité parentale[861] ? En d'autres termes, chaque fois que le juge aux affaires familiales statue sur une question d'autorité parentale, doit-il se soumettre aux exigences de l'article 1072-1 du Code de procédure civile ? Rappelons qu'en matière d'autorité parentale relative à la personne de l'enfant, les compétences du juge aux affaires familiales sont multiples[862]. Une interprétation limitée à la compétence du juge aux affaires familiales pour fixer l'exercice conjoint ou unilatéral de l'autorité parentale devrait exclure toute compétence sur les conséquences de l'exercice conjoint ou unilatéral et l'organisation entre les parents des différentes prérogatives. Cela semble une interprétation très restrictive du champ d'application de l'article 1072-1 du Code de procédure civile. Il semble plus pertinent de retenir que l'expression peut être entendue comme un terme générique regroupant les différentes compétences du juge aux affaires familiales présentes dans les différents codes. D'ailleurs, l'article L. 213-2 du Code de l'organisation judiciaire fait référence aux « *actions liées à l'exercice de l'autorité parentale»* lorsqu'il s'agit de présenter les compétences générales du juge aux affaires familiales en matière d'autorité parentale. Même s'il faut retenir une interprétation large de l'exercice de l'autorité parentale, la question relative à la délégation de l'autorité parentale et aux demandes des tiers mérite une attention particulière au regard de la question qui nous retient.

361. L'hypothèse de la délégation de l'autorité parentale.- Dans le cadre de la délégation d'autorité parentale, il existe des dispositions spécifiques en matière de communication entre

[861] Rappelons que l'autorité parentale quant aux biens de l'enfant ne concerne pas ici notre propos. Nous verrons qu'un autre article du Code de procédure s'applique lorsque le juge aux affaires exerce ses fonctions de juge des tutelles des mineurs. *Cf., infra* par. n° 428.

le juge aux affaires familiales et le juge des enfants. L'alinéa 3 de l'article 377 du Code civil énonce que *« lorsque l'enfant concerné fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative, la délégation ne peut intervenir qu'après avis du juge des enfants ».* L'article 1205 du Code de procédure civile ajoute que *« (...) le juge même d'office, procède ou fait procéder à toutes les investigations utiles et notamment aux mesures d'information prévues à l'article 1183. Il peut à cet effet commettre le juge des enfants. Lorsqu'une procédure d'assistance éducative a été diligentée à l'égard d'un ou plusieurs enfants, le dossier en est communiqué (...) au juge ».* Malgré ces dispositions, il peut y avoir un intérêt à mettre en œuvre les exigences de l'article 1072-2 du Code de procédure civile. En effet, dans ce cas, le juge aux affaires familiales devrait transmettre sa décision au juge des enfants, si l'enfant est suivi dans le cadre d'une procédure d'assistance éducative[863]. Cette obligation n'est pas prévue dans les articles spécifiques à la délégation d'autorité parentale. Il convient alors de se demander si en l'état actuel des textes, le juge aux affaires familiales est soumis à cette obligation. Il peut être avancé qu'étant donné la place de l'article 1072-1 dans le code de procédure civile, cela ne concerne pas la délégation d'autorité parentale[864]. Certes, les articles 1072-1 et 1072-2 ne sont pas compris dans la section relative à la *« délégation, retrait total et partiel de l'autorité parentale »*[865]. Cependant, cela ne nous semble pas un argument définitif et ceci pour deux raisons. Tout d'abord, il n'y a aucun doute que le juge aux affaires familiales lorsqu'il statue sur les demandes d'exercice d'autorité parentale, hors délégation d'autorité parentale, est soumis aux exigences des articles 1072-1 et 1072-2 du Code de procédure civile alors que ces articles ne sont pas insérés dans la section relative à *« l'exercice de l'autorité parentale »*[866]. Ensuite, les articles 1072-1 et 1072-2 du Code de procédure civile sont compris dans une section intitulée *« Dispositions générales »*[867] comprise dans un chapitre relatif à *« la*

---

[862] *Cf., supra* par. n° 317.

[863] *Cf.,* D. AUTEM, *art. cit., supra* note 852, p. 4 : *« A dire vrai, cette communication peut paraître inutile, car en cas de saisine postérieure à celle du juge des enfants, le juge aux affaires familiales doit déjà solliciter son avis. Cependant, l'avis est antérieur à la décision du juge aux affaires familiales qui n'est, au demeurant, pas tenu de le suivre. Dans ces conditions, il eut été judicieux de prévoir également une transmission de la décision rendue par le juge aux affaires familiales ».*

[864] D. AUTEM, *art. cit., supra* note 852, p. 4 : *« A priori, compte tenu de la localisation des disposition, cette communication n'est pas prévue lorsqu'il est saisi d'une demande de délégation de l'autorité parentale».*

[865] *La* section 3 intitulée « Délégation, retrait total et partiel de l'autorité parentale » comprend les articles 1201 à 1210 du Code de procédure civile. Elle est incluse dans un chapitre 9 intitulé « L'autorité parentale » faisant partie d'un titre intitulé « Les personnes ».

[866] La section 1 intitulée « L'exercice de l'autorité parentale » comprend les articles 1179 à 1180-2 et est insérée dans le même chapitre 9 que la section relative à la délégation d'autorité parentale.

[867] La section 1 intitulée « Dispositions générales » comprend les articles 1070 à 1074-1.

procédure familiale »[868]*,* portant sur la compétence du juge aux affaires familiales en général et pouvant donc s'appliquer à la délégation d'autorité parentale.

362. La saisine du juge aux affaires familiales par un tiers.- La question de l'applicabilité de l'article 1072-1 du Code de procédure civile se pose également lorsque le juge aux affaires familiales doit statuer sur une demande formulée par un tiers. Ce dernier peut demander un droit de visite[869] mais également à ce que l'enfant lui soit confié[870]. Ce n'est pas une surabondance de dispositions qui est ici en jeu. C'est plutôt le respect de l'article 1187-1 du Code de procédure civile qui soulève des difficultés. En effet, cet article précise que les pièces du juge des enfants ne peuvent être communiquées au juge aux affaires familiales que lorsque les parties à la procédure devant le juge aux affaires familiales peuvent accéder au dossier d'assistance éducative. Or, selon l'alinéa 2 de l'article 1187 du Code de procédure civile, *« le dossier peut (...) être consulté (...) par le père, la mère, le tuteur, la personne ou le représentant du service à qui l'enfant a été confié et par le mineur capable de discernement (...) »*. Le tiers peut-il fait partie de ces personnes ? Pour le tiers qui demande un droit de visite, la réponse est assurément négative[871]. Qu'en est-il du tiers qui demande à ce que l'enfant lui soit confié, selon les termes de l'article 373-3 du Code civil ? Dans un premier temps, il pourrait être entendu comme *« la personne (...) à qui l'enfant a été confié »* de l'article 1187 du Code de procédure civile. Cependant, il faut toutefois convenir que les conditions de l'article 1187 ne sont pas tout à fait remplies. En effet, le tiers lorsqu'il est partie à la procédure devant le juge aux affaires familiales ne peut encore pas être désigné comme *« la personne (...) à qui l'enfant a été confié »,* puisque l'objet même de la demande

---

[868] Le chapitre 5 intitulé « La procédure en matière familiale » est compris dans le titre relatif aux personnes.

[869] Article 371-4 alinéa 2 du Code civil : *« Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités de relation entre l'enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables »*.

[870] Article 373-3 alinéas 2 et 3 du code civil : *« Le juge peut, à titre exceptionnel et si l'intérêt de l'enfant l'exige, notamment lorsqu'un des parents est privé de l'exercice de l'autorité parentale, décider de confier l'enfant à un tiers, choisi de préférence dans sa parenté (...). Dans des circonstances exceptionnelles, la juge aux affaires familiales qui statue sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale après séparation des parents peut décider, du vivant même des parents, qu'en cas de décès de celui d'entre eux qui exerce cette autorité, l'enfant n'est pas confié au survivant. Il peut, dans ce cas, désigner la personne à laquelle l'enfant est provisoirement confié »*.

[871] M. HUYETTE, note sous Cass., avis, 1er mars 2004, D. 2004, p. 1627 : *« Comme la plupart du temps ce sont les mêmes parents qui se retrouvent devant le juge aux affaires familiales et que peuvent être entendus par ce magistrat les mêmes enfants, il n'y aura aucun obstacle à la transmission des pièces des dossiers d'assistance éducative. Cela interdit à l'inverse, par exemple, de communiquer des pièces si, devant le juge aux affaires familiales, une demande est formée par un grand-parent qui ne participe pas à la procédure d'assistance éducative et qui veut uniquement un droit de visite sur l'un de ses petits-enfants »*.

est justement de se voir confier l'enfant. Si l'article 1072-1 du Code de procédure civile ne pourra avoir d'effets lorsque la demande en matière d'autorité parentale est faite par un tiers, rien ne semble empêcher toutefois que l'article 1072-2 du Code de procédure civile prenne toute son ampleur. En effet, la transmission de la décision du juge aux affaires familiales ne semble pas conditionnée à la possibilité par le juge des enfants de communiquer des pièces au juge aux affaires familiales. Il suffit qu'une procédure d'assistance éducative soit ouverte à l'égard du mineur pour lequel le juge aux affaires familiales doit prendre une décision en matière d'autorité parentale.

Conclusion de la Section I

363. L'importance du droit substantiel.- Le droit substantiel participe des conflits entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants. En effet, au-delà d'une compétence qui s'étend en matière d'autorité parentale pour le juge des enfants, les deux juges sont confrontés aux mêmes notions que sont l'intérêt de l'enfant et le danger. Ces préoccupations communes de droit substantiel rapprochent les compétences des deux juges au risque de créer des conflits.

364. Une modification proposée en droit procédural.- Les considérations de procédure ont également un rôle à jouer. Il semble ici nécessaire d'améliorer la communication entre les deux juges. Le juge des enfants devrait se voir imposer une obligation de communication du même ordre que celle imposée au juge aux affaires familiales. Ainsi, l'article 1182 du Code de procédure civile pourrait contenir un nouvel alinéa énonçant que *« le juge des enfants vérifie l'existence de jugements sur l'autorité parentale ».*

365. L'examen des sources des conflits terminé, il convient maintenant d'aborder leur teneur.

Section 2.
La teneur des conflits

366. Des conflits se développent lorsque le contentieux implique les titulaires de l'autorité parentale (paragraphe 1). Mais ils sont également présents en présence de tiers (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les conflits de compétence d'attribution dans le contentieux entre titulaires de l'autorité parentale

367. Il convient d'étudier les conflits qui peuvent naître lorsque les titulaires de l'autorité parentale ne sont pas engagés dans une procédure de séparation (A). Ensuite, il faut s'intéresser aux conflits se déroulant dans un contexte de séparation judiciaire des parents (B).

A. Les conflits entre les parents dans un contexte « simple »

368. Les conflits peuvent naître en cas de désaccords quant à l'exercice conjoint de l'autorité parentale (1) notamment quand il faut mettre en place une interdiction de sortie du territoire (2).

1. Le conflit réel en cas de désaccords quant à l'exercice conjoint de l'autorité parentale

369. La situation antérieure à la loi du 4 mars 2002. - Avant la loi du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale, des conflits de compétence pouvaient exister entre le juge des enfants et le juge aux affaires familiales lorsqu'apparaissaient des désaccords ponctuels entre les parents dans le cadre de l'exercice en commun de l'autorité parentale[872]. En effet, d'une part, les parents pouvaient saisir le juge aux affaires familiales sur la base de l'article 372-1-1 du Code civil qui énonçait que *« si les père et mère ne parvenaient pas à s'accorder sur ce qu'exige*

[872] A. KIMMEL, *Juge de l'autorité parentale : compétence et pouvoir*, Thèse, Toulouse I. dactyl. 1996, p. 252. Différents exemples de désaccords parentaux sont présentés.

l'intérêt de l'enfant, la pratique qu'ils avaient précédemment pu suivre dans des occasions semblables leur tiendrait lieu de règle. A défaut d'une telle pratique ou en cas de contestation sur son existence ou sur son bien fondé, le parent le plus diligent pourra saisir le juge aux affaires familiales qui statuera après avoir tenté de concilier les parties ». Mais, d'autre part, la saisine du juge des enfants pouvait également être envisageable dans une telle situation si l'enfant concerné par la décision contestée était en danger.

370. Les conséquences de l'abrogation de l'article 372-1-1 du Code civil.- L'article 372-1-1 a été abrogé par la loi du 4 mars 2002. Il a pu en être conclu[873] que la possibilité de saisir le juge aux affaires familiales en cas de désaccords dans le cadre de l'exercice conjoint de l'autorité parentale n'existait plus[874]. Il fallait soit saisir le juge des enfants en cas de danger[875], soit se tourner vers une solution alternative, telle que la médiation familiale, dans les autres cas. Un arrêt de la cour d'appel de Paris de 2002[876] confirmait cette position. L'arrêt énonçait, sous le visa de l'article 371-1 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 4 mars 2002[877], que *« les responsabilités des parents leur imposent de se respecter mutuellement et d'accomplir chacun les efforts nécessaires pour traduire leurs responsabilités de façon positive dans la vie de leur enfant, notamment en respectant la place de l'autre parent, et en maintenant un nécessaire dialogue entre eux et, en cas de difficultés sur ce point, à mettre en œuvre toutes les mesures de nature à restaurer la communication parentale, notamment par le moyen d'une mesure de médiation familiale ».* Avec l'abrogation

---

[873] P. SALVAGE- GEREST, Le juge des affaires familiales (De l'homme orchestre du divorce à l'homme orchestre de l'autorité parentale, *Dr. fam.,* 2003, Chron. 12, p. 8 ; P. SALVAGE-GEREST, *JCl Proc. civ., cit. supra* note 825, n° 29.

[874] Si le raisonnement de P. SALVAGE-GEREST est retenu, il reste toutefois des hypothèses de conflits dans lesquelles le juge aux affaires familiales intervient et ceci, même si l'exercice de l'autorité parentale est conjointe. Il s'agit notamment du conflit relatif à la résidence de l'enfant (article 373-2 du Code civil). Il peut être aussi fait mention de l'article L. 3211-10 du Code de la santé publique qui indique : *« Hormis les cas prévus au chapitre III du présent titre, la décision d'admission en soins psychiatriques d'un mineur ou la levée de cette mesure sont demandées, selon les situations, par les personnes titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ou par le tuteur. En cas de désaccord entre les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, le juge aux affaires familiales statue »*.

[875] Dans ce cas, l'auteur met en avant un risque de multiplication de saisine du juge des enfants. *« La notion de danger n'ayant rien d'objectif, il n'est pas déraisonnable de penser que les juges des enfants verront le nombre de leurs dossiers augmenter sensiblement, particulièrement à l'initiative des parents qui, tout en ayant l'exercice conjoint de l'autorité, ne résident pas habituellement avec l'enfant et ont donc des grandes difficultés à faire valoir leur point de vue »*. P. SALVAGE-GEREST, *JCl Proc. civ., cit., supra* note 825, n° 43.

[876] CA Paris, 11 janvier 2002, *D.* 2002, I. R., p. 3241.

[877] Les deux premiers alinéas de l'article 371-1 du Code civil, dans sa version issue de la loi du 4 mars 2002, énoncent que *« l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger*

de l'article 372-1-1 du Code civil, il s'agirait *« d'encourager les parents à s'entendre ou à recourir à un médiateur, officiel ou non, plutôt qu'à plaider, les inciter à faire organiser l'ensemble des modalités de l'exercice de l'autorité parentale plutôt que ses détails »*[878].

371. L'apport de l'article 373-2-6 du Code civil.- Il convient toutefois de noter que l'article 373-2-6 du Code civil, issu de la loi du 4 mars 2002, peut servir de fondement textuel à une action relative à un désaccord en cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale[879]. Cet article, dont la rédaction est assez large, prend place dans le paragraphe 3 de la section première du chapitre premier du titre neuvième intitulé « De l'autorité parentale » et prévoit que *« le juge du tribunal de grande instance délégué aux affaires familiales règle les questions qui lui sont soumises dans le cadre du présent chapitre*[880] *en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs ».*

372. L'apport de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.- L'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, qui indique que *« le juge aux affaires familiales connaît(...) des actions liées (...) à l'exercice de l'autorité parentale »* semble aller dans le même sens. Son énoncé peut être un fondement textuel à l'intervention du juge aux affaires familiales dans des situations de conflits ponctuels dans le cadre de l'exercice en commun de l'autorité parentale.

373. Des confirmations jurisprudentielles.- Dans le sens de la compétence du juge aux affaires familiales, une décision de la Cour de cassation du 8 novembre 2005[881] admet implicitement une telle compétence pour connaître de conflits entre parents ayant l'exercice en commun de l'autorité parentale. En l'espèce, les parents s'affrontaient quant au choix de l'établissement scolaire dans lequel leurs enfants devaient être scolarisés. Dans un arrêt du 16 juillet 2002[882], une juridiction de fond s'est prononcée explicitement en faveur de la

---

dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne ».

[878] P. SALVAGE-GEREST, *art. cit., supra* note 50, p. 9.

[879] Dans ce sens, *cf.,* C. LIENHARD, Les nouvelles actions dont le juge aux affaires familiales peut être saisi en matière d'autorité parentale, *AJ fam.,* 2002, p. 128 : *« On peut en déduire que le juge aux affaires familiales dispose d'une compétence générale renforcée pour régler désormais toutes les questions relatives à la nouvelle autorité parentale » et « qu'il a été créé une nouvelle action générale en règlement des questions relatives à l'autorité parentale »* ; F. TERRE, D. FENOUILLET, *op. cit., supra* note 6, p. 957.

[880] Il s'agit du chapitre premier intitulé « de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant ».

[881] Cass., 1e civ., 8 novembre 2005, Juris-Data n° 2005-030708, Dr. Fam., 2006, Comm. 28, p. 22, note A. GOUTTENOIRE.

[882] CA Riom, 16 juillet 2002, Juris-Data n° 2002-194062.

compétence du juge aux affaires familiales. En l'espèce, il s'agissait d'un désaccord des parents sur le choix du collège. La cour avait énoncé qu' *« attendu en droit que le litige opposant les parents ne peut se régler sur le fondement de l'article 372-1-1 du Code civil ; Qu'en effet (...) la loi du 4 mars 2002 (...) a abrogé cet article (...). Qu'il sera fait application de l'article 373-2-6 du Code civil issu de la loi précitée qui institue le Juge aux affaires familiales comme le gardien de l'intérêt des enfants mineurs. Qu'en l'espèce, il est bien de l'intérêt de Dimitri de déterminer dans quel collège il doit être inscrit à la prochaine rentrée scolaire et il appartient donc à la Cour de céans statuant en matière familiale, de régler le désaccord existant entre S (...) et E (...).* La Cour s'était appuyée de manière expresse sur l'article 373-2-6 et ceci en raison de l'abrogation de l'article 372-1-1 du Code civil.

374. Des conflits persistants.- L'interprétation reconnaissant une compétence générale au juge aux affaires familiales étant retenue, le conflit est toujours possible avec le juge des enfants intervenant en cas de danger. Si les deux juges sont maintenus, malgré tous les ajustements possibles, un conflit persistera[883]. Il est la rançon à payer de la nécessaire coexistence de ces deux juges.

2. Le conflit apparent en matière d'interdiction de sortie du territoire

375. La compétence du juge des enfants en matière d'interdiction de sortie du territoire.- En matière d'interdiction de sortie du territoire, depuis la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, l'article 375-7, dans son dernier alinéa, énonce que *« lorsqu'il est fait application des articles 375-2, 375-3 ou 375-5, le juge peut également ordonner l'interdiction de sortie du territoire de l'enfant. (...)».* Le juge est ici, bien évidemment, le juge des enfants puisque la référence aux articles 375-2, 375-3 et 375-5 signifie que l'enfant fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative. A l'examen des

[883] Il convient toutefois de noter que dans la pratique les occasions de création de ce conflit sont rares car il y a peu de saisines du juge aux affaires familiales quant à un désaccord en matière d'exercice de l'autorité parentale. *Cf.,* L. GEBLER, La coparentalité à l'épreuve de la séparation : aspects pratiques, *AJ fam.,* 2009, p. 151. L'auteur précise qu' *« en cinq années d'exercice en qualité de juge aux affaires familiales, le nombre de saisines fondées exclusivement sur un différend en matière d'exercice conjoint de l'autorité parentale se compte sur les doigts d'une main. En revanche, la question surgit très fréquemment à l'occasion des débats en matière de contribution à l'entretien des enfants, de fixation de résidence ou des droits de visite, l'un des parents se plaignant d'être tenu à l'écart des décisions prises par l'autre concernant l'enfant ».*

travaux parlementaires, l'objectif de cette disposition apparaît clairement. Il s'agissait de *« prévenir les mariages forcés et les mutilations sexuelles se déroulant à l'étranger »*[884], en empêchant la sortie du territoire de l'enfant[885]. Cette nouvelle compétence du juge des enfants est clairement une compétence en matière d'autorité parentale[886]. Il y a là encore une limite au principe de l'article 375-7 alinéa 1 qui énonce, dans ses dispositions initiales, que *« les père et mère de l'enfant bénéficiant d'une mesure d'assistance éducative continuent à exercer tous les attributs de l'autorité parentale qui ne sont pas inconciliables avec cette mesure ».*

376. La compétence du juge aux affaires familiales en matière d'interdiction de sortie du territoire.- Cette compétence du juge des enfants en matière d'interdiction de sortie du territoire nécessite de la comparer avec celle du juge aux affaires familiales. En effet, ce dernier peut, selon l'alinéa 3 de l'article 373-2-6 du Code civil, *« ordonner l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français sans l'autorisation des deux parents (...) »*[887].

377. L'existence d'un conflit de compétence ?- A la lecture des compétences du juge des enfants et de celles du juge aux affaires familiales, il convient de se demander s'il n'y a pas là un conflit de compétence d'attribution. Qui du juge aux affaires familiales ou du juge des enfants est compétent pour ordonner une telle mesure ? En analysant précisément les compétences, il y a lieu de relever que les compétences des deux juridictions correspondent à des situations différentes. Tout d'abord, le juge des enfants statue lorsque l'enfant fait l'objet

---

[884] Rapport n° 2293 de M. Guy GEOFFROY, député, fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner la proposition de loi (n° 2121) de Mme D. BOUSQUET, M. G. GEOFFROY et plusieurs de leurs collègues renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes, déposé à l'Assemblée Nationale le 10 février 2010

[885] A. GOUTTENOIRE, *art. cit., supra* note 789, p. 519 : *« Le placement de l'enfant prive ainsi ses parents du droit de l'emmener à l'étranger, notamment pour les empêcher d'échapper à l'occasion notamment d'un droit de visite, à la mise en œuvre de la mesure d'assistance éducative ».*

[886] Pour une autre illustration de l'extension des compétences du juge des enfants en matière d'autorité parentale, *cf., supra* p. 275 et ss.

[887] A. GOUTTENOIRE, *art. cit., supra* note 789, p. 519 : *« L'enlèvement de l'enfant par l'un de ses parents et son déplacement à l'étranger constitue un risque majeur dans le cadre des séparations conflictuelles des couples dont l'un des membres possède des attaches à l'étranger. (...). Des mesures préventives avaient par ailleurs déjà été introduites dans le code civil par la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale. (...). Le nouveau mécanisme d'interdiction de sortie du territoire de l'enfant, issu de la loi du 9 juillet 2010, vise à garantir plus efficacement l'objectif poursuivi par la loi de 2002, en contrecarrant les écueils rencontrés par l'ancien mécanisme. (...) En permettant au juge, non pas, comme auparavant, d'inscrire l'interdiction de sortie du territoire de l'enfant, mais d'ordonner l'interdiction de sortie du territoire de l'enfant, le nouvel article 373-2-6 c. civ. pourrait être interprété comme signifiant que la sortie du territoire national de l'enfant est permise sans l'autorisation des deux parents si le juge ne l'interdit pas. Cela reviendrait à dire que la sortie du territoire national constitue un acte usuel que chacun des parents peut décider seul, alors que la qualification d'acte non usuel, nécessitant le consentement des deux parents, aurait sans aucun doute été préférable, et plus respectueuse des droits respectifs des deux parents ».*

d'une mesure d'assistance éducative. Mais ce critère ne saurait suffire à distinguer de manière ferme les compétences des deux juridictions. En effet, rien n'empêche le juge aux affaires familiales de mettre en place une mesure d'interdiction de sortie du territoire sans l'autorisation des deux parents lorsque des mesures d'assistance éducative ont été prises, si la condition de risque d'enlèvement est avérée[888]. La différence fondamentale, qui met fin au conflit de compétence, réside dans l'objectif de la mesure demandée. Dans la mesure relevant de la compétence du juge aux affaires familiales, il est ajouté, à l'interdiction de sortie du territoire, *« sans l'autorisation des deux parents ».* Ce sont ces quelques mots supplémentaires qui marquent clairement la différence. Lorsque le juge des enfants prononce une mesure d'interdiction de sortie du territoire, il s'agit de protéger l'enfant contre ses parents. Même en cas d'accord des titulaires de l'autorité parentale pour une sortie du territoire, la mesure s'impose à eux. Dans l'hypothèse de la mesure prononcée par le juge aux affaires familiales, il n'y a pas de danger pour l'enfant. Cependant, les droits de l'un des parents pourraient être lésés par le risque d'enlèvement que fait courir l'autre parent. Dans le premier cas, la mesure sert à protéger l'enfant d'un danger que lui font encourir ses deux parents. Dans l'autre cas, la mesure sert à faire respecter le principe de la coparentalité. La juste détermination de l'objectif de la demande entraîne la juste compétence. Finalement, ces deux compétences ne sont qu'une illustration des objectifs classiques des deux juges. Le juge des enfants intervient pour protéger l'enfant en cas de danger et le juge aux affaires familiales prend des mesures concernant les relations entre les titulaires de l'autorité parentale.

378. L'existence d'un conflit apparent.- Ainsi, plus qu'un conflit réel, nous sommes en présence d'un conflit apparent qui disparaît à l'étude des compétences. Ainsi, en matière d'interdiction de sortie du territoire, bien que le juge aux affaires familiales et le juge des enfants interviennent tous les deux, il ne peut être question de conflit réel mais que de conflit apparent[889].

---

[888] Si le juge des enfants a déjà pris une mesure d'interdiction de sortie du territoire, il est certain que pendant la validité de la mesure, la mesure prononcée par le juge aux affaires familiales n'aura pas d'effet mais elle sera effective dès la levée de la mesure d'assistance éducative.

[889] L'examen des travaux parlementaires montre que le conflit réel que le législateur voulait prévenir n'était pas lié aux compétences du juge des enfants et du juge aux affaires familiales en matière d'autorité parentale. Il s'agissait plutôt de limiter les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales en matière d'ordonnance de protection. En effet, l'article 515-13 du Code civil énonce qu' *« une ordonnance de protection peut également être délivrée par le juge à la personne majeure menacée de mariage forcée (…). Il peut également ordonner, à sa demande, l'interdiction temporaire de sortie du territoire de la personne menacée (…) ».* Le législateur, pour protéger la compétence du juge des enfants en matière d'interdiction de sortie du territoire, a introduit l'article

379. Il faut à présent étudier les conflits de compétence d'attribution dans un contexte de séparation judiciaire des parents.

B. Les conflits dans un contexte de séparation

380. Avec l'introduction, par la loi du 9 juillet 2010, d'une ordonnance de protection en cas de violences au sein du couple[890], les conflits de compétence d'attribution naissent dans un contexte de séparation « en urgence » (1). De tels conflits avaient déjà surgi dans le cadre de l'article 375-3, alinéa 2 (2).

1. Le conflit réel dans le contexte de l'ordonnance de protection de l'article 515-9 du Code civil

381. Les violences au sein du couple.- L'article 515-9 du Code civil énonce que *« lorsque les violences exercées au sein du couple ou par un ancien conjoint, un ancien partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou un ancien concubin mettent en danger la personne qui en est victime, un ou plusieurs enfants, le juge aux affaires familiales peut délivrer en urgence à cette dernière une ordonnance de protection ».* Grâce à l'ordonnance de protection, le juge aux affaires familiales peut notamment attribuer le logement à l'un des membres du couple. Il doit également envisager l'organisation de la famille qui découle des mesures prises. Ainsi, en

---

375 -7 alinéa 7. L'article est issu d'un amendement qui tire les conséquences de l'exclusion des mineurs du champ des personnes pouvant solliciter une ordonnance de protection auprès du juge aux affaires familiales. Le rapporteur précise que *« le juge des enfants, qui est compétent en matière d'assistance éducative, doit avoir la possibilité de faire inscrire un mineur au fichier des personnes recherchées afin de prévenir toute sortie du territoire en cas de menace de mariage forcé ou de mutilations sexuelles à l'étranger. Une telle disposition figurait à l'article 1er mais celui-ci confiant dorénavant au juge aux affaires familiales la compétence pour délivrer l'ordonnance de protection, il s'agit par cet amendement de bien marquer la différence entre ce qui s'adresse aux majeurs et relève du JAF, de ce qui relève du juge pour enfants ».* (Rapport n° 2293 de M. Guy GEOFFROY, député, fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner la proposition de loi (n° 2121) de Mme D. BOUSQUET, M. G. GEOFFROY et plusieurs de leurs collègues renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes, déposé à l'Assemblée Nationale le 10 février 2010). Ici, point de conflit de compétence. En effet, lorsqu' une personne est menacée de mariage forcé, si elle est mineure, le juge des enfants peut ordonner une interdiction de sortie de territoire. Si elle majeure, c'est le juge aux affaires familiales qui détient cette compétence.

[890] Pour une présentation de la loi : F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, Les aspects civils de la loi relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, *RLDC*, octobre 2010, p. 43 ; M. DOUCHY-OUDOT, Quelle protection contre les violences au sein des couples ? *Procédures*, 2010, Etude 9, p. 5 ; N. FRICERO, Protection des victimes au sein des couples : le cadre procédural, *RJPF*, 11/2010, p. 8 ; M-B. MAIZY, M. CHOPIN, La loi

présence d'enfants, le juge aux affaires familiales doit, le cas échéant, se prononcer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale[891].

382. La présence du danger.- Le danger conditionne l'intervention du juge aux affaires familiales. En effet, il s'agit de constater que les violences mettent en danger une personne[892]. C'est par le danger, critère commun de leur intervention, que le juge aux affaires familiales se rapproche du juge des enfants. La ressemblance est encore plus frappante dès lors qu'il s'agit non seulement du même critère mais aussi de la même personne à protéger au risque d'engendrer un conflit de compétence[893]. C'est le cas lorsque les enfants sont mineurs. En effet, le juge aux affaires familiales est compétent mais le juge des enfants ne pourrait-il pas l'être également au titre de sa compétence pour l'enfance en danger ? Comment retenir la juste compétence ? Si le danger concerne l'enfant, comment choisir entre la compétence du juge aux affaires familiales et le juge des enfants[894] ? Pour éviter un conflit de compétence, il faut déterminer de manière précise si les termes d' « enfant » et de « danger », contenus dans les articles 515-9 et suivants, sont les mêmes que ceux utilisés s'agissant de l'office du juge des enfants.

383. La même victime ?.- Le sujet de protection du juge aux affaires familiales.- L'article 515-9 du Code civil fait mention d' *« une personne victime, un ou plusieurs enfants ».* Il convient de s'intéresser à la définition de cet enfant désigné comme hypothétique victime. Le mot « enfant » peut être entendu au sens d'enfant mineur. Mais il peut également être envisagé dans un rapport de filiation avec son parent en tant que descendant au premier

---

du 9 juillet 2010 et l'ordonnance de protection : une réponse adaptée aux violences intrafamiliales ?, *AJ fam.,* 2010, p. 514

[891] L'article 515-11, 5° du Code civil énonce que le juge aux affaires familiales est compétent pour *« se prononcer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale (...) et sur la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants ».*

[892] L'article 515-11 du Code civil précise que *« l'ordonnance de protection est délivrée, dans les meilleurs délais, par le juge aux affaires familiale, s'il estime (...), qu'il existe des raisons sérieuses de considérer comme vraisemblables la commission des faits de violences allégués et le danger auquel la victime ou un ou plusieurs enfants sont exposés ».*

[893] G. MAUGAIN, *art. cit. supra* note 645, p. 9 : *« La loi du 9 juillet 2010 lui (au juge aux affaires familiales) confie de veiller aux incidences que les violences au sein des couples pourraient avoir sur les enfants. On peut alors se demander s'il n'y a pas là un empiètement sur les attributions du juge des enfants qui connaît de l'organisation ou de la prolongation d'une action de protection judiciaire à l'égard des mineurs émancipés ou des majeurs âgés de vingt et un ans ou moins ».*

[894] D'autant plus, que les illustrations jurisprudentielles de saisine du juge des enfants en cas de violences entre les parents ne sont pas rares. *Cf.,* E. DURAND, La vie de l'enfant après la séparation des parents- Illustrations concrètes par un juge des enfants, *AJ fam.,* 2010, p. 18

degré. Dans cette seconde hypothèse, son âge n'est pas pris en considération[895]. Etant donné le contexte familial, les deux hypothèses sont envisageables. Il convient de noter que lorsque, dans le Code civil, le législateur emploie le terme « enfant », il précise toujours un âge s'il souhaite que les effets liés à ce statut soient limités dans le temps. Par exemple, en matière d'autorité parentale relative aux biens de l'enfant, l'article 382 indique que *« les père et mère ont (...) l'administration et la jouissance des biens de leurs enfants ».* L'article 384 du Code civil précise toutefois que *« le droit de jouissance cesse : (...) dès que l'enfant a seize ans accomplis (...) ».* Il en va ainsi également dans la partie du Code civil portant sur l'autorité parentale relative à la personne de l'enfant. Le terme enfant est employé dans les différents articles qui composent ce chapitre[896]. Mais si l'article 371 du Code civil indique que *« l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère »,* la définition de l'autorité parentale qui suit énonce que celle-ci *« appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant (...) ».* Une fois cette définition donnée, l'enfant cité dans les articles suivants est un enfant mineur ou émancipé. L'article 373-2-6 portant sur l'intervention du juge aux affaires familiales le reprécise en énonçant que *« le juge du tribunal de grande instance délégué aux affaires familiales règle les questions qui sont soumises dans le cadre du présent chapitre en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs ».* L'article 373-2-11 fait également mention de la minorité de l'enfant. En effet, il est précisé que *« lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération (...) les sentiments exprimés par l'enfant mineur dans les conditions prévues à l'article 388-1 (...) ».* Par conséquent, le législateur est obligé de préciser lorsque le texte concerne des enfants majeurs. C'est le cas dans l'article 371-2 du Code civil relatif à la contribution à l'éducation et à l'entretien des enfants[897]. Il en est de même pour l'article 373-2-5 du Code civil qui affirme que *« le parent qui assume à titre principal la charge d'un enfant majeur qui ne peut lui- même subvenir à ses besoins peut demander à*

---

[895] V. BONNET, *op. cit., supra* note 22, p. 15 : *« Il y a une polysémie du mot « enfant » dont il est difficile de se départir et qui peut entraîner parfois certaines confusions. L'enfant, c'est d'abord la personne qui n'est pas encore un adulte, le petit homme, l'être qui n'ayant pas encore acquis la maturité physique et intellectuelle, mérite une attention particulière (...). En ce sens, le droit civil considère comme enfant tout individu mineur, c'est-à-dire qui n'a pas atteint l'âge de dix-huit ans (...). L'enfant, c'est également, sans distinction d'âge, la personne qui s'inscrit dans une généalogie ; le petit d'homme, la fille ou le fils de, celui a un lien de filiation avec un parent. De ce point de vue, chacun reste jusqu'à sa mort un enfant. Les deux sens du mot semblent bien distincts. Pourtant, on ne peut ignorer qu'une même personne est pendant un temps de sa vie à la fois un petit homme et un petit d'homme ».*

[896] Le chapitre intitulé *« De l'autorité parentale relative à la personne de l'enfant »* comprend les articles 371 à 381.

l'autre parent de lui verser une contribution à son entretien et à son éducation (...) ». Si aucune indication en termes d'âge n'est donnée, il est permis de penser que la notion n'a pas de limite temporelle. Dans le cadre de la partie relative aux successions, l'article 734 du Code civil, qui établit l'ordre des héritiers, précise que le premier ordre comprend les enfants et leurs descendants. Aucune indication d'âge n'apparaît, ce qui semble logique. En effet, il est possible d'hériter à tout âge en tant qu'enfant du défunt. Etant donné que dans le titre consacré à l'ordonnance de protection, il n'y a aucune indication par rapport à l'âge, il faudrait retenir que le juge aux affaires familiales s'intéresse à l'enfant en tant que descendant au premier degré et ceci sans considération d'âge. Aucun élément ne permet de ne retenir que l'enfant mineur. Certes, il est fait mention, dans les mesures que le juge aux affaires familiales peut ordonner, des mesures relatives à l'exercice de l'autorité parentale qui concernent les enfants mineurs. Mais il est également question de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant qui peut concerner un enfant majeur. Lorsqu'il s'agit de l'ordonnance de protection, les différentes dispositions contenues dans le titre qui y est consacré ne fournissent aucune indication sur l'acception à retenir. Par conséquent, il faudrait retenir l'enfant au sens de descendant de premier degré[898].

384. Le sujet de protection du juge des enfants.- Il est plus simple de déterminer le sujet de la protection du juge des enfants. En effet, l'article 375 du Code civil fait référence à *« un mineur non émancipé ».* L'article 388 définit ce qu'est un mineur puisqu'il indique que *« le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis ».* Quant à l'émancipation, les articles 413-1 à 413-8 du Code civil règlent son régime. Ainsi, dans la cadre d'une procédure judiciaire, un mineur pourra être émancipé à partir de seize ans. Il y a lieu de préciser que le mariage[899] entraîne une émancipation de plein droit. Enfin, l'article L. 252-1 du Code de l'organisation judiciaire précise que *« le juge des enfants est compétent en matière d'organisation ou de prolongation d'une action de*

---

[897] Il est précisé dans l'alinéa 2 que *« cette obligation ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur ».*

[898] Dans un sens contraire, Ordonnance de protection du juge aux affaires familiales du Tribunal de grande instance de Strasbourg, 2 décembre 2013, RG 13/05541 : *« Il convient de préciser qu'au vu de leur pièce d'identité respective, S. S est née le 11 octobre 1990 et J. S le 7 novembre 1994. Elles sont donc majeures et ne peuvent être considérées comme les enfants dont il est fait mention dans l'article 515-11 du Code civil. Par ailleurs, et en tout état de cause du fait de leur majorité, Madame M. M épouse D. n'avait aucun intérêt ni aucun pouvoir à agir au nom de ses filles majeures ».*

[899] Le mariage des mineurs n'est possible que si le procureur de la République accorde une dispense d'âge pour des motifs graves (article 145 du Code civil). Il faut également le consentement des père et mère (articles 148 et suivants du Code civil).

protection judiciaire à l'égard des mineurs émancipés ou des majeurs âgés de vingt et un ans ou moins ». La durée de la protection du juge des enfants est précise, il s'occupe d'enfants âgés au maximum de 21 ans[900].

385. Un sujet de protection en grande partie commun aux deux juges.- Il faut convenir que le champ d'intervention du juge aux affaires familiales et du juge des enfants est en grande partie le même. En effet, jusqu'à 18 ans et dans certains cas jusqu'à 21 ans, un enfant peut être sujet de la protection du juge des enfants. Dans cet intervalle, il est toujours considéré comme un descendant au premier degré de ses parents, puisque cet état est appréhendé sans considération d'âge. Ainsi, le juge aux affaires familiales, dans le cadre de l'ordonnance de protection, serait également compétent.

386. La nature du danger : le critère de différence ?- Il convient alors de se demander si la nature du danger peut être le critère permettant de faire la différence entre la compétence du juge des enfants et celle du juge aux affaires familiales. Ce dernier ne connaîtrait que les enfants qui sont en danger, non par des violences exercées directement à leur encontre, mais parce qu'ils ont été témoins d'actes d'agression entre les membres du couple. L'intitulé de la loi qui a institué l'ordonnance de protection vient confirmer cette interprétation puisqu'elle est relative *« aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants ».* Il ne s'agit pas de violences directes sur les enfants mais de l'incidence sur ces derniers des violences qui se déroulent au sein du couple. En outre, l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, relatif à la compétence d'attribution du juge aux affaires familiales, ne fait plus mention des enfants, démontrant ainsi leur caractère subsidiaire quant à la compétence du juge aux affaires familiales en matière d'ordonnance de protection. En effet, il indique que le juge aux affaires familiales connaît des actions liées *« à la protection à l'encontre du conjoint, du partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou du concubin violent ou d'un ancien conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin violent ».* Cependant, la lecture de l'article 515-9 du Code civil ne permet pas de retenir cette interprétation restrictive. L'expression « violences exercées au sein du couple » ne permet pas d'établir avec certitude l'auteur et la

[900] G. RAYMOND, *Rép. Civ., cit., supra* note 790, n°11, p. 5 : *« La mesure d'assistance éducative à l'égard d'un jeune majeur suppose plusieurs conditions. D'une part, il s'agit de la prolongation d'une mesure prise pendant la minorité de l'intéressé, cela signifie donc qu'une mesure nouvelle ne peut pas être prise à l'égard d'un majeur*

victime. De plus, même si la différence résidait entre le danger causé directement par les violences et celui causé indirectement, en toute hypothèse, la saisine du juge des enfants n'est pas liée aux violences directes[901]. Différentes études observant l'impact des violences sur les enfants « exposés aux violences au sein du couple » concluent que les enfants en souffrent comme s'ils avaient été directement victimes. Il est ainsi démontré que *« le retentissement sur les enfants est particulièrement grave, notamment sur les cognitions et les apprentissages et peut entraîner difficultés et/ou échecs scolaires. Ne disposant pas encore suffisamment de ressources pour se défendre psychiquement, ils courent plus de risque de développer des stress extrêmes »*[902].

387. Un conflit réel.- La compétence du juge des enfants et celle du juge aux affaires familiales sont tout autant légitimes dans leur fonction de protéger l'enfant. Finalement, la différence naîtra des mesures que chacun des juges sera appelé à prendre. Faut-il alors en déduire que plus qu'un conflit réel, nous sommes en présence d'un conflit apparent ? Si la question peut se poser, il nous semble toutefois que la qualification doit rester celle de conflit réel. En effet, dans les deux hypothèses, il est demandé à un juge de protéger un enfant d'un danger. Pour le juge des enfants, cela sera sa mission principale alors que pour le juge aux affaires familiales sa mission est plus large.

---

même entre 18 et 21 ans. Il faut d'autre part que l'intéressé demande la prolongation de la mesure, elle ne peut lui être imposée. Enfin, la mesure ne peut pas être prolongée au-delà de 21 ans ».

[901] T. BARANGER, G. NICOLAU, *L'enfant et son juge- La justice des mineurs au quotidien*, Hachette Littératures, 2008 (Préface D. SALAS), p. 88 : *« (...) si les dangers manifestes, mauvais traitements et abus sexuels, qui laissent des traces visibles, sont faciles à identifier, il n'en est pas de même des dangers plus psychologiques liés à une situation (...), une ambiance (...) ou de conflits de valeurs (...). Autres situations à risque psychologique, les parents qui abusent de leurs droits parentaux (...), ceux qui se disqualifient réciproquement auprès de leurs enfants (violences verbales, mépris du conjoint ou accusations graves). Prenons encore l'exemple de violences conjugales dont l'enfant est « simplement » témoin (...). Tous ces cas nous poussent à nous demander à quel moment des carences deviennent des négligences graves, des privations affectives ou des violences morales qui nécessitent l'intervention d'un juge ». Adde*, R. CARIO, « L'enfant exposé aux violences familiales : contextualisation », in R. CARIO (dir.), *L'enfant exposé aux violences familiales- Vers un statut spécifique ?*, L'harmattan, 2012, p. 13 : *« La question portant sur le point de savoir si l'exposition d'un enfant à des violences est constitutive en soi d'un danger demeure pour l'instant non résolue explicitement en droit. (...). En fait, il apparaît difficile de ne pas estimer cet enfant en danger (...) »*; p. 24 : *« La définition de l'enfant exposé demeure à parfaire : s'il est plus qu'un témoin, est-il pour autant une victime secondaire, victime d'une maltraitance majeure spécifique qu'il conviendrait d'incriminer spécialement ? Ou un enfant qu'il convient avant tout de protéger car il n'est guère contestable qu'a posteriori, il présente les mêmes traits comportementaux et psychologiques que l'enfant directement victime de violences ? ».*

[902] G. LAZIMI, Enfants exposés aux violences dans le couple, *La revue du praticien Médecine Générale*, Tome 24, n° 851, du 29 novembre au 3 décembre 2010, p. 852.

2. Le conflit réel issu de l'article 375-3 alinéa 2 : le juge des enfants, le juge aux affaires familiales et la séparation des parents

388. Le domaine d'application de l'article 375-3 alinéa 2.- Lorsque le juge aux affaires familiales a été saisi en premier dans le cadre d'une procédure de séparation des parents, ses compétences et celles du juge des enfants sont réglementées par un article du Code civil. En effet, l'alinéa 2 de l'article 375-3 énonce que *« lorsqu'une requête en divorce a été présentée ou un jugement de divorce rendu entre les père et mère ou lorsqu'une requête en vue de statuer sur la résidence et les droits de visite afférents à un enfant a été présentée ou une décision rendue entre les père et mère, ces mesures*[903] *ne peuvent être prises que si un fait nouveau de nature à entraîner un danger pour le mineur s'est révélé postérieurement à la décision statuant sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou confiant l'enfant à un tiers (...) ».* Si avant la loi du 5 mars 2007 sur la protection de l'enfance, la disposition était limitée au contexte du divorce et de la séparation de corps, le législateur l'a logiquement étendue à toutes les séparations[904]. Désormais toutes les situations dans lesquelles le juge des enfants intervient pour modifier une décision prise par le juge aux affaires familiales, s'agissant de parents non mariés, sont incluses. Le juge des enfants ne peut donc intervenir que si un fait nouveau de nature à entraîner un danger pour le mineur se révèle après la décision du juge aux affaires familiales[905] statuant sur l'exercice, les modalités de l'autorité parentale ou confiant l'enfant à un tiers. Il s'agit, en effet, d'éviter que le juge des enfants ne devienne une juridiction d'appel des décisions du juge aux affaires familiales[906] mais il faut aussi aménager l'intervention du juge des enfants en cas de danger.

---

[903] Dans un premier temps, ces mesures peuvent être considérées comme celles spécifiées à l'alinéa 1er de l'article 375-3 du Code civil qui énonce que *« si la protection de l'enfant l'exige, le juge des enfants peut décider de le confier : 1° A l'autre parent ; 2° A un autre membre de la famille ou à un tiers digne de confiance ; 3° A un service départemental de l'aide sociale à l'enfance ; 4° A un service ou à un établissement habilité pour l'accueil de mineurs à la journée ou suivant toute autre modalité de prise en charge ; 5° A un service ou à un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé»*. L'enjeu de l'interprétation de l'article 375-3 alinéa 2 est toutefois de définir si le juge des enfants peut prendre d'autres mesures.

[904] P. SALVAGE-GEREST, *JCl Proc. civ., cit., supra* note 825, n° 44.

[905] L'ordonnance de non conciliation est également concernée. *Cf.,* CA Aix-en-Provence, 1er juin 2012, *AJ fam.,* 2013, p. 177, note M. DOURIS.

[906] M. HUYETTE, *op. cit., supra* note 790, p. 139 : *« L'objectif de ce texte est de veiller à ce que le juge des enfants ne confie pas provisoirement l'enfant au parent qui ne l'élève pas pour des motifs qui ont déjà été pris en compte dans la décision du JAF, afin d'éviter des contradictions entre les décisions successives des deux magistrats (...). Sinon le risque serait de voir bien des parents déçus de la décision du JAF se précipiter chez le juge des enfants pour plaider une deuxième fois leur cause, sur les mêmes éléments, et faire du juge des enfants une voie de recours qui n'en a pas le nom ». A titre d'illustration, Cf.,* Juge des enfants, TGI de Strasbourg, jugement du 11 mars 2013, Affaire 413/4016. En l'espère, un père demandait la suspension du droit

389. Les mesures en jeu.- Malgré les indications, *a priori* claires du Code civil, nombreux sont les arrêts qui traitent des conflits de compétence possibles entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants dans le cadre de l'article 375-3 alinéa 2[907].

390. Les mesures de placement.- Les principes ont ainsi été clarifiés notamment quant aux mesures concernées par les impératifs de l'article 375-3 alinéa 2. Il s'agit des mesures de placement[908]. Si le juge des enfants ordonne une mesure de placement, il devra forcément respecter la présence cumulative du danger, au sens de l'article 375 du Code civil, et du fait nouveau[909], sous réserve des difficultés d'interprétation que comportent ces notions[910].

391. Les mesures éducatives en milieu ouvert.- Si le juge des enfants prend des décisions qui n'ont pas de conséquences sur la décision du juge aux affaires familiales, par exemple des

---

d'hébergement de la mère fixé par le juge aux affaires familiales dans le cadre d'une ordonnance de non conciliation et la mise en place d'un droit de visite médiatisé. Dans son jugement, le juge des enfants rappelle que *« le juge des enfants n'a pas vocation à se substituer au juge aux affaires familiales ou à réformer ses décisions. De fait, Monsieur C… a évoqué à l'appui de sa demande des craintes dont il a déjà fait état devant ce magistrat comme par exemple des comportements addictifs de Madame C »*. Ainsi, il n'est pas fait droit à la demande du père.

[907] Cass., 1e civ., 14 mars 2006, *Dr. fam.,* 2006, Comm. 144, p. 39, note A. GOUTTENOIRE ; *D.* 2006, p. 1947, note M. HUYETTE ; *LPA,* 2006, n°181, p. 8, note E. PIERROUX ; Cass., 1e civ., 11 juillet 2006, *RJPF,* décembre 2006, p. 20, note F. EUDIER; CA, Aix en Provence, chambre spéciale des mineurs, 3 juillet 2013, n° 2013/150.

[908] C. DELAPORTE- CARRE, *op. cit. supra* note 118, p. 263 : *« Force est de constater que la notion de fait nouveau n'a été adoptée que dans le cadre où il est nécessaire de retirer l'enfant de son milieu naturel »*. A titre d'illustration : Cass., 1e civ., 14 mars 1978, n° 77-80011, publié au Bulletin ; Cass., 1e civ., 3 février 1987, n° 86-80016, publié au Bulletin ; Cass., 1e civ., 22 juillet 1987, n° 86-80039, inédit.

[909] Pour une illustration d'un fait nouveau : *cf.,* Cass., 1e civ., 11 juillet 2006, *RJPF,* décembre 2006, p. 20, note F. EUDIER. En l'espèce, dans le cadre d'une instance en divorce, une ordonnance de non conciliation du 3 juillet 2001, confirmée par un arrêt du 3 septembre 2002, avait fixé la résidence des enfants au domicile du père. Le 6 mai 2002, le juge des enfants confia les enfants au service de l'aide sociale des enfants pour une durée de deux ans. Un droit de visite avait été accordé aux parents en présence d'un tiers. Le jugement de divorce fut prononcé le 27 juin 2003. Il fut décidé que l'autorité parentale serait exercée en commun, la résidence serait fixée chez le père et un droit de visite fut accordé à la mère. Le 30 avril 2004, le juge des enfants ordonna la mainlevée du placement, la remise des enfants à la mère, un droit de visite au père et la mise en place d'une mesure d'action éducative en milieu ouvert. Le père forma un pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel d'Orléans du 3 décembre 2004 qui avait confirmé le jugement du juge des enfants. Il soutenait que la décision du juge aux affaires familiales trouve à s'appliquer lorsque le juge des enfants ordonne la mainlevée de la mesure d'assistance éducative qu'il a prise, sauf à caractériser un fait nouveau de nature à mettre le mineur en danger. Mais la Cour de cassation a estimé que la Cour d'appel a caractérisé, à la date où elle statuait, l'existence de faits nouveaux postérieurs au jugement de divorce, de nature à entraîner un danger pour les enfants et a donc légalement justifié sa décision. En effet, la Cour d'appel a estimé que la mère a notamment entrepris « une reconstruction spectaculaire » permettant de donner un cadre de vie structuré alors que l'attitude du père avait plutôt comme conséquence d'entraver tout travail éducatif.

[910] Il convient de préciser que la Cour de cassation opère un contrôle sur l'existence du fait nouveau. *Cf.,* P. DESLOGES, La compétence du juge des enfants en matière de réglementation du droit de visite, *AJ fam.*, 2010, p. 531.

mesures éducatives en milieu ouvert, il n'est pas nécessaire d'appliquer les deux critères[911]. Il suffit uniquement que soit présent le danger[912] puisque la situation relève de l'article 375-2[913] du Code civil. Cet article, relatif aux mesures d'assistance éducative en milieu ouvert, ne fait pas mention d'un « fait nouveau ». Il en est de même lorsque le juge des enfants intervient pour faciliter l'exécution de la décision du juge aux affaires familiales par le biais d'une mesure d'assistance éducative. Un arrêt de la Cour de cassation du 23 février 1994[914] faisait état d'une ordonnance de non-conciliation qui avait mis en place un droit de visite et d'hébergement pour la mère alors que la résidence avait été fixée chez le père. Le droit de visite de la mère s'exerçant avec des difficultés, un juge des enfants avait été saisi. Ce dernier décidait que le maintien des enfants dans leur milieu actuel était subordonné, notamment, au rétablissement du droit de visite et d'hébergement attribué à la mère. La Cour d'appel confirmait ce jugement. Le père formait un pourvoi en soutenant qu'en l'absence de constatation de faits nouveaux, il y avait une violation de l'article 375-3 du Code civil. La Cour de cassation rejeta son pourvoi en énonçant que: *« même sans relever l'existence de faits nouveaux, le juge des enfants a le pouvoir en cas de danger, d'ordonner toute mesure d'assistance éducative prévue par l'article 375-2 du Code civil permettant d'assurer l'exécution de la décision du juge aux affaires matrimoniales statuant sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale ; qu'en l'espèce, l'arrêt relève qu'il est établi par divers rapports des services sociaux et examens médico-psychologiques, que les enfants des époux X... sont " en grande souffrance affective " du fait de leur rejet de leur mère, suscité par M.*

---

[911] P. DESLOGES, *art. cit., supra note* 910, p. 531. En note de bas de page, l'auteur précise qu' *« il est de jurisprudence constante que le juge des enfants peut, dans tous les cas, ordonner d'autres mesures d'assistance éducative dès lors qu'il ne vient pas modifier les modalités de l'autorité parentale »*.

[912] Cass., 1e civ., 23 février 1994, *JCP éd. G*, 1994, II, 22341, note S. BERNIGAUD ; RTD*Civ*., 1994, p. 341, note J. HAUSER.

[913] Article 375-2 du Code civil (modifié par la loi du 5 mars 2007) : *« Chaque fois qu'il est possible, le mineur doit être maintenu dans son milieu actuel. Dans ce cas, le juge désigne, soit une personne qualifiée, soit un service d'observation, d'éducation ou de rééducation en milieu ouvert, en lui donnant mission d'apporter aide et conseil à la famille, afin de surmonter les difficultés matérielles ou morales qu'elle rencontre. Cette personne ou ce service est chargé de suivre le développement de l'enfant et d'en faire rapport au juge périodiquement. Lorsqu'il confie un mineur à un service mentionné au premier alinéa, il peut autoriser ce dernier à lui assurer un hébergement exceptionnel ou périodique à condition que ce service soit spécifiquement habilité à cet effet. Chaque fois qu'il héberge le mineur en vertu de cette autorisation, le service en informe sans délai ses parents ou ses représentants légaux ainsi que le juge des enfants et le président du conseil général. Le juge est saisi de tout désaccord concernant cet hébergement. Le juge peut aussi subordonner le maintien de l'enfant dans son milieu à des obligations particulières, telles que celle de fréquenter régulièrement un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé, le cas échéant sous régime de l'internat ou d'exercer une activité professionnelle »*.

[914] Cass., 1e civ., 23 février 1994, *JCP éd. G*, 1994, II, 22341, note S. BERNIGAUD ; RTD*Civ*., 1994, p. 341, note J. HAUSER.

X..., et que les soins prodigués par celui-ci ne peuvent suppléer ni la carence affective ni le sentiment de culpabilité qu'ils éprouvent ; que par ces motifs, la cour d'appel, (...), a constaté l'existence de troubles psychologiques graves de nature à entraîner un danger pour les mineurs et nécessitant la mise en œuvre des mesures prescrites ». En l'espèce, il convient de noter que la décision du juge aux affaires familiales n'avait pas été modifiée. Par conséquent, il n'y a pas de risque que le juge des enfants devienne une « juridiction d'appel ». Ainsi, cette interprétation jurisprudentielle peut être approuvée.

392. Les décisions ayant des conséquences sur le droit de visite de l'autre parent.- La position de la Cour de cassation.- Une autre hypothèse doit être étudiée. Il s'agit de la situation dans laquelle le juge des enfants est saisi pour une demande relative à un droit de visite et d'hébergement du parent chez qui l'enfant ne réside pas. Il convient de préciser qu'ici l'enfant ne fait pas l'objet d'un placement. En outre, si le juge des enfants peut répondre à cette demande, doit-il respecter les conditions cumulatives de danger et de fait nouveau de l'article 375-3 alinéa 2 ? Deux thèses existent[915] s'agissant des décisions du juge des enfants qui ont des conséquences sur le droit de visite de l'autre parent. Représentante d'une première thèse, la Cour de cassation[916] affirme que le juge des enfants peut prendre de telles mesures, s'il respecte les critères cumulatifs du danger et du fait nouveau, tels qu'indiqués par l'article 375-3 alinéa 2[917]. La thèse prônant la fixation autonome du droit de visite de l'article 375-7 du

[915] Ces deux thèses sont mentionnées dans un article de Jean HAUSER sous un arrêt de la Cour de cassation du 10 juillet 1996, RTD*Civ*., 1997, p. 410.

[916] Cass., 1e civ., 26 janvier 1994, *D.*1994, Juris., p. 278, note M. HUYETTE, En l'espèce, un divorce sur requête conjointe avait été prononcé le 20 juillet 1989. Il était prévu l'exercice conjoint de l'autorité parentale, la résidence de l'enfant avait été fixe au domicile de la mère et le père bénéficiait d'un droit de visite en présence de la mère. Le juge des enfants, le 6 octobre 1989, a décidé que le père exercerait son droit de visite sans la présence de la mère. La Cour d'appel de Paris confirme cette décision dans un arrêt du 3 juillet 1990. La mère forme un pourvoi en soutenant notamment qu'en cas de divorce sur requête conjointe, les dispositions relatives à l'autorité parentale peuvent être modifiées par le juge aux affaires matrimoniales et non par le juge des enfants qui est incompétent. La Cour de cassation ne retient pas ce raisonnement et énonce qu' *« aux termes de l'article 375-1 du Code civil, le juge des enfants est compétent, à charge d'appel, pour tout ce qui concerne l'assistance éducative ; qu'il résulte de l'article 375-3, alinéa 2 du même code, qu'il peut prendre, à ce titre, des mesures qui aboutissent à imposer des modalités différentes, quant à l'exercice de l'autorité parentale, de celles prévues par le juge aux affaires matrimoniales ou par la convention de divorce des époux, lorsqu'un fait de nature à entraîner un danger pour l'enfant s'est révélé ou est survenu postérieurement »*. Arrêt confirmé par Cass., 1e civ., 10 juillet 1996, RTD*Civ*., 1997, p. 410, note J. HAUSER.

[917] Dans ce sens, G. RAYMOND, *Rép. Civ., cit., supra* note 790, n° 40: *« C'est (...) l'existence d'un danger postérieur à la décision du juge aux affaires familiales qui est le véritable critère de compétence : le juge des enfants peut modifier une décision du juge aux affaires familiales dans l'hypothèse où, depuis la décision de ce dernier, un élément nouveau a créé une situation de danger pour l'enfant, cet élément nouveau pouvant être la décision elle-même. (...). Il appartiendra donc au juge des enfants de faire état dans son ordonnance des éléments nouveaux qui justifient son intervention, et, en l'absence d'élément nouveau, il doit se déclarer incompétent. La cour d'appel de Grenoble (3 nov. 2000 (...)) considère que le juge des enfants n'est compétent,*

Code civil est certainement à l'origine de cette solution. Dans cette hypothèse, les droits de visite ne sont pas liés à la mesure de placement de l'article 375-7 du Code civil[918]. Ainsi le juge des enfants pourrait, après une ordonnance du juge aux affaires familiales, statuer sur le droit de visite de l'autre parent en présence d'un fait nouveau et d'un danger. C'est ce raisonnement qui est tenu par la Cour de cassation. C'est certainement également *« l'application de l'argument selon lequel qui peut le plus peut le moins. Si le juge des enfants peut retirer l'enfant de celui qui a la garde pour le confier à l'autre parent ou à un tiers, a fortiori doit-il pouvoir en respectant pour l'essentiel la garde telle qu'elle a été attribuée par le juge du divorce, suspendre ou supprimer provisoirement son corollaire qui est le droit de visite »* [919].

393. La remise en cause de la compétence du juge des enfants.- Une autre thèse possible.- Il convient de s'intéresser à la seconde thèse qui énonce que le droit de visite prévu dans le cadre de l'article 375-7 du Code civil est lié à la mesure de placement ordonnée par le juge des enfants. A la lecture de l'alinéa 4 de l'article 375-7[920], il est difficile de concevoir la fixation d'un droit de visite autonome au placement. En effet, cet alinéa pose comme condition initiale des compétences du juge, le placement , puisqu'il débute par les mots suivants : *« s'il a été nécessaire de confier l'enfant à une personne ou un établissement ».* Ensuite, lorsque l'article 375-3 alinéa 2 vise les mesures que le juge des enfants peut prendre, il peut être déduit que ces mesures sont celles de l'alinéa 1er, c'est à dire que le juge peut « *si la protection de l'enfant l'exige, (...) décider de confier (l'enfant) : 1° A l'autre parent ; 2° A un autre membre de la famille ou à un tiers digne de confiance ; 3° A un service départemental de l'aide sociale à l'enfance ; 4° A un service ou à un établissement habilité pour l'accueil de mineurs à la journée ou suivant toute autre modalité de prise en charge ; 5° A un service ou à un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé».* Or, dans cet article la compétence du juge des enfants n'apparaît pas s'agissant de la modification

---

en matière de rencontres parents/enfants, que dans le cas d'une décision de placement et non pas lorsqu'il y a mesure d'assistance éducative en milieu ouvert (...), ce qui est très contestable, car on ne voit pas pourquoi il faudrait établir une distinction selon les modalités d'exercice de l'assistance éducative ».

[918] Cass., 1e civ., 10 juillet 1996, RTD*Civ*., 1997, p. 410, note J. HAUSER.

[919] J-C. GROSLIERE, note sous CA Dijon, 23 janvier 1981, *D*. 1981, p. 344. Bien que ce raisonnement soit relatif au juge aux affaires matrimoniales, il est transposable au juge aux affaires familiales.

[920] Article 375-7 alinéa 2 du Code civil: *« S'il a été nécessaire de confier l'enfant à une personne ou à un établissement, ses parents conservent un droit de correspondance ainsi qu'un droit de visite et d'hébergement. Le juge en fixe les modalités et peut, si l'intérêt de l'enfant l'exige, décider que l'exercice de ces droits, ou de*

du droit de visite fixé par le juge aux affaires familiales dans le cadre d'une séparation. La thèse que la fixation du droit de visite prévu par l'article 375-7 du Code civil est liée à une mesure de placement ordonnée par le juge des enfants semble l'interprétation à privilégier afin de bien délimiter les compétences respectives du juge aux affaires familiales et du juge des enfants[921].

394. Une résistance des juges du fond.- Néanmoins, la Cour de cassation a confirmé sa position[922]. Mais la compétence du juge aux affaires familiales est soutenue par les juridictions du fond. La Cour d'appel de Caen, le 10 décembre 1998, énonce qu' *« il n'entre pas dans les compétences du juge des enfants de statuer sur les modalités du droit de visite et d'hébergement dès lors que l'enfant n'a pas fait l'objet d'un placement en application de l'article 375-3 du Code civil »*[923]. Cette résistance des juridictions du fond semble être l'indice de la résistance des juges aux affaires familiales à l'empiètement par le juge des enfants sur un domaine qui leur est réservé.

395. Les autres mesures envisageables.- La solution de la Cour de cassation du 26 janvier 1994 semble dépasser la question du droit de visite. Ce seraient les modalités d'exercice de l'autorité parentale, qui de manière générale, seraient visées[924]. En effet, la haute juridiction énonce dans cet arrêt qu' *« il résulte de l'article 375-3 alinéa 2* (du Code civil) *qu'il* (le juge des enfants) *peut prendre, à ce titre, des mesures qui aboutissent à imposer des modalités différentes, quant à l'exercice de l'autorité parentale, de celles prévues par le juge aux affaires matrimoniales ou par la convention de divorce des époux, lorsqu'un fait de nature à entraîner un danger pour l'enfant s'est révélé ou est survenu postérieurement ».* D'ailleurs, la

---

l'un d'eux, est provisoirement suspendu. Il peut également décider que le droit de visite du ou des parents ne peut être exercé qu'en présence d'un tiers désigné par l'établissement ou le service à qui l'enfant est confié ».

[921] Dans ce sens, M. HUYETTE, note Cass., 1e civ., 26 janvier 1994, *D.* 1994, Juris., p. 278 : *« Il semble donc bien possible de penser, sur le terrain du droit, que le juge aux affaires familiales reste sans aucune exception le seul compétent pour modifier les droits de visite et d'hébergement accessoires à une décision de divorce, que son intervention pour en modifier les modalités sera suffisante pour écarter tout danger manifeste lié à l'exercice de ce droit de visite, qu'il n'existe aucune nécessité pour que le juge des enfants intervienne en cette matière, que le droit de réglementation qui concerne essentiellement le parent qui élevait l'enfant jusqu'à son éloignement n'appartient au juge des enfants que comme accessoire à une décision de retrait de l'enfant de son présent domicile prise dans le cadre de l'assistance éducative ».*

[922] Cass., 1e civ., 10 juillet 1996, RTDCiv., 1997, p. 410, note J. HAUSER.

[923] CA Caen, 10 décembre 1998, RTDCiv., 1999, p. 829, note J. HAUSER.

[924] V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Rép. Proc. civ. cit., supra* note 51, n° 462 : *« A la condition d'un fait nouveau, le juge des enfants est donc compétent pour décider de confier l'enfant à un tiers et aménager, voire supprimer, le droit de visite et d'hébergement des parents et, de façon plus générale, pour prendre des mesures imposant des modalit*és différentes d'exercice de l'autorité parentale de celles prévues par le JAF ou la convention des époux ».

Cour de cassation, dans un arrêt du 2 décembre 1997[925], a considéré que le droit de visite des grands-parents pouvait être modifié par le juge des enfants, en présence d'un danger et d'un fait nouveau[926]. La formule large de la Cour de cassation pourrait également permettre d'envisager que le caractère conjoint ou unilatéral de l'exercice de l'autorité parentale pourrait être modifié par une décision du juge des enfants, en cas de danger et de fait nouveau. Cependant, comme pour la compétence du juge des enfants en matière de droit de visite des parents en dehors d'une hypothèse de placement, il nous faut préférer, dans le cadre de l'article 375-3 alinéa 2, une interprétation stricte des compétences du juge des enfants et donc les limiter aux mesures de placement.

396. L'hypothèse de la saisine du juge aux affaires familiales postérieurement à celle du juge des enfants.- Si l'article 375-3 alinéa 2 règle, ou du moins tente de régler, l'articulation des compétences dans les hypothèses où le juge des enfants intervient après le juge aux affaires familiales, la question de la conciliation des compétences s'est également posée lorsqu'une décision du juge des enfants est antérieure à celle du juge aux affaires familiales. Dans ce cas, des éléments de réponse sont apportés, en partie, à l'article 375-3 alinéa 2 qui énonce que les mesures prises par le juge des enfants *« (...) ne peuvent faire obstacle à la faculté qu'aura le juge aux affaires familiales de décider, par application de l'article 373-3*[927]*, à qui l'enfant devra être confié (...) ».* En faisant référence à l'article 373-3 du Code civil, l'article 375- 3 alinéa 2 du même code ne s'intéresse qu'à la possibilité pour le juge aux affaires familiales de confier l'enfant à un tiers[928]. Cela semble cohérent[929] car les

[925] Cass., 2e civ, 2 décembre 1997, RTD*Civ*., 1998, p. 359, note J. HAUSER : *« Après avoir estimé qu'il n'existait aucun fait nouveau mettant l'enfant en danger et pouvant justifier un retrait de son milieu actuel ou même des mesures d'assistance éducative en milieu ouvert, la cour d'appel, qui statuait en matière d'assistance éducative, a décidé à bon droit que la demande relative au droit de visite et d'hébergement des grands-parents était du ressort du juge aux affaires familiales ».*

[926] En l'espèce, en l'absence de ces éléments, la compétence est revenue au juge aux affaires familiales.

[927] Alinéas 2 et 3 et de l'article 373-3 du Code civil : *« Le juge peut, à titre exceptionnel et si l'intérêt de l'enfant l'exige, notamment lorsqu'un des parents est privé de l'exercice de l'autorité parentale, décider de confier l'enfant à un tiers, choisi de préférence dans sa parenté. Il est saisi et statue conformément aux articles 373-2-8 et 373-2-11. Dans des circonstances exceptionnelles, le juge aux affaires familiales qui statue sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale après séparation des parents peut décider, du vivant même des parents, qu'en cas de décès de celui d'entre eux qui exerce cette autorité, l'enfant n'est pas confié au survivant. Il peut, dans ce cas, désigner la personne à laquelle la personne est provisoirement confié ».*

[928] Pour une interprétation plus large : C. DELAPORTE-CARRE, *op. cit. supra* note 118, p. 265 : *« La seconde partie de l'alinéa 2 de l'article 375-3 du Code civil envisage l'hypothèse dans laquelle le juge des enfants est saisi et a prononcé une mesure avant que le juge aux affaires familiales n'ait statué quant aux modalités d'exercice de l'autorité parentale ».*

[929] Cependant, la cohérence rencontre assez rapidement une limite. En effet, en restreignant ce renvoi à l'article 373-3 du Code civil, la possibilité de confier l'enfant à un autre parent n'apparaît pas. Ce qui semble plutôt être

indications de l'article 375-3 alinéa 2 ne s'appliquaient, dans un premier temps, qu'aux mesures de placement prises par le juge des enfants[930]. Ainsi, le juge des enfants s'étant prononcé, le juge aux affaires familiales serait-il limité à la possibilité de confier l'enfant à un tiers ? La réponse ne peut être que négative. La précision contenue dans l'alinéa 2 de l'article 375-3 doit plutôt être perçue comme une précaution (inutile ?) destinée à rappeler que le juge aux affaires familiales peut toujours se prononcer même après la saisine d'un juge des enfants. Si la décision du juge aux affaires familiales intervient après celle du juge des enfants, elle ne sera effective qu'à la cessation de la mesure prise par le juge des enfants[931]. La conciliation entre les deux compétences doit être guidée par les objectifs poursuivis par le juge aux affaires familiales et par le juge des enfants. La décision du juge aux affaires familiales pose les fondements de la relation entre les titulaires de l'autorité parentale. Mais, en cas de danger, le juge des enfants intervient par des mesures mettant fin à cette situation de danger. A l'issue du danger, les relations fixées par le juge aux affaires familiales s'appliquent de nouveau. Les objectifs du juge des enfants et du juge aux affaires familiales étant différents, nul besoin pour le juge aux affaires familiales de surseoir à statuer sur les modalités de l'autorité parentale[932]. Dans ce sens, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 27 mars 2008[933] énonce qu' *« il ressort de la seule compétence du juge aux affaires familiales de déterminer cette résidence* (celle des

---

un problème de permanence de renvoi qu'une position raisonnée. Dans la version antérieure à la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, le renvoi au sein de l'article 375-3 était fait aux articles 287 et 287-1 du Code civil. L'article 287, avant son abrogation par la loi du 4 mars 2002, énonçait que *« l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents. Le juge désigne, à défaut d'accord amiable ou si cet accord lui apparaît contraire à l'intérêt de l'enfant, le parent chez lequel les enfants ont leur résidence habituelle. Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents. Les parents peuvent, de leur propre initiative ou à la demande du juge, présenter leurs observations sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale »*. L'article 287-1, abrogé par la même loi, énonçait, quant à lui qu' *« à titre exceptionnel et si l'intérêt des enfants l'exige, le juge peut décider de fixer leur résidence soit chez une autre personne choisie de préférence dans leur parenté, soit, si cela s'avérait impossible, dans un établissement d'éducation. La personne à qui les enfants sont confiés accomplit tous les actes usuels relatifs à leur surveillance et à leur éducation »*. Les articles 287 et 287-1 du Code civil permettaient d'envisager l'hypothèse dans laquelle l'enfant était confié à l'autre parent, ce qui n'est plus le cas avec le système en vigueur qi n'opère qu'un renvoi à l'article 373-3 du Code civil.

[930] *Cf., supra* note 908.

[931] P. SALVAGE-GEREST, *JCl Proc. civ., cit., supra* note 825, n° 46 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Rép. Proc. civ. cit., supra* note 51, n° 464.

[932] Dans un sens contraire : C. DELAPORTE-CARRE, *op. cit., supra* note 118, p. 266 : *« Compte tenu de la matière, il paraît plus opportun que le juge aux affaires familiales surseoit à statuer sur les modalités de l'autorité parentale. Sa décision ne devenant effective qu'à l'expiration des mesures d'assistance éducative, il est possible qu'entre-temps, la situation de l'enfant ait évolué et que la décision soit à réviser. En outre dans l'hypothèse où le juge aux affaires familiales interviendrait, comme le texte lui en donne la faculté, la portée de la décision serait restreinte pour l'immédiat puisque les droits ne pourraient pas être exercés ». Adde,* Ph. SIMLER, La notion de garde de l'enfant (Sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale), RTD*Civ.,* 1972, p. 718 : *« Il eût été logique, alors, de suspendre la compétence du juge de droit commun quant à la garde des enfants pendant toute la durée de la mesure de garde prise par le juge des enfants »*.

enfants)*, fut-elle théorique ou éventuelle ; qu'en effet, un placement par le juge des enfants est par nature toujours limité dans le temps, dépend de l'évolution de la situation de danger qui l'a justifié et peut toujours être levé à tout moment par le juge des enfants, à qui les textes ne confèrent pas la compétence de statuer sur les modalités de l'autorité parentale en dehors de la situation de danger qui justifiait sa compétence ».* En l'espèce, une ordonnance de non-conciliation, rendue par le juge aux affaires familiales, fixe la résidence des enfants chez la mère. Ensuite, les enfants font l'objet d'une mesure de placement prononcée par le juge des enfants. Enfin, lorsque le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance prononce le divorce, il dit ne pas y avoir lieu à statuer sur la fixation de la résidence principale des enfants en l'état. Il précise que ce n'est qu'à l'issue du placement prévu par le juge des enfants que le juge aux affaires familiales devra être saisi pour statuer sur la résidence principale. Sur appel du père, la Cour d'appel de Paris, le 27 mars 2008, énonce que *« c'est à tort que les premiers juges, du fait du placement des trois enfants, ont estimé qu'il ne leur appartenait pas de fixer la résidence des enfants ».* Ici, point de sursis à statuer possible. Le juge doit, pour l'éventualité d'une mainlevée toujours possible du placement, déterminer chez lequel des parents chacun des enfants doit fixer sa résidence. C'est ainsi que les compétences du juge aux affaires familiales et celles du juge des enfants doivent se concilier. Les compétences ne sont pas successives. Elles sont contemporaines mais avec des objectifs différents.

397. Le maintien des règles issues de l'article 375-3 alinéa 2.- Finalement les dispositions juridiques en ce domaine sont assez souples pour laisser place, selon les préférences des interprètes des normes, à la compétence du juge aux affaires familiales ou à celle du juge des enfants. Devant ce système complexe, des propositions ont été émises pour retenir la compétence d'un seul juge. Ainsi, une solution avait été proposée de faire du juge du divorce[934] le juge de l'assistance éducative dans la période d'après divorce[935]. Il a été également proposé de ne prendre en compte que la compétence du juge des enfants. Il s'agirait « *de recourir au critère du danger, qui est plus logique et plus efficace. Il est vrai que seules deux situations peuvent être présentées. Il existe une situation de danger et le juge des enfants*

[933] CA Paris, 27 mars 2008, 24e chambre, RG 07/00663.
[934] Au moment de la proposition, il s'agissait du juge aux affaires matrimoniales. Mais les données du problème étaient les mêmes.
[935] J-C. GROSLIERE note sous CA Dijon, 23 janvier 1981, *D.* 1981, p. 344 : *« Pourquoi ne pas faire du JAM le juge de l'assistance éducative dans le cadre de l'après divorce ? Cela aurait l'avantage d'éliminer des conflits de compétence tels que ceux de l'espèce (...) ».*

est compétent ; ou alors, il n'y a pas de danger, et il est incompétent »[936]. Cependant, le législateur maintient les règles de l'article 375-3 alinéa 2 du Code civil qui tentent d'aménager une place aux deux juges.

398. Une suggestion d'amélioration.- Il peut être toutefois être suggéré la suppression au sein de l'alinéa 2 de l'article 375-3 du Code civil des termes : *« Elles ne peuvent faire obstacle à la faculté qu'aura le juge aux affaires familiales de décider, par application de l'article 373-3, à qui l'enfant devra être confié ».* En effet, cela complique la compréhension de l'articulation des compétences du juge aux affaires familiales et du juge des enfants. Si les objectifs respectifs de l'office des deux juges sont clairs, cette règle est inutile.

Paragraphe 2. Le conflit réel dans le contentieux impliquant des tiers : la fixation du droit de visite des tiers par rapport à un enfant placé

399. La problématique.- Un conflit de compétence peut apparaître entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants au sujet de la question des droits de visite[937] des tiers, notamment des grands-parents, lorsque l'enfant fait l'objet d'une mesure de placement[938] dans le cadre d'une procédure d'assistance éducative. Il s'agit ici de l'hypothèse où le tiers, quelle qu'en soit la raison[939], se voit empêché d'avoir des relations avec le mineur. Pour fixer leur droit de visite, les tiers doivent-ils s'adresser au juge aux affaires familiales ou au juge des enfants[940] ? S'il existe plusieurs réponses à cette question (A), la Cour de cassation semble privilégier la compétence du juge des enfants (B).

---

[936] S. BERNIGAUD, note sous Cass., 1e civ., 23 février 1994, *JCP éd. G,* 1994, II, 22341, p. 408.

[937] Il peut s'agir également des droits d'hébergement. *Cf.,* A. GOUTTENOIRE-CORNUT, P. MURAT, L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant, *Dr. fam*., 2003, Chron., 1, p. 4 : *« Le nouvel article 371-4 alinéa 2 du Code civil envisage par ailleurs plus largement les relation entre l'enfant et les tiers, sans restreindre celles-ci au droit de correspondance ou de visite de l'ancien texte. Cette formulation permet notamment au juge d'accorder un droit d'hébergement au tiers ou d'envisager tout autre mode de relations ».*

[938] La condition de placement est nécessaire. En dehors de cette hypothèse, la question de compétence ne se pose pas. Le juge aux affaires familiales est compétent sur le fondement de l'article 371-4 du Code civil.

[939] Il peut s'agir du refus des parents qui restent titulaires de l'autorité parentale. Il peut s'agir également de l'hypothèse dans laquelle le service, à qui l'enfant a été confié, oppose un refus à la demande d'un droit de visite par un tiers, alors que les parents sont d'accord.

[940] Différents patriciens invitent à minimiser le volume d'intervention judiciaire en ce domaine. *Cf.,* P. DESLOGES, *art. cit., supra note* 910, p. 533 : *« Dans bon nombre de situations de placement, les relations de l'enfant avec l'extérieur sont gérées quotidiennement par le service de placement. En effet, si les parents conservent leur autorité parentale, « la personne à qui l'enfant a été confié accomplit tous les actes usuels relatifs à la surveillance et à son éducation » (...). Les actes de la vie courante (...) sont donc autorisés par le service ou la personne qui s'est vue confier l'enfant, sans obligation (...) de consultation systématique des parents. Pour les autres types de relations qui semblent dépasser l'acte usuel (...), il n'est pas anormal de penser*

A. Les différentes solutions

400. La compétence exclusive du juge des enfants et ses fondements.- Différentes décisions des juridictions du fond ont reconnu la compétence du juge des enfants pour fixer le droit de visite des tiers. Au soutien de cette compétence, trois articles du Code civil ont pu être invoqués. Certaines décisions visent l'article 375-7 alinéa 4[941] qui énonce que *« s'il a été nécessaire de confier l'enfant à une personne ou un établissement, ses parents conservent un droit de correspondance ainsi qu'un droit de visite et d'hébergement. Le juge en fixe les modalités et peut, si l'intérêt de l'enfant l'exige, décider que l'exercice de ces droits, ou l'un d'eux, est provisoirement suspendu. Il peut également décider que le droit de visite du ou des parents ne peut être exercé qu'en présence d'un tiers désigné par l'établissement ou le service à qui l'enfant a été confié ».* La Chambre des mineurs de la Cour d'appel de Versailles, le 18 décembre 1987[942], s'appuie sur cet article pour attribuer un droit de visite à la grand-mère maternelle. Cependant, l'article 375-7 alinéa 4 ne concerne que les relations de l'enfant avec ses parents. Rien dans cet article ne permet de penser que le juge des enfants puisse mettre en place un droit de visite pour les tiers. Ainsi, un arrêt de la Cour d'appel de Nîmes[943] qui reconnaît la compétence du juge aux affaires familiales énonce qu'*« attendu que les dispositions de l'article 375-7 du Code civil donnent compétence au juge des enfants pour statuer sur la réglementation du droit de visite des mineurs placés hors de chez ses parents, cette compétence, exclusive en matière d'assistance éducative, ne vise que les parents de l'enfant au sens strict, à savoir les père et mère puisqu' aussi bien l'alinéa premier de cet*

---

que ces décisions appartiennent d'abord aux parents, comme lorsque leur enfant est à leur côté. Nul besoin, une fois encore, d'une décision judiciaire si les parents y sont favorables, tout comme le service gardien garant de la sécurité de l'enfant » ; M. HUYETTE, note sous Cass., 1e civ., 9 juin 2010, *D.* 2010, p. 2343 : *« En assistance éducative, l'indication que les parents conservent leur autorité parentale et continuent à exercer tous les attributs qui ne sont pas inconciliables avec la mesure n'implique pas que leur accord soit sollicité à tort et à travers. Les éducateurs ne les contactent pas pour leur demander, par exemple, s'ils acceptent que leur enfant se rende quelques heures pour un goûter chez un camarade de classe, dont les parents qui le reçoivent sont pourtant des « tiers » qui le « rencontrent ». Cette disposition de l'article 375-7 du Code civil a pour objectif d'associer autant que possible les parents, mais seulement quand il s'agit de décisions essentielles en matière notamment de santé, d'orientation scolaire ou professionnelle importante, de religion ».*

[941] Certaines décisions font référence à l'alinéa 2 de 375-7 du Code civil. Il s'agit en réalité de la même référence car dans son ancienne rédaction les dispositions de l'alinéa 4 étaient présentes à l'alinéa 2 qui indiquait que *« s'il a été nécessaire de placer l'enfant hors de chez ses parents, ceux-ci conservent un droit de correspondance et un droit de visite. Le juge en fixe les modalités et peut même, si l'intérêt de l'enfant l'exige, décider que l'exercice de ces droits, ou de l'un deux sera provisoirement suspendu ».*

[942] CA Versailles, ch des mineurs, 18 décembre 1987, Juris-Data n° 1987-048279.

[943] CA Nîmes, 7 mars 1995, Juris-Data n° 1995-030011.

article ne concerne que l'un ou l'autre, et que le terme de parents utilisés à l'alinéa deux[944] *ne saurait s'étendre à l'ensemble de la parenté au sens large ».* Un autre article a été utilisé pour justifier la compétence du juge des enfants. Il s'agit de l'article 375-2 alinéa 3[945] qui énonce que *« le juge peut aussi subordonner le maintien de l'enfant dans son milieu à des obligations particulières, telles que celles de fréquenter régulièrement un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé, le cas échéant sous régime de l'internat ou d'exercer une activité professionnelle ».* Ces obligations particulières pourraient aisément comprendre des relations avec les tiers. Mais cet article semble être lié au maintien de l'enfant dans son milieu actuel et ne peut donc être étendu à la situation d'une enfant faisant l'objet d'une mesure de placement[946]. La Cour d'appel de Paris, quant à elle[947], fonde son raisonnement sur l'article 375-1 alinéa 1[948] qui énonce que *« le juge des enfants est compétent, à charge d'appel pour tout ce qui concerne la procédure d'assistance éducative ».* Deux conséquences en découlent. En premier lieu, l'article 375-1 alinéa 1 est reconnu comme étant un texte spécial dérogeant à la règle générale posée par l'article 371-4 du Code civil. En second lieu, même si dans l'article 375-7 rien n'est prévu pour les droits de visite des tiers, le juge des enfants étant compétent pour le placement des enfants, il l'est donc pour toutes les

[944] *Cf., supra* note 941.

[945] CA Aix en Provence, ch. des mineurs, 3 octobre 2003. Disponible sur www.huyette.net : *« Il (le juge des enfants) tient également des articles 375-4 et 375-2 du Code civil la possibilité d'assortir les mesures d'assistance éducative ordonnées de modalités ou d'obligations particulières, telles des rencontres régulières avec des tiers dont la place auprès de l'enfant pendant la durée de la mesure lui paraît nécessaire pour assure l'efficacité de celle-ci »* ; CA Toulouse, 19 janvier 2007 (Annexe 74), in V. NORGUIN, La répartition des compétences entre le juge des enfants et le juge aux affaires familiales en matière de droit de visite et d'hébergement des tiers (en particulier les grands-parents), lorsque les mineurs font l'objet de mesures de placement dans le cadre de l'assistance éducative, *BICC, 15 janvier 2009,* p. 71 : *« Dans les cas où l'enfant est confié à une personne ou à un service hors de son milieu actuel, le juge des enfants peut, sur le fondement des articles 375-4 et 375-2, subordonner le maintien ou la remise de l'enfant à l'obligation d'organiser des rencontres avec un membre de la famille, si cela correspond à l'intérêt de l'enfant. En l'espèce, les relations de l'enfant avec son père et sa mère étant très limitées ; il est de l'intérêt de l'enfant de lui permettre d'avoir quelques relations avec sa tante maternelle et de subordonner son placement à l'organisation, par le service de placement de rencontre entre l'enfant et sa tante maternelle, au rythme d'une fois par mois ».*

[946] P. CHAILLOU, *art. cit., supra* note 824, p. 222.

[947] CA Paris, 4 septembre 2007 (Annexe n°63) ; CA Paris, 20 mai 2008 (Annexe n° 64) in V. NORGUIN, *art. cit., supra* note 945, p. 69.

[948] Le raisonnement est présenté par Pierre CHAILLOU, en connaissance de cause, puisqu'au moment de la rédaction de l'article, il est président de la 24ième chambre, section B de la Cour d'appel de Paris dans l'article de P. CHAILLOU, *art. cit., supra* note 824, p. 223. l'auteur précise que *« la chambre des mineurs de la Cour d'appel de Paris, qui n'a jamais méconnu l'article 371-4 du Code civil et la compétence de droit commun du juge aux affaires familiales en la matière, décide depuis longtemps et avec constance, (…) que le juge des enfants est compétent, lorsqu'il y a placement décidé par le juge des enfants, pour statuer sur le droit de visite et d'hébergement des tiers ».*

mesures accessoires dont le droit de visite, *« et ce à titre de mesure de sûreté ou de police «* [949].

401. La compétence exclusive du juge aux affaires familiales et ses fondements.- Juridiquement, la disposition à retenir est l'article 371-4 du Code civil qui reconnaît une compétence au juge aux affaires familiales. En effet, elle énonce que *« l'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit. Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables »*[950]. L'article 371-4 permet de saisir le juge aux affaires familiales pour fixer les relations de l'enfant avec le tiers, par exemple pour établir un droit de visite et d'hébergement[951]. Que l'enfant soit placé ou non, le droit de fixer les droits de visite des tiers et notamment des grands parents relève de la compétence du juge aux affaires familiales[952]. Cela a été constaté dans différentes décisions de justice[953]. Ainsi la Cour d'appel de Grenoble dans un arrêt du 2 mars 2001[954] rappelle que *« quelle que soit la personne qui héberge le mineur, et même lorsque celui-ci est confié à un tiers par le juge des enfants, seul le juge aux affaires familiales est compétent pour réglementer les droits des grands parents en application de l'article 371-4 du Code civil, aucun texte ne transférant cette attribution au juge des enfants ».* La Cour d'appel de Caen, dans un arrêt du 8 mars 2007[955], énonce dans le même sens *qu' « il n'appartient pas au juge des enfants d'accorder directement à un grand-parent des droits de visite opposables au titulaire de l'autorité parentale. L'article 375-7 du Code civil, qui régit la situation du mineur en cas de placement de celui-ci hors du domicile de ses parents et concerne le droit de visite de ceux-ci, doit être interprété strictement. Les*

[949] P. CHAILLOU, *art. cit., supra* note 824, p. 223.
[950] Texte de l'article 371-4 du Code civil tel que modifié par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe.
[951] *Cf., supra* note 937.
[952] Dans ce cas le juge aux affaires familiales ne peut prendre des mesures d'assistance éducative pour faciliter l'exercice d'un tel droit de visite. *Cf.,* Cass., 1e civ., 10 mai 1995, RTD*Civ.,* 1995, p. 614, note J. HAUSER.
[953] CA Nîmes, 7 mars 1995, Juris- Data n° 1995-030011. *Adde*, CA Riom, 19 décembre 2006 (Annexe 58), CA Riom, 6 mars 2007, (Annexe 59), CA Riom, 13 février 2007, (Annexe 61), CA Riom, 11 décembre 2007 (Annexe 62) in V. NORGUIN, *art. cit., supra* note 945, p. 66.
[954] CA Grenoble, ch. des mineurs, 2 mars 2001. Disponible sur www.huyette.net.
[955] CA Caen 8 mars 2007, (Annexe 75) in V. NORGUIN, *art. cit., supra* note 945, p. 71.

grands-parents disposent, à cet égard, de la faculté de saisir le juge aux affaires familiales sur le fondement de l'article 371- 4 du Code civil ».

402. Les compétences concurrentes du juge aux affaires familiales et du juge des enfants.- Un autre courant, refusant une compétence exclusive de l'une ou de l'autre juridiction, distribue la compétence en fonction de l'attitude des titulaires de l'autorité parentale. Si ceux-ci s'opposent au droit de visite du tiers, ce dernier ne pourra que saisir le juge aux affaires familiales. Au contraire, en cas d'accord des parents, et si le droit de visite présente un danger, le juge des enfants serait compétent. Ainsi, selon la Cour d'appel de Toulouse, dans un arrêt du 18 janvier 2008[956], *« si le juge aux affaires familiales a compétence pour fixer le droit de visite et d'hébergement des membres de la famille ou des tiers, le juge des enfants qui a ordonné le placement de l'enfant reste néanmoins compétent sur le fondement de l'article 375-1 du code civil lorsque les parents titulaires de l'autorité parentale donnent leur accord au service gardien afin que les grands-parents exercent un droit de visite et d'hébergement et que la mise en œuvre d'un tel droit expose l'enfant concerné à une situation de danger ».*

B. La compétence du juge des enfants reconnue par la Cour de cassation

403. La position de la Cour de cassation : l'arrêt de la 1ère Chambre civile du 9 juin 2010[957].- Dans un premier temps, la Cour de cassation a pu laisser penser qu'elle était favorable à la compétence du juge aux affaires familiales reconnaissant ainsi l'incompétence du juge des enfants. En effet, un arrêt de du 22 octobre 2002[958] énonçait *« que l'article 375-7 du Code civil n'est pas applicable en la cause, s'agissant du droit de visite d'une grand-mère ».* Mais il était aussi envisageable de supposer que la Cour de cassation ne fondait pas la compétence du juge des enfants sur l'article 375-7 du Code civil. Si quelques doutes pouvaient exister quant à l'interprétation de la solution de la Cour de cassation, sa décision du 9 juin 2010 les a balayés. Elle est favorable à la seule compétence du juge des enfants. En

[956] CA Toulouse, 18 janvier 2008 (Annexe 67), in V. NORGUIN, *art. cit., supra* note 945, p. 69.
[957] Cass., 1e civ., 9 juin 2010, *D.* 2010, p. 2092, note N. AUROY et p. 2343, note M. HUYETTE, RTD*Civ.,* 2010, p. 546, note J. HAUSER, *LPA,* 2011, n° 107, p. 17, note D. AUTEM, *AJ fam.,* 2010, p. 325, note E. DURAND ; *D.* 2011, p. 2000, note A. GOUTTENOIRE ; *RLDC,* septembre 2010, p. 46, note E. POULIQUEN ; *RJPF*, octobre 2010, p. 28, note F EUDIER.
[958] Cass., 1e civ., 22 octobre 2002, *RJPF*, février 2003, p. 23, note A-M. BLANC.

l'espèce, un enfant avait fait l'objet d'une mesure de placement. Son grand-oncle et sa grand-tante avaient formulé une demande de droit de visite auprès du juge des enfants alors que le père de l'enfant s'y opposait. La Cour d'appel de Rouen, dans une décision du 17 février 2009, déclare leur demande irrecevable. Elle développe un raisonnement qui introduit la notion d'accord des parents. En effet, la Cour énonce que *« le juge des enfants est compétent pour accorder à la famille élargie un droit de visite lorsqu'il ordonne le placement d'un mineur (...). En revanche, en cas d'opposition des parents (...) ; il appartient aux ascendants de saisir le juge aux affaires familiales qui statuera dans l'intérêt de l'enfant ».* Les grand-oncle et tante forme un pourvoi en soulevant notamment la violation de l'article 375-1 du Code civil. La Cour de cassation opère une cassation de l'arrêt au visa des articles 371-4, alinéa 2, 375-1 et 375-7 alinéa 1 du Code civil. Sa décision est exprimée clairement dans un motif de principe qui affirme que *« si le juge aux affaires familiales est en principe compétent pour fixer, dans l'intérêt de l'enfant, les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, le juge des enfants est seul compétent, en cas de placement, pour statuer sur ces modalités ».* Elle privilégie ainsi la compétence exclusive du juge des enfants, au détriment de celle du juge aux affaires familiales lorsque l'enfant fait l'objet d'une mesure de placement, et ceci même si la demande de droit de visite ne constitue pas en elle-même une situation de danger. Il convient de s'intéresser aux articles du Code civil que la Cour de cassation invoque. L'article 371-4 alinéa 2, dans sa version antérieure à la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, énonce que *« si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non ».* L'article 375-1 prévoit que *« le juge des enfants est compétent, à charge d'appel, pour tout ce qui concerne l'assistance éducative. Il doit toujours s'efforcer de recueillir l'adhésion de la famille à la mesure envisagée et se prononcer en stricte considération de l'intérêt de l'enfant ».* Enfin, l'article 375-7 alinéa 1er indique que *« les père et mère de l'enfant bénéficiant d'une mesure d'assistance éducative continuent à exercer tous les attributs de l'autorité parentale qui ne sont pas inconciliables avec cette mesure. Ils ne peuvent, pendant la durée de cette mesure, émanciper l'enfant sans autorisation du juge des enfants ».*

404. Une décision ferme justifiée par l'efficacité.- La Cour de cassation affirme de manière claire la compétence du juge des enfants. Elle ne s'embarrasse pas d'une distinction fondée sur l'accord ou non des parents. L'argument de la simplicité et de l'efficacité est

retenu[959]. D'ailleurs, pour éviter que la compétence d'attribution soit déterminée par le degré de complexité de la procédure, il est proposé de modifier l'article 1180 du Code de procédure civile[960], afin que les demandes formées par les grands-parents ne soient pas soumises aux règles de procédure en matière contentieuse. Pour cela, il faudrait enlever la référence à l'article 371-4 du Code civil dans l'article 1180 du Code de procédure civile. Ainsi, l'article 1180 ne serait plus rédigé ainsi : *« Les demandes formées en application de l'article 371-4 et de l'alinéa 2 de l'article 373-3 du Code civil obéissent aux règles de la procédure en matière contentieuse applicable devant le tribunal de grande instance ; elles sont jugées après avis du ministère public »,* mais de la manière suivante « *Les demandes formées en application de l'alinéa 2 de l'article 373-3 du Code civil obéissent aux règles de la procédure en matière contentieuse applicable devant le tribunal de grande instance ; elles sont jugées après avis du ministère public »* . Que faut-il penser de cette proposition ? Il convient de noter que même dans cette hypothèse, la saisine du juge des enfants sera plus simple. Cependant, le caractère d'efficacité et de simplicité a un revers. En effet, la mesure mise en place par le juge des enfants est provisoire. Une fois le danger disparu, la mesure mise en place par le juge des enfants sera caduque et il faudra alors saisir le juge aux affaires familiales[961].

405. Le raisonnement de la Cour de cassation.- Si l'argument de l'efficacité ne peut emporter l'adhésion, il convient de se demander si le raisonnement mis en place par la Cour de cassation met fin aux hésitations des juridictions du fond. En d'autres termes, l'argumentation développée par la Cour de cassation ne supporte-t-elle aucune contradiction ? Rien n'est moins sûr car si la position de la Cour de cassation est ferme, il est difficile de

---

[959] E. DURAND, note sous Cass., 1e civ., 9 juin 2010, arrêt *cit., supra* note 957, p. 326 : *« L'intérêt pratique pour les familles comme pour les services éducatifs est aisément perceptible »* ; P. CHAILLOU, *art. cit., supra* note 824, p. 224 : *« En résumé, vaut-il mieux, pour le justiciable et notamment pour l'enfant une solution parfaitement orthodoxe sur le plan juridique mais qui présente des inconvénients certains en termes de lourdeur, de complexité et de lenteur ou une solution, peut être un peu moins orthodoxe mais plus rapide, plus accessible, plus souple et plus efficace ».*

[960] C. ROTH, *art. cit., supra* note 838, p. 431 : *« Il suffirait par un simple décret, d'ôter dans l'article 1180 du Code de procédure civile les six petits mots qui font référence à l'article 371-4 du Code civil pour que l'affaire puisse être jugée conformément à l'article 1137, c'est-à-dire en pratique selon une procédure orale, introduite par requête. Peut-être pourrait-on à cette occasion renoncer au caractère obligatoire de l'avis du ministère public ».*

[961] M. HUYETTE, note sous Cass., 1e civ., 9 juin 2010, *D.* 2010, p. 2344 : *« Il est beaucoup plus intéressant pour le tiers de saisir le JAF plutôt que le juge des enfants. En effet, une fois le danger familial disparu et l'enfant revenu au domicile de ses parents, la procédure d'assistance éducative est close et, juridiquement, toutes les décisions du juge des enfants prennent fin. Cela signifie que si le tiers, qui a repris contact avec l'enfant pensant l'éloignement de celui-ci grâce à la décision du juge des enfants, se heurte à un nouveau refus des parents une fois l'enfant revenu chez eux, il va devoir lancer une nouvelle procédure, cette fois-ci devant le JAF ».*

déceler le raisonnement ayant conduit à cette décision. Les articles 371-4 alinéa 2 et 375-1 alinéa 1, utilisés comme visa par la Cour de cassation, laissent supposer que la position développée dans les arrêts de la Cour d'appel de Paris[962] a été consacrée par la Cour de cassation[963]. Etant donné que la compétence du juge des enfants est retenue, l'article 375-1 alinéa 1 est considéré comme une règle spéciale dérogeant au caractère général de l'article 371-4 alinéa 2. La Cour de cassation a, à partir du placement, identifié le danger qui conduit à la compétence du juge des enfants. Ensuite, le juge des enfants est compétent à titre accessoire pour statuer sur les droits de visite, entendu comme une modalité de la mesure de placement[964]. La Cour de cassation ajoute un article dans le cœur du visa, article jusqu'à présent inutilisé pour reconnaître la compétence du juge des enfants. Il s'agit de l'article 375-7 alinéa 1. Cet article précise que les parents conservent tous les attributs de l'autorité parentale qui ne sont pas inconciliables avec la mesure d'assistance éducative. Pour comprendre l'utilisation de cet article au soutien de la compétence du juge des enfants, il faudrait conclure, qu'en notre hypothèse, la question de l'autorité parentale est écartée et, par conséquent, la compétence du juge aux affaires familiales également. Comment arriver à cette conclusion ? Deux interprétations sont possibles. Dans un premier temps, il est possible de considérer que la fixation d'un droit de visite ne serait pas une prérogative conciliable avec la mesure d'assistance éducative de placement[965]. Or, cela serait contraire à l'esprit de l'assistance

[962] *Cf., supra* par. n° 400.

[963] Il est important de relever que P. CHAILLOU faisait partie de la première chambre civile qui a pris cette décision.

[964] Dans ce sens, M. HUYETTE , note sous Cass., 1e civ., 9 juin 2010, *D.* 2010, p. 2345 : *« La (...) solution, retenue par la cour de cassation, consiste à privilégier les termes du 1er alinéa de l'article 375-1 et à considérer que puisque le juge des enfants traite de « tout ce qui concerne l'assistance éducative, n'importe quel litige apparaissant en cours d'exécution d'une mesure de protection relève automatiquement de sa compétence »* ; P. CHAILLOU, *art. cit., supra* note 824, p. 223 ; J. HAUSER, note sous Cass., 1e civ., 9 juin 2010, *arrêt cit., supra* note 957; N. AUROY, note sous Cass., 1e civ., 9 juin 2010, arrêt *cit., supra* note 957, p. 2093 : *« la Cour de cassation n'a fait que prévaloir l'application d'un texte spécial sur un texte général. Elle a ainsi clairement signifié que la situation de danger et l'exigence de protection de l'enfant ayant motivé une telle mesure justifiaient que, dans l'intérêt de l'enfant, le magistrat spécialisé connaisse, dans le cadre de ses attributions en matière d'assistance éducative, des demandes relatives au droit de visite et d'hébergement des tiers »* ; A. GOUTTENOIRE, note sous Cass., 1e civ., 9 juin 2010, arrêt *cit., supra* note 957 , p. 2000 : *« Le droit de visite demandé par un tiers est ainsi considéré par la Cour comme une mesure consécutive au placement qui s'intègre dans un ensemble plus général pour lequel le juge des enfants est compétent ».*

[965] F. EUDIER, note sous Cass., 1e civ., 9 juin 2010, arrêt *cit., supra* note 957, p. 29 : *« Le visa de l'article 375-7, alinéa 1er du Code civil pourrait signifier que le droit d'autoriser les relations de l'enfant avec ses ascendants ou un tiers peut, dans certains cas, constituer un attribut de l'autorité parentale « inconciliable » avec la mesure d'assistance éducative. L'article 375-7, alinéa 5 du Code civil n'étant pas applicable, le juge des enfants doit fixer lui-même les modalités du droit de visite et d'hébergement »* ; A. GOUTTENOIRE, note sous Cass., 1e civ., 9 juin 2010, arrêt *cit., supra* note 957, p. 2000 : *« La Cour de cassation se réfère également, dans son visa, à l'article 375-7, alinéa 1er, du Code civil (...). En visant ce texte, la Cour de cassation a sans doute voulu*

éducative qui est bien de conserver l'autorité parentale[966]. Dans un second temps, la fixation des droits de visite des tiers pourrait ne plus être perçue comme une prérogative parentale mais comme *« un droit propre*[967] *de l'enfant à entretenir des relations personnelles avec des tiers privilégiés ».* Cependant, même si la relation de l'enfant avec le tiers est considérée comme un droit propre de l'enfant[968], pour le faire valoir, la compétence du juge aux affaires familiales ne peut être écartée aussi facilement. Ainsi, l'utilisation de l'article 375-1 du Code civil n'emporte pas totalement l'adhésion dans son objectif de justification de la compétence du juge des enfants.

406. Une portée incertaine.- Les différentes interprétations de la solution de la Cour de cassation illustrent la fragilité de la portée de la décision. A titre d'illustration, la Cour d'appel de Caen, dans une décision du 20 janvier 2011[969], ne met pas en œuvre la solution de la Cour de cassation. En l'espèce, un couple a deux enfants qui font l'objet de mesures de placement. Les parents interjettent appel d'une décision d'un juge aux affaires familiales accordant un droit de visite aux grands-parents maternels. Les parents s'opposent à ce droit de visite et soulèvent l'incompétence du juge aux affaires familiales au bénéfice du juge des enfants. La cour d'appel de Caen n'accueille pas leur exception d'incompétence, et ceci en se fondant sur les mêmes articles que ceux utilisés par la Cour de cassation dans sa décision du 9 juillet 2010[970]. La Cour d'appel de Caen énonce que si le juge des enfants avait pu organiser les relations des grands-parents avec les enfants faisant l'objet de mesures de placement, dès que les parents s'opposaient, *« il appartenait au juge des affaires familiales saisi, conformément*

---

signifier que dès lorsque l'enfant est placé, ses relations avec son entourage ne relèvent plus des prérogatives parentales ».

[966] A. KIMMEL-ALCOVER, L'assistance éducative et les parents du mineur : entre confiance et défiance, *RDSS*, 2013, p. 132.

[967] V. BONNET, *op. cit. supra* note 22, p. 135: *« La loi du 4 mars 2002 fait des relations avec les ascendants (...) un droit de l'enfant »* ; A. GOUTTENOIRE, Le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses grands-parents, *AJ fam.,* 2008, p. 138 ; N. REXAND-POURIAS, Les relations entre grands-parents et petits-enfants depuis la loi du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale, *JCP éd. G,* 2003, 1, 100, n° 2 ; P. SALVAGE-GEREST, *JCl Proc. civ., cit., supra* note 825, n° 33 : *« Les relations entre les grands-parents (plus généralement les ascendants (...)) et les petits-enfants sont présentées désormais comme un droit de l'enfant »*; n° 34 : *« Avec la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, les parents paraissent avoir largement perdu le droit de surveiller les relations de leurs enfants avec les tiers autres que les grands-parents »*.

[968] Pour une critique de la reconnaissance d'un droit propre de l'enfant : M-L. CICILE-DELFOSSE, *op. cit., supra* note 144, p. 245 et ss.

[969] CA Caen, chambre 1, section 3, 20 janvier 2011, RG 09/02641.

[970] Il s'agit des articles 371-4, 375-1 et 375-7 du Code civil. (Dans l'arrêt, il est noté 375-4 mais cela ne peut être qu'une faute de frappe car il est inscrit qu'aux termes de l'article 375-4 du Code civil, les père et mère *« continuent à exercer tous les attributs de l'autorité parentale qui ne sont pas inconciliables avec cette mesure »*.)

aux dispositions de l'article 371-4 du Code civil, de vérifier quel était l'intérêt de l'enfant au regard du droit de celui-ci d'entretenir des relations avec ses grands-parents, ici, les grands parents maternels, pour fixer les modalités de l'exercice de ce droit : l'existence d'une mesure d'assistance éducative, alors qu'aucune disposition législative n'accorde de ce seul fait au juge des enfants une compétence exclusive, impose seulement que la décision du juge aux affaires familiales soit prise sous réserve des décisions éventuellement pertinentes du juge des enfants ».

407. Des questions non résolues.- De plus, la solution de la Cour de cassation n'apporte pas de réponse à tous les questionnements. Il convient de se demander quelle solution est à envisager lorsqu'un droit de visite a été préalablement fixé par le juge aux affaires familiales. Le juge des enfants peut-il le suspendre, le supprimer en cas de danger ? Ou faut-il également un élément nouveau au sens de l'article 375-3 alinéa 2[971] ? En d'autres termes, les conditions de l'article 375-3 alinéa trouvent-elles à s'appliquer à notre hypothèse ? Il nous semble que non car les mesures que le juge des enfants peut prendre dans cette situation doivent être limitées aux mesures de placement[972]. En outre, l'article 375-3 alinéa 2 semble limité aux hypothèses dans lesquelles le juge aux affaires familiales doit statuer dans le cadre de la séparation des parents alors que la demande du tiers n'est pas forcément liée à une procédure judiciaire de rupture des parents. Une interprétation stricte des dispositions permettrait de limiter les compétences des deux juges et d'empêcher ainsi un empiètement du juge des enfants sur les compétences du juge aux affaires familiales.

408. Une consécration législative ?.- Mettre en avant la compétence du juge des enfants c'est privilégier l'argument de l'efficacité au détriment des principes juridiques. Ainsi, le juge des enfants prend encore plus de place dans le domaine de l'autorité parentale. D'autant plus

---

[971] D. AUTEM, note sous Cass., 1e civ., 9 juin 2010, arrêt *cit., supra* note 957, p. 17 et ss : *« Si le juge aux affaires familiales a préalablement arrêté les modalités du droit de visite des tiers, le juge des enfants serait compétent dans les conditions habituelles. Or lorsque le juge aux affaires familiales a statué sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, l'enfant ne peut être confié à un tiers au titre de l'assistance éducative que si « un fait nouveau de nature à entraîner un danger pour le mineur [se] révèl[e] postérieurement à la décision », c'est-à-dire en cas de danger postérieur à la décision. Même si, à l'origine, l'article 375-3, alinéa 2 du Code civil ne visait que le divorce, le critère de répartition avait déjà vocation à s'appliquer, par analogie, à la séparation de parents non mariés, avant d'être consacré, assez maladroitement, par la loi du 5 mars 2007. Ce critère est a priori étendu aux autres chefs de compétence du juge aux affaires familiales telle la fixation des modalités des relations personnelles des tiers avec le mineur. Le juge des enfants ne serait compétent pour modifier ou supprimer le droit de visite des tiers que s'il s'avère, au regard d'un fait nouveau, que l'exercice de ce droit met l'enfant en danger ».*

[972] *Cf., supra* par. n° 289.

qu'il est envisageable que cette compétence, non fondée sur un texte, puisse rencontrer une consécration législative prochaine, telle la compétence acquise en matière d'autorisation pour les tiers pour des actes relevant de l'autorité parentale.

Conclusion de la Section 2

409. Des conflits multiples entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants.- La multiplicité des hypothèses de conflits de compétence d'attribution entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants démontre que la question des limites entre ces deux compétences est récurrente. Elle illustre la difficulté de notre société à poser la limite entre le fonctionnement normal de la famille et ce qui ressort de la protection d'un de ses membres, en l'occurrence l'enfant.

410. Une préférence donnée au juge des enfants.- Lorsqu'il s'agit d'un choix à faire entre la compétence du juge des enfants et celle du juge aux affaires familiales, la solution apportée à ces conflits démontre la faveur de la Cour de cassation pour le juge des enfants. Cependant, élargir les compétences du juge des enfants brouille les frontières entre la protection de l'enfant et le fonctionnement de la famille. Il est rappelé *« que le juge des enfants ne peut être compétent pour statuer sur toutes les questions familiales dès lors qu'il existe une mesure éducative ; sa compétence doit être strictement délimitée afin de garantir la cohérence de l'assistance éducative et d'assurer la protection de l'enfant ainsi que l'exercice adapté par les parents de leur autorité parentale »*[973].

411. Une amélioration proposée.- Si la modification des articles ne peut être l'assurance d'éviter les conflits de compétence d'attribution entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants, la suppression au sein de l'alinéa 2 de l'article 375-3 des termes *« Elles ne peuvent faire obstacle à la faculté qu'aura le juge aux affaires familiales de décider, par application de l'article 373-3, à qui l'enfant devra être confié »* peut toutefois être proposée.

[973] E. DURAND, note sous Cass., 1e civ., 9 juin 2010, arrêt *cit., supra* note 957, p. 326.

Conclusion du Chapitre 1

412. L'importance du droit substantiel.- Au terme de l'étude des conflits entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants dans le domaine de l'autorité parentale relative à la personne de l'enfant, nous pouvons conclure que ces conflits existent et qu'ils sont, pour la plupart, réels. La principale clef pour les comprendre se trouve dans le droit substantiel. En effet, le juge aux affaires familiales statue sur l'autorité parentale, en établissant les fondements et les modifications de la relation parentale. Le juge des enfants, quant à lui, intervient lorsque la façon dont l'autorité parentale est exercée aboutit à un danger pour l'enfant. Les deux juges traitent ainsi de la même matière, mais pas de la même manière. La finalité de l'intervention dans le contentieux de l'exercice de l'autorité parentale, de la compétence du juge aux affaires familiales, est *« la préservation de l'intérêt de l'enfant dans les litiges parentaux et familiaux »*[974]. Alors que la finalité de l'intervention dans le cadre de l'assistance éducative, de la compétence du juge des enfants, est *« la protection de l'enfant en danger »*[975]. Par conséquent, comme les deux juges ont affaire à l'autorité parentale, même si quelques améliorations techniques peuvent être apportées[976], les conflits resteront au cœur de la relation entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants.

413. Un rapprochement des fonctions des deux juges.- Malgré cette difficulté, et afin de tenter de maintenir la distinction entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants, il faudrait éviter la mise en place de compétences en matière d'autorité parentale pour le juge des enfants et privilégier, au contraire, sa compétence en matière de danger. En effet, le juge des enfants devient un concurrent important dans le cœur même de l'autorité parentale, celle relative à la personne de l'enfant. Ainsi, affirmer que *« le juge des enfants est juge de l'autorité parentale en concurrence avec le juge des affaires familiales*[977] *»* est une réalité jurisprudentielle confortée désormais par le législateur. Dans une moindre mesure, le juge aux affaires familiales empiète également sur le domaine du juge des enfants puisque avec

---

[974] L. GEBLER, Approche comparée des procédures familiales impliquant l'enfant mineur : juge aux affaires familiales, juge des enfants et juge des tutelles, *AJ fam.,* 2009, p. 477.
[975] L. GEBLER, *art. cit., supra* note 974, p. 477.
[976] *Cf., supra* par. n° 411. Nous faisons la proposition de supprimer au sein de l'alinéa 2 de l'article 375-3 du Code civil les termes suivants: *« Elles ne peuvent faire obstacle à la faculté qu'aura le juge aux affaires familiales de décider, par application de l'article 373-3, à qui l'enfant devra être confié »*.
[977] O. SAUTEL, « L'autorité parentale et le juge des enfants » in C. ALBIGES (dir.), *op. cit., supra* note 109, p. 103.

l'insertion du danger dans les dispositions qui lui sont consacrées, il se voit attribuer une fonction de protection du mineur, bien qu'il n'ait aucune compétence en matière d'assistance éducative. Ces rapprochements entre les deux juges, dans leur compétence et leur fonction, sont à limiter, afin d'éviter la création de conflits de compétence d'attribution.

414. Les enseignements des conflits de compétence d'attribution.- Il y a lieu également de se demander quels sont les enseignements à tirer de ces conflits. En effet, *« les limites entre la protection de l'enfance et le fonctionnement de la famille sont délicates et les questions de procédure y sont, peut-être, plus révélatrices que les débats théoriques sur le fond »*[978]. Le domaine étudié est un domaine sensible car il concerne la protection des enfants. Ainsi le raisonnement juridique s'affaiblit et le critère du danger devient l'unique critère pris en compte, appelant la compétence du juge des enfants. Les conflits réels de compétence naissent parce qu'un raisonnement juridique suppose la compétence d'un juge tandis que l'efficacité et l'urgence de la situation concluent à la compétence d'un autre. A ce jeu de l'efficacité, le juge des enfants est souvent gagnant. En outre, la compétence du juge des enfants est préférée à celle du juge aux affaires familiales car elle correspond mieux à la fonction de contrôle de l'autorité parentale[979], qui devient dans notre société une fonction exacerbée. S'il est vrai que *« c'est toute la difficulté de l'assistance éducative qui se doit de demeurer d'application souple pour concilier l'application de la règle de droit et la protection de l'enfant »*[980], le critère de danger ne peut être le seul retenu pour l'intervention du juge des enfants[981]. Un grand nombre de dispositions juridiques, impose, même en cas de danger pour l'enfant, la compétence du juge aux affaires familiales[982]. L'intérêt de ces critères est de ménager une place aux différents juges en fonction des situations. La protection de l'enfant n'a-t-elle pas à gagner au maintien de différentes juridictions, pour éviter que la fonction parentale ne soit

---

[978] J. HAUSER, note sous Cass., 1e civ., 9 juin 2010, arrêt *cit., supra* note 957, p. 547.
[979] V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Rép. Proc. civ. cit., supra* note 51, n° 435 : *« L'assistance éducative qui demeure confiée (...) à cette juridiction particulière qu'est le juge des enfants (...) est un instrument de contrôle souple et efficace de l'exercice par les parents de leur fonction parentale »*.
[980] J-B. THIERRY, note sous CA Toulouse, ch. des mineurs, 20 décembre 2006, *Dr. fam.,* 2007, Comm. 81, p. 37.
[981] Pour une position sensiblement différente : P. CHAILLOU, *art. cit., supra* note 824, p. 224 : *« Il apparaît logique et cohérent que ce soit le juge des enfants qui centralise dans le respect des textes en vigueur les décisions pouvant avoir un impact sur la situation de danger d'un enfant. C'est d'ailleurs la raison même d'être du juge des enfants : il est le juge de l'enfant en danger »*.
[982] Y. FAVIER, « Avant propos » in Y. FAVIER, F. FERRAND (dir.) ; *La justice des mineurs en Europe*, *une question de spécialité*, Intersentia, 2011, p. VII : *« Si (...) le droit français maintient deux magistrats spécialisés sur les affaires relatives aux mineurs, le juge des enfants et le juge aux affaires familiales, alors que d'autres pays ont fait le choix d'une juridiction unique de la famille qui a en charge les dossiers d'autorité parentale et d'enfance en danger, c'est moins pour des raisons techniques que philosophiques »*.

soumise à un standard unique ? Tous les conflits dans le domaine de l'autorité parentale ne seront pas résolus par le contrôle judiciaire de la fonction parentale assurée par le juge des enfants. Tout livrer à la seule compétence du juge des enfants aboutirait à envisager l'intervention judiciaire qu'en termes de contrôle de la fonction parentale[983]. Il ne s'agit évidemment pas de refuser l'intervention du juge des enfants en cas de danger mais de préférer l'intervention du juge aux affaires familiales chaque fois que cela est possible.

415. L'amélioration des liaisons fonctionnelles.- L'intérêt de conserver les deux compétences étant démontré, il convient maintenant de relever que les liaisons fonctionnelles entre les deux juges doivent se développer à l'instar des mécanismes de communication mis en place par le décret n° 2009-938 du 10 avril 2009. Ainsi, nous proposons que l'article 1182 du Code de procédure contienne un nouvel alinéa énonçant que *« le juge des enfants vérifie l'existence de jugements sur l'autorité parentale »*[984].

416. Il convient d'étudier à présent les conflits issus des nouvelles compétences du juge aux affaires familiales en matière de tutelle, d'administration légale et d'émancipation.

[983] Pour un rappel de l'objectif de l'assistance éducative consistant en une aide aux parents défaillants : *cf.,* M-L. CICILE-DELFOSSE, *op. cit., supra* note 144, p. 192 : *« Assistance éducative et prévention administrative se combinent et prennent le relais l'une de l'autre pour aider les parents à assumer leur autorité auprès de l'enfant. (…). Ces pouvoirs pourraient être tyranniques s'ils permettaient de s'immiscer au cœur des familles hors de toute carence administrative afin d'instaurer un contrôle social, contraire à la volonté de responsabiliser les parents. Aussi convient-il de souligner que ces procédures s'inscrivent dans une optique de respect des libertés essentielles de l'homme et de la famille. En dehors des hypothèses où le milieu familial apparaît rebelle à toute amélioration, ce qui nécessite des mesures plus draconiennes, c'est toujours à la famille qu'incombent les responsabilités et qu'appartiennent les moyens de solution, de sorte que l'action du juge des enfants (…) doit être simplement orientée vers une aide aux parents défaillants ».g*

[984] *Cf., supra* par. n° 359.

Chapitre 2.

Les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales : des effets limités en termes de résorption des conflits

417. Annonce de plan.- La loi du 12 mai 2009, transférant les compétences du juge des tutelles[985] en matière d'administration légale, de tutelle et d'émancipation au juge aux affaires familiales, entraîne la disparition quasi-complète du juge des tutelles des majeurs[986] de la scène des conflits de compétence d'attribution (Section 1). Cependant, si le juge des tutelles

[985] Il est nécessaire, dès à présent, d'opérer une précision terminologique. En effet, les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales issues de l'article L. 213-3-1 du Code de l'organisation judiciaire entraînent des difficultés lorsqu'il s'agit de nommer ce juge. Dans la suite de nos développements, par précaution, nous adjoindrons les termes « juge des tutelles des mineurs » à l'expression « juge aux affaires familiales » lorsque cela est indispensable pour la clarté de nos propos et qu'il est question des nouvelles compétences du juge aux affaires familiales en matière d'administration légale, de tutelle des mineurs et d'émancipation judiciaire. A titre d'illustration, les précautions terminologiques prises par certains auteurs : *cf.,* G. RAYMOND, *Rép. Civ.,* Dalloz, v° Administration légale et tutelle (2009-Mise à jour 2013), n° 13 : *« Au plan de la procédure, la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 (...) confie au juge aux affaires familiales la fonction de juge des tutelles des mineurs. Dans la suite du texte, chaque fois qu'il sera question du juge des tutelles, il faudra avoir présent à l'esprit que la fonction de juge des tutelles est désormais confiée au juge aux affaires familiales »* ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, M. AZAVANT, *Rép. Proc. civ., cit. supra* note 67, n° 25 : *« Pour l'avenir (et dans le cadre de nos développements), il ne faudra pas perdre de vue que, lorsqu'on parle de « juge des tutelles », il s'agit en réalité, pour les mineurs du juge aux affaires familiales exerçant les fonctions de juge des tutelles ». Adde,* n° 29 : les auteurs emploient l'expression *de « juge des tutelles nouvelle mouture », « c'est-à-dire juge aux affaires familiales »*. De la même manière, le juge des tutelles sera qualifié de « juge des tutelles des majeurs » dès que nécessaire. L'expression « juge des tutelles des majeurs » apparaît à l'article L. 221-3 du Code de l'organisation judiciaire qui énonce qu' *« au sein du tribunal d'instance, un ou plusieurs juges exercent les fonctions de juge des tutelles des majeurs »*. L'expression apparaît également à l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire *: « (...)Le juge aux affaires familiales connaît : 1° De l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, des demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux et des indivisions entre personnes liées par un pacte civil de solidarité ou entre concubins, de la séparation de biens judiciaire, sous réserve des compétences du président du tribunal de grande instance et du juge des tutelles des majeurs. (...) »*. En revanche, l'article L. 221-9 du Code de l'organisation judiciaire consacré aux compétences du juge des tutelles en matière de protection des majeurs ne reprend pas cette expression.

[986] Avant la loi du 12 mai 2009, le juge des tutelles détenait une compétence en matière d'autorité parentale quant aux biens de l'enfant. Il était ainsi désigné comme « l'homme orchestre de l'administration légale » (H. LECUYER, « Rapport de synthèse », in C. ALBIGES (dir.), *op. cit. supra* note 109, p. 156. Cette expression est l'héritière de l'article de P. SALVAGE-GEREST, *art. cit., supra* note 50, cet article étant lui même héritier de celui de J-C. GROSLIERE intitulé : Le JAM (ou l'homme orchestre du divorce), D. 1976, Chron., p. 73). De manière plus générale, *« la protection du patrimoine du mineur rest (ait) de (sa) compétence exclusive »* (V. LARRIBAU-TERNEYRE, M. AZAVANT, *Rép. Proc. civ., cit. supra* note 67, n° 9). Le juge des tutelles n'avait plus de compétences en matière d'autorité parentale quant à la personne depuis la loi du 8 janvier 1993. Jusqu'alors, le juge des tutelles connaissait des désaccords des parents dans le cadre de l'exercice conjoint de l'autorité parentale. *Cf.,* J. MASSIP, *art. cit., supra* note 41, p. 1137. Il faut toutefois préciser que le juge des tutelles connaissait de l'émancipation qui met fin, de manière anticipée, au régime de protection du mineur. Dans cette hypothèse, le juge des tutelles s'intéressait à l'autorité parentale relative à la personne de l'enfant mais en la faisant cesser ! Pour tendre à l'exhaustivité, il faut également préciser que le juge des tutelles en tant que président du Conseil de famille pouvait avoir des compétences en matière extrapatrimoniale. Mais dans ce cas, il n'était pas un organe juridictionnel.

des majeurs quitte la scène des conflits, ces derniers n'en restent pas moins présents et impliquent à présent le juge aux affaires familiales (Section 2).

Section 1.

Les conflits avec le juge des tutelles des majeurs

418. Annonce de plan.- Les conflits de compétence d'attribution en matière de « protection de l'enfance » ne devraient plus concerner le juge des tutelles des majeurs, l'article L. 213-3-1 du Code de l'organisation judiciaire énonçant dorénavant que *« le juge aux affaires familiales exerce les fonctions de juge des tutelles des mineurs. Il connaît : 1° De l'émancipation ; 2° De l'administration légale et de la tutelle des mineurs ; 3° De la tutelle des pupilles de la nation »* [987].

Cependant, le juge des tutelles des majeurs n'est pas totalement absent bien que de rares conflits l'impliquant ont disparu (paragraphe 2). Les effets de la centralisation des compétences semblent bien limités au regard des difficultés rencontrées dans le transfert des compétences du juge des tutelles au juge aux affaires familiales (paragraphe 1).

Paragraphe 1. Les difficultés du transfert des compétences du juge des tutelles au juge aux affaires familiales

419. La transmission des compétences du juge des tutelles au juge aux affaires familiales a rencontré une résistance dans la pratique (A). Les difficultés de ce transfert sont également dues à son caractère inachevé (B).

A. Une résistance dans la pratique

420. L'objectif du transfert de compétences.- L'objectif du transfert des compétences du juge des tutelles au juge aux affaires familiales est d'unifier les compétences relatives à la

[987] L'article L. 221-9 du Code de l'organisation judiciaire, dans sa version antérieure à la loi du 12 mai 2009, énonçait que : *« le juge des tutelles connaît : 1° De l'émancipation ; 2° De l'administration légale et de la tutelle des mineurs ; 3° De la sauvegarde de justice, de la curatelle, de la tutelle majeurs et de la mesure d'accompagnement judiciaire ; 4° Des actions relatives à l'exercice du mandat de protection future ; 5° De la tutelle des pupilles de la nation ; 6° De la constatation de la présomption d'absence ».*

protection des mineurs[988]. En ce sens, la commission dirigée par le Recteur Serge Guinchard[989] jugeait *« pertinent d'attribuer au juge aux affaires familiales la qualité de juge des tutelles des mineurs, tant dans le souci de développement des synergies entre les fonctions proches que dans le but d'amplifier la communication entre les différents acteurs de l'intérêt de l'enfant ».*

421. Les éléments de rapprochement entre le juge aux affaires familiales et le juge des tutelles avant la loi du 12 mai 2009.- Certes, il est pertinent de confier à un même juge les matières relevant de l'exercice de l'autorité parentale quant à la personne de l'enfant et celles relatives à l'émancipation, à la tutelle et à l'administration légale. En effet, dans tous ces domaines, il s'agit de protéger un mineur, dans sa personne ou son patrimoine[990]. Si un seul juge possède l'ensemble des éléments[991], il en découlera une meilleure connaissance de la situation des enfants.

Il convient également d'ajouter que dans le cadre de l'ensemble de ces matières, le juge qui a à s'en occuper doit être guidé par une notion unique qui est l'intérêt de l'enfant[992].

Enfin, la fonction que le juge aux affaires familiales doit mettre en œuvre, lorsqu'il traite des matières qui relevaient avant la loi du 12 mai 2009 du juge de tutelles, ne s'éloigne pas de sa fonction classique. En effet, le juge aux affaires familiales, au-delà de sa fonction principale qui, selon l'article 12 du Code de procédure civile, est de trancher *« le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables »* est très imprégné d'une fonction

---

[988] V. LARRIBAU-TERNEYRE, M. AZAVANT, *Rép. Proc. civ., cit. supra* note 67, n° 9 : *« L'objectif est de permettre au même magistrat de connaître de toutes les questions intéressant l'autorité parentale, tant relative à la personne qu'aux biens de l'enfant ».*

[989] S. GUINCHARD (dir.), *op. cit., supra* note 11, p. 226.

[990] V. LARRIBAU-TERNEYRE, M. AZAVANT, *Rép. Proc. civ., cit. supra* note 67, n° 33 : *« Le choix du juge aux affaires familiales révèle la volonté du législateur de regrouper les contentieux (...). Il est vrai qu'ayant déjà à connaître de l'autorité parentale quant à la personne de l'enfant, il y avait quelque cohérence à ce que le juge aux affaires familiales connaisse également de l'autorité parentale quant aux biens ».*

[991] V. LARRIBAU-TERNEYRE, M. AZAVANT, *Rép. Proc. civ., cit. supra* note 67, n° 82 : *« Malgré ses efforts, le législateur n'a cependant pas évité certaines lacunes dans l'information fournie au juge des tutelles (...). On retrouve ici la difficulté relevée à propos de la constitution d'un dossier d'administration légale et de tutelle : l'impossibilité matérielle pour le juge des tutelles d'avoir connaissance de la situation de tous les enfants mineurs du ressort de l'impossibilité d'exercer véritablement une surveillance a priori (...). Reste que le passage des administrations légales et de la tutelles entre les mains du juge aux affaires familiales facilitera cette connaissance puisque ce juge aura, par l'effet de concentration des contentieux, une meilleure vision d'ensemble ».*

[992] La Cour de cassation a affirmé que l'article 3-1 de la Convention internationale de droits de l'enfant était d'applicabilité directe par un arrêt du 18 mai 2005 (Cass., 1^{e} civ., 18 mai 2005, Juris-Data n° 2005-028424 ; *JCP, éd. G,* 2005, II, 10081 note F. GRANET, Y. STRICKLER) confirmé par des arrêts successifs. Ainsi, «dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale»

de conciliation[993]. En matière de tutelle des mineurs et d'administration légale aussi, *« dans ses rapports avec les familles,* (le juge) *doit apparaître davantage comme un conseiller que comme un juge qui décide et qui sanctionne»*[994].

422. Les éléments de rapprochement entre la tutelle des mineurs et la tutelle des majeurs.- Si l'intérêt d'un tel regroupement est certain, il faut toutefois reconnaître que le maintien des compétences en matière de tutelle des mineurs et de tutelle des majeurs sous l'égide d'un juge des tutelles avait également son sens[995]. En effet, les fonctions exercées par le juge qui s'occupe de la tutelle des mineurs et celles exercées par le juge qui s'occupe de la tutelle des majeurs sont proches. Sans prétendre à l'exhaustivité, il convient de relever quelques points communs.

En premier lieu, il faut mettre en avant une série de dispositions du Code civil qui sont quasiment identiques s'agissant de la tutelle des mineurs et de celle des majeurs. Il en va ainsi de la fonction de surveillance qui doit être assumée par les juges qui s'occupent de la tutelle[996]. Lorsqu'il s'agit de qualifier la tutelle, là aussi, les termes sont similaires. L'article 394 du Code civil énonce que *« la tutelle, protection due à l'enfant, est une charge publique. Elle est un devoir des familles et de la collectivité publique ».* L'article 415 du Code civil

---

(Cass., 1e civ., 8 novembre 2005, Juris-Data n° 2005-030708 ; Cass., 1e civ., 22 novembre 2005, Juris-Data n° 2005-030834, *Dr. fam*., 2006, Comm. 28, note A. GOUTTENOIRE).

[993] Pour le juge civil en général, *cf.,* article 21 du Code de procédure civile : *« Il entre dans la mission du juge de concilier les parties ».* Pour le juge aux affaires familiales en particulier, *cf.,* article 1071 du Code de procédure civile : *« le juge aux affaires familiales a pour mission de tenter de concilier les parties. Saisi d'un litige, il peut proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner un médiateur familial pour y procéder. La décision enjoignant aux parties de rencontrer un médiateur familial en application des articles 255 et 373-2-10 du code civil n'est pas susceptible de recours »* ; article 255 du Code civil, dans ses dispositions initiales : *« Le juge peut notamment : 1° Proposer aux époux une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder ; 2° Enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de la médiation »* ; article 373-2-10 du Code civil : *« En cas de désaccord, le juge s'efforce de concilier les parties. A l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder. Il peut leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure ».*

[994] V. LARRIBAU-TERNEYRE, M. AZAVANT, *Rép. Proc. civ., cit. supra* note 67, n° 57.

[995] V. LARRIBAU-TERNEYRE, M. AZAVANT, *Rép. Proc. civ., cit. supra* note 67, n° 33 : *« L'élargissement du bloc de compétence du juge aux affaires familiales (…) s'est fait au détriment du bloc de compétence du juge d'instance en tant que juge des tutelles qui connaissait jusque-là de l'intégralité du contentieux des personnes « vulnérables » pour ne plus dire incapables (majeurs et mineurs)- et ne conserve que l'incapacité des majeurs ».*

[996] Selon l'alinéa 1 de l'article 388-3 du Code civil, le juge qui s'occupe de la tutelle des mineurs exerce une surveillance générale des administrations légales et des tutelles de son ressort. L'article 416 du Code civil, est relatif à la tutelle des majeurs, énonce dans une formule quasiment identique que *« le juge des tutelles et le procureur de la République exercent une surveillance générale des mesures de protection dans leur ressort ».*

précise que la protection des personnes majeures *« est un devoir des familles et de la collectivité publique »*. Il peut également être relevé qu'en matière de responsabilité des organes intervenant en matière de protection les conditions de mise en œuvre sont identiques[997].

Les liens entre les mesures de protection apparaissent également dans la création d'un titre commun. Le titre 12 du Code civil, relatif à la gestion du patrimoine des personnes en tutelle, est commun aux mineurs et aux majeurs.

Enfin, les liens apparaissent lorsqu'au sein d'un article, un renvoi est opéré aux règles s'appliquant à l'autre régime. Ainsi, l'article 456 du Code civil, concernant les majeurs, énonce qu' *« il est fait application des règles prescrites pour le conseil de famille des mineurs, à l'exclusion de celles prévues à l'article 398*[998]*, au quatrième alinéa de l'article 399*[999] *et au premier alinéa de l'article 401*[1000]*(...) »*. Il en va de même de l'article 445 relatif aux majeurs qui prévoit que *« les charges curatélaires et tutélaires sont soumises aux conditions prévues pour les charges tutélaires des mineurs par les articles 395 à 397 (...) »*.

Les liens avec la protection des majeurs ne se limitent pas à la tutelle des mineurs. Cela peut concerner également l'administration légale. En effet, l'article 389-7 du Code civil énonce que *« les règles de la tutelle sont, pour le surplus, applicables à l'administration légale, avec les modalités résultant de ce que celle-ci ne comporte ni conseil de famille, ni subrogé tuteur »*. Ainsi, cet article renvoie aux règles de la tutelle qui sont comprises dans un titre commun aux mineurs et aux majeurs protégés. Et pour la tutelle des mineurs, il y a application du Titre 12 portant sur la gestion du patrimoine des mineurs et majeurs en tutelle.

423. Les difficultés du transfert des compétences au juge aux affaires familiales.- Le fait que la protection du patrimoine du mineur se rapproche autant de l'autorité parentale dans sa dimension personnelle que de la protection des majeurs doit participer de la difficulté dans les faits à transférer les compétences du juge des tutelles en matière de mineurs au juge aux affaires familiales. En effet, le transfert des compétences du juge des tutelles au juge aux

---

[997] Pour la tutelle des mineurs, *cf.,* article 412 du Code civil. Pour la tutelle des majeurs, *cf.,* articles 421 et 422 alinéa 1er du Code civil.

[998] Article 398 du Code civil : *« Même en présence d'un tuteur testamentaire et sauf vacance, la tutelle est organisée avec un conseil de famille »*.

[999] Article 399, 4e alinéa du Code civil : *« Les membres du conseil de famille sont choisis en considération de l'intérêt du mineur et en fonction de leur aptitude, des relations habituelles qu'ils entretenaient avec le père ou la mère de celui-ci, des liens affectifs qu'ils ont avec lui ainsi que de la disponibilité qu'ils présentent »*.

[1000] Article 401, alinéa 1 du Code civil : *« Le conseil de famille règle les conditions générales de l'entretien et de l'éducation du mineur en ayant égard à la volonté que les père et mère avaient pu exprimer »*.

affaires familiales a connu différentes péripéties[1001]. Si la loi du 12 mai 2009 prévoyait que le juge aux affaires familiales exercerait les fonctions de juge des tutelles des mineurs à partir du 1er janvier 2010, une circulaire du 4 août 2009[1002], adressée aux présidents des cours d'appel[1003], indiquait qu'une disposition législative pourrait intervenir pour reporter cette entrée en vigueur. Partant, la circulaire se donnait pour objectif de proposer des solutions si une telle disposition législative ne pouvait intervenir avant le 31 décembre 2009. Il a été ainsi proposé que les présidents des tribunaux de grande instance puissent décider, sur le fondement de l'article R. 212-6, alinéa 4[1004] du Code de l'organisation judiciaire, que siégeront, dans la chambre des affaires familiales, les juges d'instance exerçant actuellement les fonctions de juge des tutelles. Il était précisé que les juges des tutelles *« pourront à compter du 1er janvier 2010 continuer d'exercer ces fonctions, toujours en qualité de juge des tutelles, mais, s'agissant des mineurs, en agissant en qualité de juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance ».* Suite à cette circulaire, une proposition de loi[1005], telle que transmise au Sénat le 3 décembre 2009, prévoyait de reporter d'un an l'entrée en vigueur du transfert de compétence. Cependant, au moment de l'examen de la proposition de loi par le Sénat, cette disposition prônant le report d'un an des compétences fut supprimée. Ce qui semble logique, puisque la discussion devant le Sénat eut lieu le 13 et 14 décembre 2010, soit peu de jours avant l'échéance du report proposé. Par ailleurs, dans cet intervalle, le décret n° 2009-1628 du 23 décembre 2009 semblait avoir pris acte de ce transfert puisqu'il prévoyait dans son article

---

[1001] *Cf.,* L. PECAUT-RIVOLIER, La réforme des tutelles : suite et… fin ?, *AJ fam.,* 2010, p. 74 : *« Ce transfert a provoqué une certaine panique dans les juridictions, les cabinets des juges aux affaires familiales n'étant absolument pas préparés ni équipés pour prendre en charge un contentieux si important ». Adde*, A. CHOUK, Compétence et organisation des juridictions, *AJ fam.,* 2010, p. 420 : *« La mise en œuvre de cette loi a été toutefois incertaine faute pour elle d'avoir été anticipée et préparée. Un tel transfert de compétences nécessitait, en effet, de comptabiliser la charge de travail supplémentaire des juges aux affaires familiales, des greffiers et des greffiers en chef (...), de créer des postes en proportion avec ce transfert mais aussi de prévoir le déménagement et l'accueil des dossiers des tribunaux d'instance vers les tribunaux de grande instance ainsi que l'adaptation des systèmes informatiques ».*

[1002] Circulaire de la DSJ du 4 août 2009 relative à la création d'un pôle famille au tribunal de grande instance-Transfert de la compétence en matière de tutelle des mineurs au juge aux affaires familiales.

[1003] *Cf.,* Pour une critique de cette circulaire : J. HAUSER, Compétence tutélaire : la pétaudière normative ! (circ. du 4 août 2009, n° SJ- 09-276- AB1/040809), RTD*Civ.,* 2009, p. 700 ; M. LAMARCHE, Exemples de droit de la famille pour un cours d'introduction générale du droit : n'appliquons pas la loi ! *Dr. fam.,* 2009, Focus 67, p. 3 ; L. PECAUT-RIVOLIER, *art. cit., supra* note 1001, p. 74 : *« le ministère de la justice a (...) imaginé un processus de délégation tout à fait inédit : par une circulaire du 4 août 2009, le ministère a proposé que le juge des tutelles, auquel le contentieux doit être enlevé, soit délégué pour s'occuper des tutelles des mineurs… sous la casquette du juge aux affaires familiales ».*

[1004] Alinéa 4 de l'article R. 212-6 du Code de l'organisation judiciaire : *« Les magistrats chargés du service d'un tribunal d'instance peuvent être appelés à siéger au tribunal de grande instance dont ils sont membres ».*

[1005] L'article 6 bis de la proposition de loi n° 1890, déposée le 7 août 2009 relative à la simplification et à l'amélioration de la qualité du droit

22, II qu' *« au 1er janvier 2010, les dossiers en cours relatifs à la protection juridique des mineurs sont transférés de plein droit au juge aux affaires familiales.(...)».* Une seconde circulaire, du 22 juin 2010, faisait toutefois fi de la date d'entrée en vigueur prévue dans la loi du 12 mai 2009 et réaffirmée dans le décret du 23 décembre 2009. En effet, le texte précisait que *« compte tenu des aléas du calendrier parlementaire et des contraintes résultant du code de l'organisation judiciaire, il convient de mettre en œuvre au 1er janvier 2011 la réforme dans les tribunaux de grande instance ».*

424. La teneur précise du transfert de compétences.- Si dans la pratique les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales ont eu beaucoup de mal à être mises en œuvre[1006], il ne fait aucun doute qu'au sens du Code de l'organisation judiciaire, le juge aux affaires familiales est compétent. Depuis la loi du 12 mai 2009, l'article L. 213-3-1 énonce, en effet, *que « le juge aux affaires familiales exerce les fonctions de juge des tutelles des mineurs. Il connaît de 1° De l'émancipation ; 2° De l'administration légale et de la tutelle des mineurs ; 3° De la tutelle des pupilles de la nation ».* Ainsi, il paraît évident que la compétence du juge aux affaires familiales s'applique lorsque sont concernées les dispositions comprises dans les titre et chapitre du Code civil spécifiquement dédiées à l'administration légale, la tutelle et l'émancipation. En premier lieu, il s'agit du chapitre deux intitulé « De l'autorité parentale relativement aux biens de l'enfant »[1007] contenu dans un titre intitulé « De l'autorité parentale ». Ensuite, il s'agit de relever le titre 10 intitulé « De la minorité et de l'émancipation »[1008], dans la mesure où il comprend les principales règles relatives à l'administration légale, la tutelle et l'émancipation. Enfin, il doit aussi être fait mention du titre 12 relatif à « la gestion du patrimoine des mineurs et majeurs en tutelle »[1009], au sein duquel, le juge aux affaires familiales est compétent s'agissant de mesures de protection juridique des mineurs, et le juge des tutelles, s'agissant des mesures de protection juridique

[1006] Dans le cadre du projet de loi de finances pour 2012, il a été déclaré lors d'un avis de la commission des lois du 17 novembre 2012 que *« le transfert aux juges aux affaires familiales du contentieux des tutelles mineurs ne s'est que très partiellement traduit dans les faits : deux circulaires du 4 août 2009 et du 22 juin 2010 ont invité les présidents de tribunaux de grande instance à maintenir, par délégation, la compétence des tribunaux d'instance et de leur greffe. Lors de son audition par votre commission M. Michel Mercier, ministre de la justice et des libertés, a ainsi reconnu que « le transfert de compétences en matière de tutelles des mineurs du tribunal d'instance vers les juges aux affaires familiales rattachés au tribunal de grande instance, qui aurait dû alléger la charge des tribunaux d'instance, est souvent reste sans effet puisqu'il s'est accompagné en retour de délégations de cette compétence du TGI aux juges d'instance ».*

[1007] Articles 382 à 387 du Code civil.

[1008] Articles 388 à 413-8 du Code civil.

[1009] Articles 496 à 515 du Code civil.

des majeurs. Dans le Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre, le titre sur les pupilles de la nation concerne, sans aucun doute, les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales.

Le chemin jusqu'à la juste compétence est plus complexe s'agissant des dispositions de droit substantiel qui ne sont pas comprises dans cet ensemble de règles. S'il est fait clairement référence à l'administration légale, à la tutelle ou à l'émancipation, le juge aux affaires familiales doit être déclaré compétent. Il en va ainsi, par exemple, de l'article 2447 du Code civil[1010] qui est relatif à l'administrateur légal. La réponse est moins évidente lorsque, dans un même article, il est question de mineur ou de majeur protégé. A l'instar de la solution appliquée au sein du titre 12, il convient de retenir soit la compétence du juge aux affaires familiales lorsqu'il s'agit d'un mineur, soit la compétence du juge des tutelles lorsqu'il s'agit d'un majeur protégé. Tel est le cas, par exemple, de l'article 766 du Code civil[1011] qui énonce, dans un alinéa premier, que *« le conjoint successible et les héritiers peuvent, par convention, convertir les droits d'habitation et d'usage en une rente viagère ou en capital »* avant de préciser que *« s'il est parmi les successibles parties à la convention un mineur ou un majeur protégé, la convention doit être autorisée par le juge des tutelles »* [1012].

[1010] Crée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 : *« Si la valeur des immeubles sur lesquels l'hypothèque du mineur ou du majeur en tutelle a été inscrite excède notablement ce qui est nécessaire pour garantir la gestion du tuteur, celui-ci peut demander au conseil de famille de réduire l'inscription aux immeubles suffisants. Il peut pareillement lui demander de réduire l'évaluation qui avait été faite de ses obligations envers le pupille. L'administrateur légal peut, dans les mêmes cas, lorsqu'une inscription a été prise sur ses immeubles en vertu de l'article 2409, demander au juge des tutelles de la réduire, soit quant aux immeubles grevés, soit quant aux sommes garanties. Le tuteur et l'administrateur légal peuvent en outre, s'il y a lieu, sous l'observation des mêmes conditions, demander la mainlevée totale de l'hypothèque. La radiation partielle ou totale de l'hypothèque sera faite au vu d'un acte de mainlevée signé par un membre du conseil de famille ayant reçu délégation à cet effet, en ce qui concerne les immeubles du tuteur, et au vu d'une décision du juge des tutelles, en ce qui concerne les immeubles de l'administrateur légal ».*

[1011] Tel que modifié par la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001.

[1012] Dans le même sens : article L. 211-15 du Code des assurances (créé par le décret n° 88-260 du 18 mars 1988) : *« l'assureur doit soumettre au juge des tutelles ou au conseil de famille, compétents suivant les cas pour l'autoriser, tout projet de transaction concernant un mineur ou un majeur en tutelle. Il doit également donner avis sans formalité au juge des tutelles, quinze jours au moins à l'avance, du paiement du premier arrérage d'une rente ou de toute somme devant être versée à titre d'indemnité au représentant légal de la personne protégée ».* Dans les dispositions de l'article L. 1122-2 du Code de la santé publique, la référence est faite à la tutelle des mineurs puisqu'il est fait mention d'un conseil de famille ou à défaut du juge des tutelles. Dans l'article, il est énoncé que *« lorsqu'une recherche biomédicale est effectuée sur une personne mineure ou majeure sous tutelle, l'autorisation est donnée par son représentant légal et, si le comité mentionné à l'article L.1123-1 considère que la recherche comporte, par l'importance des contraintes ou par la spécificité des interventions auxquelles elle conduit, un risque sérieux d'atteinte à la vie privée ou à l'intégrité du corps humain, par le conseil de famille s'il a été institué, ou par le juge des tutelles ».*

B. Un transfert inachevé

425. Si, dans les faits, le transfert des compétences n'a pas été simple, il peut également être jugé inachevé, car la procédure diffère selon les matières soumises au juge aux affaires familiales (1). En outre, les nouvelles attributions du juge aux affaires familiales ne semblent pas entièrement assumées. En effet, l'emploi de l'expression « juge des tutelles des mineurs » participe de la confusion quant aux réelles compétences du juge aux affaires familiales (2).

1. Un transfert incomplet : une procédure différente selon la matière soumise au juge aux affaires familiales

426. Des articles du Code de procédure civile différents.- Le juge aux affaires familiales hérite des compétences du juge des tutelles en matière de protection des mineurs. Cependant, la procédure est différente selon les matières qu'il connaît. Lorsque le juge aux affaires familiales met en œuvre ses compétences traditionnelles en matière d'autorité parentale, les articles 1070 et suivants du Code de procédure civile s'imposent[1013]. Certaines règles spécifiques sont prévues dans un chapitre consacré à l'autorité parentale comprenant les articles 1179 à 1210-6 du Code de procédure civile. En revanche, en matière d'administration légale, de tutelle et d'émancipation, les règles de procédure devant le juge des tutelles sont précisées, depuis le décret n° 2009-1628 du 23 décembre 2009, aux articles 1217 et suivants du Code de procédure civile. Il convient alors de constater des différences selon la matière que le juge aura à traiter.

427. La saisine d'office limitée à certaines matières.- En matière de tutelle et d'administration légale[1014], le juge peut se saisir d'office[1015], ce qui n'est pas le cas dans les autres matières relevant de la compétence du juge aux affaires familiales[1016].

[1013] V. LARRIBAU-TERNEYRE, M. AZAVANT, *Rép. Proc. civ., cit., supra* note 67, n° 38.

[1014] Cela ne concerne pas l'émancipation. *Cf.,* I. CORPART, *Rép. Civ.,* Dalloz, v° Emancipation (2007- Mise à jour 2010), n° 46 : *« Le juge des tutelles doit être saisi d'une demande des père et mère, ou de l'un d'eux, ou encore, à défaut de parents, du conseil de famille. Sans ces différentes démarches, aucune émancipation n'est recevable, car le juge n'a pas directement le pouvoir d'émanciper l'enfant et de mettre fin à l'autorité parentale»*.

[1015] V. LARRIBAU-TERNEYRE, M. AZAVANT, *Rép. Proc. civ., cit. supra* note 67, n° 102 : *« Le champ de la saisine d'office du juge des tutelles, soit en vertu de ses pouvoirs généraux, soit en vertu de ses pouvoirs spéciaux, est extrêmement large (...). D'une manière générale, tous avis et toutes décisions peuvent être pris sur sa seule initiative, à l'exception de la transformation en administration légale de la tutelle d'un enfant ayant fait*

428. Des exigences différentes en matière de communication avec le juge des enfants.- Il convient également de relever que selon la matière qu'il a à traiter, le juge aux affaires familiales n'est pas soumis aux mêmes exigences en matière de communication avec le juge des enfants. Lorsque le juge aux affaires familiales fait fonction de juge des tutelles des mineurs, l'article 1221-1 du Code de procédure civile énonce que : *« le juge des tutelles qui connaît de la situation d'un mineur peut vérifier auprès du juge des enfants si une procédure d'assistance éducative est ouverte et demander à ce dernier de lui transmettre copie de pièces du dossier en cours, selon les modalités définies à l'article 1187-1 »*[1017]. Il ne s'agit que d'une possibilité pour le juge aux affaires familiales alors qu'en matière d'exercice de l'autorité parentale il a l'obligation de vérifier l'existence d'une procédure d'assistance éducative. Toutefois, cette possibilité pourra peut-être permettre de pallier le manque d'information que pouvait rencontrer le juge au moment de la demande d'émancipation. Il n'était pas toujours informé d'une mesure d'assistance éducative. Ainsi, la nécessité de l'autorisation du juge des enfants prévue par l'article 375-7 du Code civil[1018] pouvait être écartée assez facilement[1019].

429. La différence de procédures, selon la matière soumise au juge aux affaires familiales, contribue à compliquer le transfert des compétences du juge des tutelles au juge aux affaires familiales. Il en va de même avec l'utilisation de l'expression « juge des tutelles des mineurs ».

---

l'objet d'une reconnaissance a posteriori, qui suppose la requête du parent qui a reconnu l'enfant (...). Ainsi, l'article 1217 du Code de procédure civile vise deux cas spécifiques de saisine d'office qui concernent la tutelle (l'article 390 du Code civil, parents décédés, privés de l'autorité parentale ou enfant dont la filiation n'est pas légalement établie ; et l'article 391 du Code civil qui fixe les conditions de passage de l'administration légale sous contrôle judiciaire et de l'administration légale pure et simple à la tutelle). De même, il semble résulter de l'article 1234 du Code de procédure civile que le juge des tutelles peut convoquer d'office le conseil de famille (...). En revanche, les autorisations supposent nécessairement l'intervention préalable du représentant légal de l'enfant. Pratiquement cependant, la saisine d'office est loin de constituer la règle, faute pour le juge d'être toujours informé ».

[1016] V. LARRIBAU-TERNEYRE, M. AZAVANT, *Rép. Proc. civ., cit. supra* note 67, n° 72 : Ainsi, il *« ne saurait mélanger ses deux fonctions, sauf à se saisir d'office -ce qu'il ne peut faire- de questions extrapatrimoniales à l'occasion d'une procédure patrimoniale. Ce serait faire peu de cas des règles et des spécificités procédurales de chacune de ces matières ».* Cependant, dans une procédure portant sur des questions extrapatrimoniales, le juge aux affaires familiales pourrait se saisir d'office de questions patrimoniales relevant de sa saisine d'office.

[1017] Il convient d'ajouter que l'article 1221-2 du Code de procédure civile énonce que *« dès lors qu'il est informé qu'une procédure d'assistance éducative est ouverte à l'égard du mineur, le juge des tutelles transmet, à la demande du juge des enfants, copie de toute pièce que ce dernier estime utile ».*

[1018] Article 375-7 du Code civil : *« Les père et mère de l'enfant bénéficiant d'une mesure d'assistance éducative continuent à exercer tous les attributs de l'autorité parentale qui ne sont pas inconciliables avec cette mesure. Ils ne peuvent, pendant la durée de cette mesure, émanciper l'enfant sans autorisation du juge des enfants ».*

[1019] I. CORPART, *Rép. Civ., cit., supra* note 1014, n 46 : *« Le système est perfectible, car le juge des tutelles ne sait pas nécessairement que l'enfant, pour lequel est formée une demande, a été placée sous une mesure d'assistance éducative ».*

2. Un transfert de compétences non assumé : « Le juge des tutelles des mineurs », une dénomination source de confusion

430. Les modifications apportées au Code de l'organisation judiciaire.- L'article L. 213-3-1 du Code de l'organisation judiciaire, créé par la loi du 12 mai 2009, énonce que *« le juge aux affaires familiales exerce les fonctions de juge des tutelles des mineurs. Il connaît : 1° De l'émancipation ; 2° De l'administration légale et de la tutelle des mineurs ; 3° De la tutelle des pupilles de la nation ».* Cet article a été créé pour permettre le transfert des compétences du juge des tutelles au juge aux affaires familiales. En parallèle, l'article L. 221-9 du Code de l'organisation judiciaire, relatif à la compétence du juge des tutelles, a été amputé de ces mêmes matières. Dans l'article L. 213-3-1 du Code de l'organisation judiciaire, apparaît une expression jusqu'alors inemployée : *« juge des tutelles des mineurs ».* Cependant, dans les codes de droit substantiel, les modifications opérées n'intègrent que rarement cette nouvelle expression.

431. Les modifications apportées aux codes de droit substantiel n'incluant pas l'expression « juge des tutelles des mineurs ».- Dans le Code civil, deux articles ont été modifiés suite aux nouvelles compétences du juge aux affaires familiales. Il s'agit, d'une part, de l'article 511, qui, avant la modification opérée par la loi du 12 mai 2009, débutait de la manière suivante : *« le tuteur soumet chaque année le compte de gestion, (...), au greffier en chef du tribunal d'instance en vue de vérification (...) »* et qui énonce dorénavant que *«le tuteur soumet chaque année le compte de gestion, accompagné des pièces justificatives, en vue de sa vérification, au greffier en chef : 1° Du tribunal de grande instance, s'agissant des mesures de protection juridique des mineurs ; 2° Du tribunal d'instance s'agissant des mesures de protection juridique des majeurs (...)».* D'autre part, dans l'article 412[1020], relatif à la responsabilité des organes de la tutelle, le greffier en chef du tribunal d'instance a été remplacé par le greffier en chef du tribunal de grande instance. La modification prend acte que

[1020] L'article 412 dans sa version antérieure à la loi du 12 mai 2009 : *« Tous les organes de la tutelle sont responsables du dommage résultant d'une faute quelconque qu'ils commettent dans l'exercice de leur fonction. Lorsque la faute à l'origine du dommage a été commise dans l'organisation et le fonctionnement de la tutelle par le juge des tutelles, le greffier en chef du tribunal d'instance ou le greffier, l'action en responsabilité est dirigée contre l'Etat qui dispose d'une action récursoire ».* Article 412 nouvelle version *: « Tous les organes de la tutelle sont responsables du dommage résultant d'une faute quelconque qu'ils commettent dans l'exercice de leur fonction. Lorsque la faute à l'origine du dommage a été commise dans l'organisation et le fonctionnement*

le juge aux affaires familiales est un juge du tribunal de grande instance et que par conséquent, le greffe concerné par les questions relatives à la tutelle des mineurs est celui du tribunal de grande instance. Il convient de relever qu'au sein de l'article 412 l'expression « juge des tutelles » n'a pas été remplacée par celle de « juge des tutelles des mineurs ».

Si le législateur avait tenu à insérer l'expression « juge des tutelles des mineurs », la modification de l'article 413-8 du Code civil en était l'occasion. En effet, avant la loi du 15 juin 2010, il était tout simplement impossible pour un mineur émancipé d'être commerçant. Depuis cette loi, il le peut, mais à condition d'obtenir une autorisation judiciaire. L'article 413-8 du Code civil, modifié par la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010, précise que : *« le mineur émancipé peut être commerçant sur autorisation du juge des tutelles au moment de la décision d'émancipation et du président du tribunal de grande instance s'il formule cette demande après avoir été émancipé ».* Dans le texte, l'expression « juge des tutelles des mineurs » n'a pas été employée. La présentation de l'article 413-8 du Code civil permet également de proposer de maintenir la compétence du juge des tutelles même après l'émancipation. En effet, même si le mineur est émancipé, il est toujours mineur et la compétence du président du tribunal de grande instance n'a pas forcément d'intérêt.

Hors du Code civil, il peut être fait mention de l'article L. 5542-2 du Code des transports, créé par l'ordonnance n° 2010-1037 du 28 octobre 2010, qui énonce, dans son alinéa 1er , que *« l'autorisation donnée au premier embarquement d'un mineur par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, le tuteur ou, à défaut, par le juge des tutelles, confère à ce mineur capacité pour accomplir tous les actes se rattachant au contrat de travail, notamment pour percevoir ses salaires ».* Ici aussi, point de juge des tutelles des mineurs.

432. Les modifications apportées au Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre incluant l'expression « juge des tutelles des mineurs ».- Les articles L. 473 et L. 476 du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre, relatifs aux pupilles de la nation, ont été également modifiés. Dorénavant, il y est fait mention du « juge des tutelles des mineurs »[1021]. C'est le seul code de droit substantiel dans lequel

---

de la tutelle par le juge des tutelles, le greffier en chef du tribunal de grande instance ou le greffier, l'action en responsabilité est dirigée contre l'Etat qui dispose d'une action récursoire ».

[1021] Article L 473 du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre (trois premiers alinéas) : *« Si, dans les quinze jours qui ont suivi l'ouverture de la tutelles, la réunion du conseil de famille n'a pas été requise par le parent compétent, le juge des tutelles des mineurs du lieu d'ouverture de la tutelle est tenu*

apparaît cette dénomination. Il faut relever toutefois les circonstances particulières de cette modification. Au sein de ces articles, dans la rédaction antérieure à la loi du 12 mai 2009, il était fait mention du juge du tribunal d'instance et non du juge des tutelles. Ceci s'expliquait par le fait que les articles L. 473 et L. 476 du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre avaient été codifiés par un décret du 24 avril 1951 et n'avaient pas été modifiés depuis. Ainsi, ces dispositions n'avaient pas intégré le juge des tutelles, créé par la loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964. Force est de constater que ces évolutions étaient rendues nécessaires pour rectifier la compétence qui était attribuée au juge d'instance, et non au juge des tutelles, plus que par la nécessité d'intégrer l'expression « juge des tutelles des mineurs ».

433. L'illustration jurisprudentielle.- Dans la pratique jurisprudentielle, il est intéressant de relever que les termes « juge des tutelles des mineurs » peuvent être utilisés, l'expression *« juge aux affaires familiales »* ne semblant pas suffire. A titre d'illustration, il convient de présenter un avis du 25 mars 2013[1022] de la Cour de cassation qui énonce qu' *« hors le cas de tutelle avec conseil de famille, les représentants légaux d'un mineur ayant subi un préjudice résultant de faits volontaires ou non qui présentent le caractère matériel d'une infraction doivent recueillir l'autorisation du juge aux affaires familiales, en sa qualité de juge des tutelles des mineurs, préalablement à l'acceptation de l'offre d'indemnisation prévue par l'article 706-5-1 du code de procédure pénale, dès lors qu'elle emporte pour le mineur renonciation à un droit ».* Ici, la Cour de cassation juge nécessaire de préciser la compétence du juge aux affaires familiales en lui ajoutant la qualité de juge des tutelles des mineurs, à l'instar de la formule utilisée dans l'article L. 213-3-1 du Code de l'organisation judiciaire.

434. Les difficultés engendrées par la coexistence de différentes terminologies.- Finalement, pour une même réalité, il pourrait être fait usage de quatre expressions : juge des tutelles, juge des tutelles des mineurs, juge aux affaires familiales, juge aux affaires familiales

---

de convoquer d'office le conseil de famille. Il peut provoquer, par décision de justice, l'exclusion des personnes qu'il considère comme incapables ou indignes. A défaut des personnes prévues par les articles 376 et suivants du Code civil, modifiées par la loi du 20 mars 1917, pour composer ou compléter le conseil de famille du pupille de la nation, le juge des tutelles des mineurs fait appel d'abord aux membres, de l'un ou l'autre sexe, de l'office national, ensuite à toutes autres personnes agréées par l'office national. Toutefois, le mari et la femme ne peuvent faire partie du même conseil de famille. Une expédition de toute délibération du conseil de famille est envoyée immédiatement par le juge des tutelles des mineurs au procureur de la République et à l'office national ». Article L. 476, alinéa 1er, du même code : *« A la première réunion du conseil de famille, le juge des tutelles des mineurs fait connaître à l'assemblée les dispositions du présent titre et invite le conseil à délibérer sur l'utilité de la désignation par l'office national d'un conseiller de tutelle, de l'un ou de l'autre sexe, pour seconder l'action morale du tuteur sur l'orphelin et protéger celui-ci dans la vie »*.

exerçant les fonctions de juge des tutelles des mineurs[1023]. Cela est évidemment source de confusions et ceci pour deux raisons principales.

Tout d'abord, le juge des tutelles n'a pas disparu en tant que juridiction organique. Il connaît, cependant, aux termes de l'article 221-9 du Code de l'organisation judiciaire, essentiellement des mesures relatives à la protection des majeurs[1024]. Ainsi, à la lecture des dispositions des codes de droit substantiel, inchangées, il faut déterminer, derrière l'unique expression « juge des tutelles », s'il s'agit du juge des tutelles des majeurs ou du juge aux affaires familiales[1025], deux réalités organiques différentes.

Un autre facteur de complexité réside dans la confrontation entre les deux expressions « juge des tutelles » et « juge des tutelles des mineurs ». En effet, cette mise en parallèle laisse supposer que ce sont deux expressions de même nature. Pourtant, il n'en est rien[1026]. Au sein du Code de l'organisation judiciaire, lorsqu'il s'agit du juge des tutelles, cela se rapporte à l'organe qui s'occupe notamment des mesures de protection des majeurs. Au contraire, l'expression « juge des tutelles des mineurs » ne se réfère pas à un organe autonome mais à la matière dont le juge aux affaires familiales a à traiter.

[1022] Cass., avis, 25 mars 2013, n° 12-70019, publié au Bulletin.

[1023] Sans pouvoir prétendre à l'exhaustivité, il paraît important de relever que cette expression connaît de nombreuses variantes dans la jurisprudence. Il peut être ainsi question de *« juge aux affaires familiales en charge de la tutelle des mineurs »*. *Cf.,* Conclusions de M. l'avocat général J-D. SARCELET sous la demande d'avis formée auprès de la Cour de la cassation par le tribunal de grande instance de Besançon le 24 mars 2014 (Cass., avis, 24 mars 2014, *RJPF*, juin 2014, p. 31, note I. CORPART ; RTD*Civ.,* 2014, p. 336, note J. HAUSER). Dans l'avis de la Cour de cassation du 25 mars 2013 (n° 12-70019), il est fait mention du « *juge aux affaires familiales, en sa qualité de juge des tutelles des mineurs ».* Il faut également relever l'expression *« juge aux affaires familiales en charge des tutelles des mineurs »* : *cf.,* Juge aux affaires familiales, TGI Strasbourg, Ordonnance d'ouverture d'une tutelle d'état, 13 septembre 2011, RG 58-11-A-00324-01.

[1024] G. CHABOT, *Rép. Proc. civ.,* Dalloz, v° Tribunal d'instance (organisation et compétence civile) (2013), n° 201 : *« Encore convient-il de préciser que, depuis la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 (...), sa compétence concerne exclusivement la protection des majeurs : l'exacte dénomination de cette juridiction à part entière est donc aujourd'hui celle de « juge des tutelles des majeurs ».*

[1025] V. LARRIBAU-TERNEYRE, M. AZAVANT, *Rép. Proc. civ., cit. supra* note 67, n° 9 : *« Il faudra désormais prendre le soin de distinguer le juge des tutelles dans ses fonctions d'administration légale et de tutelle des mineurs-qui sera incarné par le juge aux affaires familiales- du juge des tutelles des majeurs- qui demeure de la compétence du juge du tribunal d'instance ».*

[1026] Tel est le cas, par exemple, de l'article 766 du Code civil qui énonce, dans un alinéa premier, que : *« le conjoint successible et les héritiers peuvent, par convention, convertir les droits d'habitation et d'usage en une rente viagère ou en capital »* avant de préciser que *« s'il est parmi les successibles parties à la convention un mineur ou un majeur protégé, la convention doit être autorisée par le juge des tutelles ».* Ici, le « juge des tutelles » de l'article 766 du Code civil représente deux réalités de nature différente, d'une part une matière, d'autre part une juridiction.

L'expression « juge des tutelles des mineurs » semble plutôt un facteur de complication que de simplification[1027]. Afin d'éviter des difficultés d'interprétation, source de conflits de compétence d'attribution, il aurait fallu rédiger simplement : *« le juge aux affaires familiales connaît 1° De l'émancipation, 2° De l'administration légale et de la tutelle des mineurs, 3° De la tutelle des pupilles de la nation ».* En parallèle, il conviendrait d'employer uniquement la notion de juge dans les codes de droit substantiel.

435. Passons à présent à l'étude de l'effet des nouvelles compétences du juge aux affaires familiales sur les conflits impliquant le juge des tutelles des majeurs.

Paragraphe 2. La dynamique des conflits impliquant le juge des tutelles des majeurs

436. Annonce de plan. Si quelques rares conflits impliquant le juge des tutelles, ancienne version, disparaissent (A), il convient de relever la création de nouveaux conflits entre le juge aux affaires familiales et le juge des tutelles des majeurs (B).

A. La disparition des conflits au cœur de la nouvelle compétence du juge aux affaires familiales

437. Avant la loi du 12 mai 2009, la rencontre des compétences du juge aux affaires familiales et celles du juge des tutelles n'entraînait que peu de conflits réels (1). Avec les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales ces rares conflits disparaissent (2).

1. Les conflits antérieurs entre le juge aux affaires familiales et le juge des tutelles

438. Un conflit réel s'agissant de la compétence en matière de désaccord quant à la représentation de l'enfant.- La compétence en matière de désaccords des titulaires de

[1027] G. MAUGAIN, *art. cit., supra* note 645, p. 10: *« Ce n'est pas simplifier les choses que de préciser que le JAF est le juge des tutelles des mineurs et d'opérer ensuite un renvoi à ce qui peut sembler être un nouveau juge*

l'autorité parentale s'agissant de la représentation de l'enfant dans des actions extra-patrimoniales[1028] était source d'un conflit.

Le mineur n'ayant pas la capacité d'exercer ses droits, ses parents le représentent dans tous les actes de la vie civile[1029]. Aux termes des articles 389-4[1030] et 389-5[1031] du Code civil, dans l'hypothèse de l'administration légale[1032], si les parents peuvent accomplir seul certains actes, ils doivent obtenir l'accord de l'autre pour les actes que le tuteur ne pourrait accomplir qu'avec l'autorisation du conseil de famille[1033]. Il en est ainsi par exemple en matière d'actions portant sur des droits extrapatrimoniaux[1034]. S'il existe un désaccord entre les parents, un juge peut intervenir.

Avant la loi du 12 mai 2009, un conflit de compétence d'attribution pouvait exister. D'une part, le juge aux affaires familiales pouvait se reconnaître compétent au sens de sa compétence générale en cas de désaccord entre les parents exerçant en commun l'exercice de l'autorité parentale[1035]. D'autre part, la compétence du juge des tutelles pouvait être retenue sur le fondement de l'article 389-5 du Code civil qui énonçait qu' *« à défaut d'accord entre les parents, l'acte doit être autorisé le cas échéant, par le juge des tutelles ».* Il avait été

---

unique alors qu'il ne s'agit que d'une nouvelle fonction du JAF ».

[1028] G. RAYMOND, *Rép,. Civ., cit.,* supra note 985, n° 15 : *« Avant la loi du 12 mai 2009, le conflit pouvait aussi exister avec le juge aux affaires familiales. Mais l'article L. 213-3-1 du code de l'organisation judiciaire, tel qu'il résulte de la loi du 12 mai 2009, confiant au juge aux affaires familiales les fonctions de juge des tutelles des mineurs, a par le fait même, fait disparaître ces conflits. Le juge aux affaires familiales, connaissant la globalité de la situation de l'enfant, pourra éventuellement décider de l'ouverture d'une tutelle si l'intérêt de l'enfant l'exige ».*

[1029] G. RAYMOND, *Rép. Civ., cit.,* supra note 985, n° 55 : *« Cette représentation ne se limite cependant pas aux actes patrimoniaux. En effet, l'administrateur légal peut aussi représenter le mineur dans l'exercice de ses droits extrapatrimoniaux ».*

[1030] Article 389-4 du Code civil : *« Dans l'administration légale pure et simple, chacun des parents est réputé, à l'égard des tiers, avoir reçu de l'autre le pouvoir de faire seul les actes pour lesquels un tuteur n'aurait besoin d'aucune autorisation ».*

[1031] Article 389-5 du Code civil : *« Dans l'administration légale pure et simple, les parents accomplissent ensemble les actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille. A défaut d'accord entre les parents, l'acte doit être autorisé par le juge des tutelles. Même d'un commun accord, les parents ne peuvent ni vendre de gré à gré, ni apporter en société un immeuble ou un fonds de commerce appartenant au mineur, ni contracter d'emprunt en son nom, ni renoncer pour lui à un droit, sans l'autorisation du juge des tutelles. La même autorisation est requise pour le partage amiable, et l'état liquidatif doit être approuvé par le juge des tutelles. Si l'acte cause un préjudice au mineur, les parents en sont responsables solidairement ».*

[1032] Pour l'administration légale sous contrôle judiciaire A. GOUTTENOIRE, *Rép. Proc. civ.,* Dalloz, v° Mineurs (2010-Mise à jour 2012), n°156 : *« Lorsque l'autorité parentale est exercée par un seul des parents, ce dernier est titulaire d'une administration légale sous contrôle judiciaire (C. civ., art. 389-2). Il doit solliciter du juge aux affaires familiales une autorisation pour accomplir les actes pour lesquels le tuteur doit être autorisé par le conseil de famille ; il peut, en revanche, accomplir seul les autres actes (art. 389-6). Ainsi peut-il intenter seul les actions patrimoniales, mais il a besoin d'une autorisation du juge des tutelles pour les autres procédures ».*

[1033] V. LARRIBAU-TERNEYRE, M. AZAVANT, *Rép. Proc. civ., cit. supra* note 67, n° 185.

[1034] C.NEIRINCK, *Rép. Civ.,* Dalloz, v° Enfance (2008-Mise à jour 2013), n° 60.

[1035] *Cf., supra* par. n 369 et ss.

proposé de définir le critère de compétence à partir de la distinction entre l'autorité parentale au sens strict et l'administration légale[1036]. Si l'acte sur lequel portait le désaccord des parents ressortait du domaine extrapatrimonial, la compétence du juge aux affaires familiales pouvait être retenue. Au contraire, la compétence du juge des tutelles prévalait pour trancher un désaccord relatif à un acte relevant du domaine patrimonial. Il pouvait également être relevé que la question de la représentation était liée à l'administration légale et ainsi, le juge des tutelles était toujours compétent.

439. Un second conflit : l'hypothèse d'une tutelle ouverte sur le fondement de l'article 391 du Code civil.- Dans le cadre de la tutelle ouverte sur le fondement de l'article 391 du Code civil[1037], il y a coexistence d'un tuteur et d'un ou des parents. A diverses reprises, la question a été posée de savoir si l'administrateur légal conservait l'autorité parentale ou s'il la perdait au profit du tuteur. Cette question fut d'ailleurs posée dans le cadre d'une demande d'avis formée auprès de la Cour de cassation par le tribunal de grande instance de Besançon le 10 décembre 2013. Il était demandé à la Cour de cassation de s'intéresser à la question suivante : *« Dans le cas, prévu à l'article 391, alinéa 1er, du Code civil, d'ouverture d'une tutelle à l'égard d'un mineur placé sous l'administration légale sous contrôle judiciaire de l'un de ses parents, l'administrateur légal sous contrôle judiciaire perd-il l'exercice de l'autorité parentale au profit du tuteur de l'enfant ou, à défaut, comment et le cas échéant sous le contrôle de quel juge se concilient l'exercice de l'autorité parentale de l'administrateur légal sous contrôle judiciaire et le pouvoir de tutelle confié au tuteur ? ».* La Cour de cassation rejette cette demande d'avis[1038] considérant que la question n'est pas nouvelle et qu'elle ne présente pas de difficulté sérieuse. La Cour de cassation a, en effet, déjà répondu à cette question[1039]. La Cour de cassation reprend d'ailleurs dans son avis la teneur de ces décisions en énonçant que *« la tutelle prévue à l'article 391 du Code civil a pour seul*

[1036] Ph. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2e éd., 2014, p. 652.

[1037] Article 391 du Code civil : « D*ans le cas de l'administration légale sous contrôle judiciaire, le juge des tutelles peut, à tout moment, soit d'office, soit à la requête de parents ou alliés ou du ministère public, décider d'ouvrir la tutelle après avoir entendu ou appelé, sauf urgence, l'administrateur légal. Celui-ci ne peut faire, à partir de la demande et jusqu'au jugement définitif, sauf le cas d'urgence, aucun acte qui requerrait l'autorisation du conseil de famille si la tutelle est ouverte. Le juge des tutelles peut aussi décider, mais seulement pour cause grave, d'ouvrir la tutelle dans le cas d'administration légale pure et simple. Dans l'un et l'autre cas, si la tutelle est ouverte, le juge des tutelles convoque le conseil de famille qui pourra soit nommer tuteur l'administrateur légal, soit désigner un autre tuteur ».*

[1038] Cass., avis, 24 mars 2014, *RJPF*, juin 2014, p. 31, note I. CORPART : RTD*Civ.,* 2014, p. 336, note J. HAUSER.

[1039] A titre d'illustration : Cass., 1e civ., 13 décembre 1994, RTD*Civ.,* 1995, p. 599, note J. HAUSER.

objet de pallier la carence de l'administrateur légal dans la gestion des biens du mineur et ne porte pas atteinte à l'exercice de l'autorité parentale ». Une fois cette précision apportée, la question consistant à savoir quelle juridiction saisir en cas de conflits entre le tuteur et le ou les parents a son intérêt.

Il est certain que la compétence d'attribution était différente selon qu'était privilégiée l'administration légale ou l'autorité parentale. Dans la première hypothèse, il était fait appel au juge des tutelles alors que dans la seconde hypothèse, le juge aux affaires familiales était reconnu compétent.

440. Avec les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales, ces deux conflits prennent fin.

2. La suppression des conflits réels

441. Les effets de la nouvelle compétence du juge aux affaires familiales en matière d'autorité parentale portant sur l'aspect patrimonial.- La loi du 12 mai 2009 donne compétence au juge aux affaires familiales pour ce qui concerne l'administration légale et la tutelle. Ainsi, les conflits pouvant naître en matière de représentation du mineur et en matière de tutelle ouverte sur le fondement de l'article 391 du Code civil prennent fin puisque le juge aux affaires familiales est compétent pour les différents aspects de l'autorité parentale.

442. La fin du conflit en matière de tutelle ouverte sur le fondement de l'article 391 du Code civil.- En matière de tutelle ouverte sur le fondement de l'article 391 du Code civil, il convient de noter que l'avocat général auprès de la Cour de cassation, concluant au rejet de la demande d'avis[1040] du tribunal de grande instance de Besançon, propose d'ailleurs de reconnaître la compétence du juge aux affaires familiale si la Cour de cassation décidait de répondre[1041] à la question du juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de Besançon.

[1040] Avis de l'avocat général auprès de la Cour de cassation dans le cadre de la demande d'avis n° S13700010 : *« la conciliation de l'exercice de l'autorité parentale par l'administrateur légal sous contrôle judiciaire et du pouvoir de tutelle confié au tuteur s'opère sous le contrôle du juge aux affaires familiales ».*

[1041] Dans sa réponse, la Cour de cassation (Cass., avis, 24 mars 2014, *RJPF*, juin 2014, p. 31, note I. CORPART ; RTD*Civ.,* 2014, p. 336, note J. HAUSER) ne s'intéresse pas à la compétence d'attribution en cas de désaccord entre le tuteur et le ou les parents puisque la Cour décide qu'il n'y a pas lieu à avis.

443. La fin du conflit en matière de représentation du mineur.- De manière générale, le conflit en matière de représentation du mineur prend fin puisque le juge aux affaires familiales est compétent pour l'administration légale et qu'en parallèle, l'article 389-5 du Code civil est inchangé[1042].

444. Illustration en matière de changement de nom.- Cette conclusion s'applique également dans l'hypothèse spécifique de la demande de changement de nom de l'enfant mineur en cas de désaccord des titulaires de l'autorité parentale pour une telle demande. Il nous appartient de vérifier que le juge qui peut trancher le désaccord est bien le juge aux affaires familiales, étant donné ses nouvelles compétences en matière de tutelle des mineurs et d'administration légale.

445. L'hypothèse étudiée : le changement administratif.- Au préalable, il convient de rappeler qu'en présence d'un désaccord des titulaires de l'autorité parentale sur le nom de leur enfant, il ne peut y avoir d'intervention judiciaire pour changer le nom[1043], la seule possibilité envisagée pour une modification de nom étant une démarche administrative[1044]. L'article 61 du Code civil, dans son alinéa premier, énonce que *« toute personne qui justifie d'un intérêt légitime peut demander à changer de nom ».* Le décret n° 94-52 du 20 janvier 1994, relatif à la procédure de changement de nom, ne comprenait aucune disposition relative à la demande

---

[1042] A. GOUTTENOIRE, *Rép. Proc. civ., cit., supra* note 1032, n° 160.

[1043] CA Versailles, 29 juillet 2005, *Dr. Fam.,* 2005, Comm. n° 209, note P. MURAT : « L*a question est tranchée dans un sens radical par l'ordonnance du 4 juillet 2005 : l'article 334-3 du Code civil est abrogé et ne retrouve aucun équivalent dans les dispositions sur le nom désormais regroupées aux articles 311-21 et suivants sous une section « Des règles de dévolution du nom de famille ». Comme le note le rapport au Président de la République (JO 6 juill. 2005, p. 11155 et s.), « il convenait de choisir entre permettre à tous les parents de demander le changement du nom de leur enfant lorsqu'ils n'ont pu faire le choix au moment de la déclaration de naissance (désaccord, absence, décès...) ou interdire ce changement pour tous. Compte tenu, d'une part, du choix qui est désormais offert aux parents lors de la déclaration de naissance ou lors de l'établissement du second lien de filiation, d'autre part, du principe d'intangibilité du nom, enfin, de l'objectif fixé par l'habilitation de préserver l'enfant des conflits et de sécuriser son état, le choix a été fait de faire disparaître le changement judiciaire du nom de l'enfant ». Le législateur a fait le choix de l'égalité par la raideur : l'avenir nous dira si cette position est vraiment tenable dans un droit de plus en plus enclin à faire une place aux volontés. On peut sérieusement en douter ».* Il existe toutefois une exception. *Cf.,* Cass., avis, 13 septembre 2010, RTD*Civ.,* 2010, p. 759, note J. HAUSER: *« Le tribunal de grande instance, saisi par les parties d'une demande de changement de nom d'un enfant, formée à l'occasion d'une action aux fins d'établissement judiciaire d'un second lien de filiation (...), est compétent, sur le fondement de l'article 331 du Code civil, pour statuer sur l'attribution du nom de famille en cas de désaccord entre les parents et peut décider, en considération de l'ensemble des intérêts en présence et plus particulièrement de celui supérieur de l'enfant, soit de la substitution du nom du parent à l'égard duquel la filiation est établie judiciairement en second lieu, au nom porté jusque là par l'enfant, soit de l'adjonction de l'un des noms à l'autre ».*

[1044] Devant les difficultés entraînées par la suppression d'un changement judiciaire du nom, il est proposé de rétablir cette possibilité. *Cf.,* M-L. CICILE-DELFOSSE, Plaidoyer pour le rétablissement du changement judiciaire du nom de famille, *Dr. fam.,* 2014, Etude 11.

faite au nom d'un mineur par les titulaires de l'autorité parentale. Cependant, le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 énonce dans son article 84 qu' *« à peine d'irrecevabilité, la demande (...) est accompagnée des pièces suivantes : 7° lorsque la demande pour le compte d'un mineur n'est pas présentée par ses deux parents exerçant en commun l'autorité parentale, l'autorisation du juge des tutelles ou, en cas d'ouverture de la tutelle, celle du conseil de famille ».*

446. La compétence d'attribution quant à l'autorisation judiciaire.- L'autorisation judiciaire est nécessaire lorsque les parents, exerçant de manière conjointe ou unilatérale[1045] l'autorité parentale, ne sont pas d'accord pour entamer une démarche de modification administrative du nom. Nous avons vu qu'en cas de désaccord des titulaires de l'autorité parentale représentant l'enfant dans des actes extrapatrimoniaux, la compétence du juge aux affaires familiales s'impose en matière d'autorisation judiciaire depuis la loi du 12 mai 2009. Qu'en est-il dans l'hypothèse de changement de nom, étant donné que le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005, toujours en vigueur donne compétence au juge des tutelles ? Cela est d'autant plus important à déterminer que la compétence du juge aux affaires familiales, en pareille situation, avait été affirmée dans un arrêt du Conseil d'Etat du 27 juillet 2005[1046]. En l'espèce, la mère avait l'exercice exclusif de l'autorité parentale, un décret avait autorisé le changement de nom de ses trois enfants mineurs et le père avait demandé l'annulation de ce décret. La décision du Conseil d'Etat avait accueilli sa demande en énonçant que *« l'exercice exclusif de l'autorité parentale ne peut à lui seul, alors que l'autre parent ne s'est pas vu retirer cette autorité, permettre à son titulaire de solliciter le changement du nom des enfants mineurs du couple, sans recueillir l'accord de l'autre parent ».* Le Conseil d'Etat avait précisé la juridiction compétente en indiquant « *qu'en cas de désaccord, il appartient au parent qui souhaite engager la procédure de changement de nom de saisir le juge aux affaires familiales ».* Il convient toutefois de relever que cette décision du Conseil d'Etat est antérieure au décret du 28 décembre 2005 qui avait institué la compétence du juge des tutelles.

447. La solution à préconiser.- Il semble pertinent d'affirmer que le décret du 28 décembre 2005 ne peut avoir comme conséquence d'apporter une réponse différente de la compétence du juge aux affaires familiales. Il est à considérer que le juge aux affaires

[1045] CE, 27 juillet 2005, RTD*Civ.,* 2005, p. 753, note J. HAUSER.
[1046] CE, 27 juillet 2005, arrêt *cit. supra* note 1045.

familiales en exerçant les fonctions de juge des tutelles des mineurs reprend les compétences du juge des tutelles qu'il avait vis-à-vis des mineurs, ceci comprenant les compétences éparses.

448. Le juge aux affaires familiales hérite des compétences du juge des tutelles en matière de protection des mineurs. Par conséquent, les conflits ayant pu exister entre le juge aux affaires familiales et le juge des tutelles disparaissent. Cependant, ce transfert de compétences crée également des conflits entre le juge aux affaires familiales et le juge des tutelles des majeurs.

B. La création de nouveaux conflits entre le juge aux affaires familiales et le juge des tutelles des majeurs

449. La nouvelle compétence du juge aux affaires familiales nécessite une étude précise afin d'éviter des conflits avec le juge des tutelles des majeurs. Il est, en effet, important de distinguer entre la compétence du juge aux affaires familiales, faisant fonction de juge des tutelles des mineurs et la compétence du juge des tutelles, faisant fonction de juge des tutelles des majeurs. Il convient de relever deux situations dans lesquelles la détermination de la compétence peut aboutir à un conflit de compétence. Il s'agit, d'une part, de la constatation de l'empêchement d'un mineur à exprimer sa volonté dans le cadre d'une demande de nationalité française (1) et d'autre part de la compétence lorsqu'il faut, dans le cadre d'une absence présumée, pourvoir à l'établissement des enfants de l'absent présumé (2).

1. Le constat de l'empêchement d'un mineur d'exprimer sa volonté dans le cadre d'une demande de nationalité française

450. La présentation de l'article 17-3 du Code civil.- Il convient de s'intéresser à l'article 17-3 du code civil[1047], cet article illustrant la difficulté à déterminer la juste compétence dans certaines hypothèses entre juge aux affaires familiales et juge des tutelles des majeurs. Dans son premier alinéa, cet article énonce que *« les demandes en vue d'acquérir, de perdre la nationalité française ou d'être réintégré dans cette nationalité, ainsi que les déclarations de*

nationalité, peuvent, dans les conditions prévues par la loi, être faites, sans autorisation, dès l'âge de seize ans ». Ensuite, dans ses alinéas successifs, l'article 17-3 du Code civil s'intéresse à la représentation du mineur dans une telle démarche. Ainsi, l'alinéa 2 mentionne que *« le mineur âgé de moins de seize ans doit être représenté par celui ou ceux qui exercent à son égard l'autorité parentale »*. A l'alinéa 3, il est déclaré que *« doit être pareillement représenté tout mineur dont l'altération des facultés mentales ou corporelles empêche l'expression de la volonté. L'empêchement est constaté par le juge des tutelles d'office, à la requête d'un membre de la famille du mineur ou du ministère public, au vu d'un certificat délivré par un médecin spécialiste choisi sur une liste établie par le procureur de la République »*. Enfin au dernier alinéa, il est précisé que *« lorsque le mineur mentionné à l'alinéa précédent est placé sous tutelle, sa représentation est assurée par le tuteur autorisé à cet effet par le conseil de famille »*.

451. La détermination de la compétence d'attribution.- Comme nous sommes dans le domaine de la représentation du mineur, la première réponse quant à la compétence d'attribution en matière de constatation de l'empêchement du mineur d'exprimer sa volonté correspondant à l'alinéa 3 de l'article serait de désigner le juge aux affaires familiales, compétent en matière d'administration légale selon l'article L. 213-3-1 du Code de l'organisation judiciaire. Cependant, en matière de protection des mineurs, il n'est fait mention nulle part d'une altération de leur faculté qui conduirait à une telle protection. C'est automatiquement que cette protection leur est accordée du fait de leur minorité. La constatation d'une altération des facultés mentales ou psychologiques relève plutôt d'une condition liée à la protection des majeurs. En effet, l'article 425, alinéa 1er énonce que *«toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue au présent chapitre »*. Il convient de rappeler que ce chapitre auquel il est fait référence porte sur les mesures de protection juridique des majeurs. Ainsi, la compétence dans le cadre de l'article 17-3 du Code civil doit-elle être déterminée par l'âge de la personne à représenter ou par la démarche à effectuer ? Pour une cohérence des compétences, l'âge devrait être le facteur déterminant et donc appeler la compétence du juge aux affaires

[1047] Dans sa version telle que modifiée par la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007.

familiales. Ce dernier va devoir ainsi s'intéresser à la démarche mise en œuvre en matière de protection des majeurs !

2. L'établissement des enfants dans le cadre d'une présomption d'absence

452. La compétence du juge des tutelles.- Une autre hypothèse illustre la difficulté de déterminer la juste compétence entre celle du juge aux affaires familiales faisait fonction de juge des tutelles des mineurs et celle du juge des tutelles des majeurs. Il s'agit de la situation prévue à l'article 114 du Code civil qui prévoit que *« sans préjudice de la compétence particulière attribuée à d'autres juridictions, aux mêmes fins, le juge fixe, le cas échéant, suivant l'importance des biens, les sommes qu'il convient d'affecter annuellement à l'entretien de la famille ou aux charges du mariage. Il détermine comment il est pourvu à l'établissement des enfants ».* Lorsqu'il faut déterminer qui est ce juge cité à l'article 114 du Code civil, il convient de désigner le juge des tutelles. En effet, l'article 112 du Code civil énonce que *« lorsqu'une personne a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence sans que l'on en ait eu des nouvelles, le juge des tutelles peut, à la demande des parties intéressées ou du ministère public constater qu'il y a présomption d'absence ».* Au sein des articles 113 et 114 du Code civil, il est fait uniquement mention du terme générique « juge ». Ainsi, en l'absence de précisions au sein de l'article 114 du Code civil, il est possible d'opérer un renvoi à l'indication de l'article 112 du Code civil. D'autant plus, qu'entre les deux articles, aucun autre juge n'est précisé. Ainsi, c'est du juge des tutelles dont il s'agit dans le cadre de l'article 114 du Code civil.

453. Le juge des tutelles des mineurs ou le juge des tutelles des majeurs?- Cependant, de quel juge des tutelles s'agit-il ? Est-ce le juge aux affaires familiales qui fait fonction de juge des tutelles des mineurs ou est-ce le juge des tutelles des majeurs? Cette question peut être posée car au sein de l'article 114 du Code civil, il est question d'enfants. Faut-il alors appliquer la règle dégagée plus haut ? S'il s'agit de mineurs, c'est le juge aux affaires familiales et s'il s'agit de majeurs protégés, c'est le juge des tutelles des majeurs? Cependant, une différence apparaît avec les articles auxquels avait pu être appliqué cette règle. En effet, dans le cadre de l'article 114, il n'est pas question de majeurs protégés. Il convient plutôt de constater que le juge compétent est celui compétent en matière de constatation de présomption d'absence et, selon l'article L. 221-9 du Code de l'organisation judiciaire, c'est le juge des

tutelles qui connaît de « la constatation de la présomption d'absence », compétence inchangée par la loi du 12 mai 2009, donc le juge des tutelles des majeurs.

454. Le juge aux affaires familiales ?- Il est possible d'aller plus loin dans le raisonnement et de vérifier également qu'il ne s'agit pas ici du juge aux affaires familiales compétent dans le domaine de l'obligation d'entretien. En effet, selon l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, *« le juge aux affaires familiales connaît : (...) 2° Des actions liées à la fixation de l'obligation alimentaire, (...) et de l'obligation d'entretien ».* Ainsi, le juge aux affaires familiales a une compétence générale en matière d'obligation d'entretien définie comme l'obligation incombant aux père et mère d'entretenir leurs enfants mineurs. Dans le cadre de l'article 114 du Code civil, le juge des tutelles des majeurs fixe les obligations qui naissent de la présence d'enfants. L'obligation d'entretien est incluse dans « les sommes qu'il convient d'affecter annuellement à l'entretien de la famille » puisque le parent, s'il n'était pas absent, serait tenu d'une telle obligation envers ses enfants. Cette somme affectée annuellement pallie l'absence du parent et l'impossibilité de remplir son devoir d'entretien. Cette compétence du juge des tutelles des majeurs rejoint celle du juge aux affaires familiales en matière d'obligation d'entretien. Le juge des tutelles des majeurs détermine également « comment il est pourvu à l'éducation des enfants ». Cette action fait-elle partie de l'obligation d'entretien auquel cas le juge des tutelles des majeurs empièterait, là aussi, sur les compétences du juge aux affaires familiales ou est-ce une action particulière qui n'appartient qu'au juge des tutelles des majeurs ? Aux termes de l'article 204 du Code civil, *« l'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement »*. Il peut en être déduit qu'il s'agit là d'une action spécifique. Si le parent est absent, les enfants ont droit à l'établissement, ce qui ne serait pas possible dans une situation normale. Mais, en interprétant très largement *« comment il est pourvu à l'établissement des enfants »*, un parallèle peut être fait entre cette situation et celle où l'obligation d'entretien ne s'arrête pas à 18 ans afin que l'enfant puisse s'établir dans la vie en poursuivant des études, par exemple. L'alinéa deux de l'article 371-2 du Code civil, dont l'application relève de la compétence du juge aux affaires familiales, énonce, en effet que : *« cette obligation* (d'entretien) *ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur »*. Avec cette interprétation, il y aurait empiètement du juge des tutelles des majeurs sur une compétence du juge aux affaires familiales car l'action « d'établissement des enfants » rentrerait dans le cadre plus large du devoir d'entretien. Cependant, nous sommes en présence d'un conflit apparent.

En effet, à travers l'étude des différentes dispositions, il apparaît que le juge des tutelles des majeurs n'est compétent que dans le contexte de la présomption d'absence. Aucune jurisprudence n'a pu être repérée sur cette question notamment car la compétence du juge des tutelles des majeurs dans le cadre de l'article 114 du Code civil est rarement mise en œuvre[1048].

[1048] En 2010, il y a eu uniquement 3 saisines pour une demande de constatation de présomption d'absence. *Cf.,* Annuaire statistique de la justice, La Documentation Française, 2012.

Conclusion de la Section 1

455. La centralisation des compétences auprès du juge aux affaires familiales.- La loi du 12 mai 2009 en attribuant la connaissance de l'administration légale, de l'émancipation et de la tutelle au juge aux affaires familiales centralise auprès de cette juridiction les questions extra-patrimoniales et patrimoniales pouvant concerner le mineur. Dans le sens de la centralisation des compétences, il peut être proposé de transférer au juge aux affaires familiales, faisant fonction de juge des tutelles des mineurs, la compétence du président du tribunal de grande instance en matière d'autorisation judiciaire nécessaire pour un mineur émancipé souhaitant être commerçant[1049].

456. Des effets limités en termes de réduction des conflits de compétence d'attribution.- Il convient de noter que la disparition du juge des tutelles de l'administration légale, de la tutelle des mineurs et de l'émancipation entraîne la suppression de quelques rares conflits qui ont pu exister entre le juge aux affaires familiales et le juge des tutelles, ancienne version. Mais les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales ont aussi créé de nouveaux conflits entre le juge aux affaires familiales et le juge des tutelles des majeurs.

457. Une suggestion d'amélioration.- Afin d'éviter des difficultés d'interprétation, source de conflits de compétence d'attribution, il est proposé de rédiger l'article L. 213-3-1 de la manière suivante : *« le juge aux affaires familiales connaît 1° De l'émancipation, 2° De l'administration légale et de la tutelle des mineurs, 3° De la tutelle des pupilles de la nation ».* Parallèlement, il conviendrait d'employer uniquement le terme « juge » dans les codes de droit substantiel.

[1049] *Cf., supra* par. n° 431.

Section 2.

Les conflits hérités du juge des tutelles

458. Avec la fin de ses compétences en matière d'autorité parentale, dans sa dimension patrimoniale, le juge des tutelles se trouve en grande partie écarté des conflits de compétence d'attribution. Cependant, les conflits qui l'impliquaient, avant la loi du 12 mai 2009, n'ont pas disparu. Le juge aux affaires familiales en hérite. Il doit dorénavant se confronter à des conflits réels (paragraphe 2) mais également à des conflits apparents (Paragraphe 1).

Paragraphe 1. Le conflit apparent en matière d'ouverture de tutelle

459. Les hypothèses de mise en place d'une mesure de tutelle.- La mesure de tutelle est ouverte, par le juge, de plein droit[1050] lorsque l'enfant est privé de la protection de ses parents, ceux-ci étant notamment, décédés ou privés de l'exercice de l'autorité parentale[1051], mais elle peut être également ouverte par le juge, dans des situations où il devrait y avoir lieu à l'administration légale ou l'administration légale sous contrôle judiciaire, dans le cadre de l'article 391 du Code civil[1052].

460. La compétence d'attribution.- Jusqu'à la loi du 12 mai 2009, le juge des tutelles était compétent en matière d'ouverture de tutelle. Depuis cette modification législative, le juge aux affaires familiales est compétent selon l'article L. 213-3-1 du Code de l'organisation judiciaire. Cependant, dans certains cas exceptionnels, le tribunal de grande instance peut

---

[1050] Même si les conditions d'ouverture de plein droit de la tutelle sont remplies, le juge des tutelles doit intervenir pour la mise en place des organes de la tutelle. *Cf.,* V. LARRIBAU-TERNEYRE, M. AZAVANT, *Rép. Proc. civ., cit. supra* note 67, n° 256 ; F. TERRE, D. FENOUILLET, Les personnes- Personnalité-Incapacité-Protection, Dalloz, 8 ed., 2012, p. 539.

[1051] *Cf.,* Article 390 du Code civil.

[1052] Article 391 du Code civil : *« Dans le cas de l'administration légale sous contrôle judiciaire, le juge des tutelles peut, à tout moment, soit d'office, soit à la requête de parents ou alliés ou du ministère public, décider d'ouvrir la tutelle après avoir entendu ou appelé, sauf urgence, l'administrateur légal. Celui-ci ne peut faire, à partir de la demande et jusqu'au jugement définitif, sauf le cas d'urgence, aucun acte qui requerrait l'autorisation du conseil de famille si la tutelle était ouverte. Le juge des tutelles peut aussi décider, mais seulement pour cause grave, d'ouvrir la tutelle dans le cas d'administration légale pure et simple. Dans l'un et l'autre cas, si la tutelle est ouverte, le juge des tutelles convoque le conseil de famille qui pourra soit nommer tuteur l'administrateur légal, soit désigner un autre tuteur ».*

intervenir à l'occasion de l'ouverture de la tutelle ainsi que le juge aux affaires familiales, au titre de sa compétence en matière d'autorité parentale quant à la personne de l'enfant.

Le juge aux affaires familiales peut confier l'enfant à un tiers, selon l'article 373-3 alinéa 1er, *« à titre exceptionnel et si l'intérêt de l'enfant l'exige, notamment lorsque l'un des parents est privé de l'exercice de l'autorité parentale »*. Il peut également prévoir au moment de la séparation des parents, qu'au décès du parent qui exerce l'autorité parentale, l'enfant sera confié à un tiers. L'article 373-4 du Code civil précise que *« (...) le juge aux affaires familiales, en confiant l'enfant à titre provisoire à un tiers, peut décider qu'il devra requérir l'ouverture d'une tutelle »*.

Le tribunal de grande instance peut, quant à lui, requérir une tutelle lorsque l'enfant est confié à un tiers. Ainsi, lors de l'établissement d'une filiation, l'article 374-1 du Code civil énonce que *« le tribunal qui statue sur l'établissement d'une filiation peut décider de confier provisoirement l'enfant à un tiers qui sera chargé de requérir l'organisation de la tutelle ».* Dans le cadre de l'annulation de l'arrêté d'admission d'un enfant en qualité de pupille de l'Etat, selon l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles[1053], le tribunal de grande instance peut être amené à confier l'enfant au demandeur en le chargeant de requérir l'organisation d'une tutelle. Le tribunal de grande instance, selon l'article 380 du Code civil[1054], peut également confier l'enfant à un tiers, dans le cadre d'une mesure de retrait total

[1053] Article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles : *« I.-L'enfant est admis en qualité de pupille de l'Etat par arrêté du président du conseil général pris soit après la date d'expiration des délais prévus aux 1° à 4° de l'article L. 224-4 en cas d'admission en application de ces mêmes 1° à 4°, soit une fois le jugement passé en force de chose jugée lorsque l'enfant est admis dans les conditions prévues aux 5° ou 6° du même article. II.-L'arrêté mentionné au I peut être contesté par : 1° Les parents de l'enfant, en l'absence d'une déclaration judiciaire d'abandon ou d'un retrait total de l'autorité parentale ; 2° Les membres de la famille de l'enfant ; 3° Le père de naissance ou les membres de la famille de la mère ou du père de naissance, lorsque l'enfant a été admis en application du 1° de l'article L. 224-4 ; 4° Toute personne ayant assuré la garde de droit ou de fait de l'enfant. L'action n'est recevable que si le requérant demande à assumer la charge de l'enfant. III.-L'arrêté mentionné au I est notifié aux personnes mentionnées au 1° du II, ainsi qu'à celles mentionnées aux 2° à 4° du même II qui, avant la date de cet arrêté, ont manifesté un intérêt pour l'enfant auprès du service de l'aide sociale à l'enfance. Cette notification, qui est faite par tout moyen permettant d'établir une date certaine de réception, mentionne les voies et délais de recours ainsi que la juridiction compétente. Elle précise que l'action n'est recevable que si le requérant demande à assumer la charge de l'enfant. IV.-Le recours contre l'arrêté mentionné au I est formé, à peine de forclusion, devant le tribunal de grande instance dans un délai de trente jours à compter de la date de la réception de sa notification. V.-S'il juge la demande conforme à l'intérêt de l'enfant, le tribunal prononce l'annulation de l'arrêté mentionné au I et confie l'enfant au demandeur, à charge, le cas échéant, pour ce dernier de requérir l'organisation de la tutelle, ou lui délègue les droits de l'autorité parentale. Dans le cas où il rejette le recours, le tribunal peut autoriser le demandeur, dans l'intérêt de l'enfant, à exercer un droit de visite dans les conditions qu'il détermine ».*

[1054] Article 380 du Code civil : *« En prononçant le retrait total ou partiel de l'autorité parentale ou du droit de garde, la juridiction saisie devra, si l'autre parent est décédé ou s'il a perdu l'exercice de l'autorité parentale, soit désigner un tiers auquel l'enfant sera provisoirement confié à charge pour lui de requérir l'organisation de la tutelle, soit confier l'enfant au service départemental de l'aide sociale à l'enfance. Elle pourra prendre les*

ou partiel de l'autorité parentale, si l'autre parent est décédé ou a lui-même perdu l'exercice de l'autorité parentale, ou encore lorsque *« l'autorité parentale est dévolue à l'un des parents par l'effet du retrait total de l'autre »*[1055].

461. Les conflits de compétence d'attribution.- En termes de conflits de compétence d'attribution, le fait que le juge aux affaires familiales puisse confier à un tiers de requérir une tutelle n'a pas d'enjeu, puisque c'est ce même juge aux affaires familiales qui est compétent pour l'ouverture de la tutelle. Cependant, il convient de se demander si le tribunal de grande instance n'empiète pas sur les compétences du juge aux affaires familiales en matière de tutelle. Il faut toutefois constater que ce n'est qu'une *« incitation à agir »*[1056] de la part du tribunal de grande instance, ce n'est pas le tribunal de grande instance qui ouvre directement la tutelle ou qui s'adresse directement au juge aux affaires familiale pour ouvrir la tutelle, mais c'est le tiers désigné qui requiert l'ouverture de la tutelle. Le juge aux affaires familiales a toute latitude pour répondre à cette *« incitation à agir »,* sauf si les conditions d'ouverture de plein droit sont remplies. Ainsi, plus qu'un partage d'une compétence, il s'agit plutôt ici de juges qui ont une influence sur un domaine qui est de la compétence d'un autre juge[1057].

Paragraphe 2. L'existence de conflits réels

462. Le juge aux affaires familiales doit maintenant composer avec le juge des enfants en matière de protection des mineurs isolés (A). Il hérite également des conflits que le juge des tutelles pouvait rencontrer dans la nomination d'un administrateur *ad hoc* (B).

---

mêmes mesures lorsque l'autorité parentale est dévolue à l'un des parents par l'effet du retrait total de l'autorité parentale prononcé contre l'autre ».

[1055] Article 380 du Code civil.

[1056] J. CARBONNIER, *Droit civil, T1 : Les personnes : personnalité, incapacités, personnes morales*, PUF, 2000, 21e éd. refondue pour *« Les personnes »* ; 17e éd. refondue pour « Les incapacités », n° 128, p. 261.

[1057] Pour une vision plus complexe des relations mais toutefois antérieure à la loi du 12 mai 2009. *Cf.,* P. SALVAGE-GEREST, *JCl Civil code, cit., supra* note 1075, n° 82 : *« Si le législateur de 1993 avait cru mettre fin à l'éclatement des compétences entre les divers juges chargés de la protection de l'enfance en créant le juge aux affaires familiales, et si celui de 2002 avait cru simplifier les choses en alignant l'administration légale sur l'exercice de l'autorité parentale, ils se sont lourdement trompés. Pour ne prendre qu'un exemple, (...), la substitution d'un régime à l'autre en cours de minorité relève du juge des tutelles si elle est faite à titre principal ; du tribunal de grande instance si elle est la conséquence d'un changement d'état ; et si elle accompagne une décision relative à l'autorité parentale, elle est de la compétence, suivant les circonstances, soit du juge aux affaires familiales, soit du tribunal de grande instance, soit même, à la limite, d'une juridiction pénale (...) qui pourtant ne sont pas supposés connaître la consistance du patrimoine du mineur ni la façon dont il est géré au jour le jour ».*

A. La protection des mineurs isolés : un conflit supplémentaire entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants

463. Des conflits de compétence anciens entre le juge des enfants et le juge des tutelles.- Dans le cas du mineur isolé[1058], défini comme un mineur sans représentant légal[1059], et notamment du mineur isolé étranger[1060], des conflits de compétence ont pu exister entre le juge des tutelles et le juge des enfants. De nombreux arrêts l'ont démontré, et certains ont retenu la compétence du juge des enfants, d'autres, la compétence du juge des tutelles[1061]. Le problème avait été ainsi posé dans une décision du juge des enfants de Laval du 17 décembre 2002[1062] qui indiquait *« que la saisine du juge des enfants afin de pourvoir à l'accueil d'un mineur isolé (qu'il soit étranger ou non) pose nécessairement un problème de compétence, eu égard à la compétence exclusive du juge des tutelles en la matière».*

464. Annonce de plan.- En s'intéressant aux articles pouvant fonder la compétence de l'un ou de l'autre, le juge des enfants ne peut être déclaré compétent (1) contrairement au juge des tutelles, remplacé aujourd'hui dans ses fonctions par le juge aux affaires familiales (2).

[1058] Pour un aperçu des difficultés pratiques du traitement de la question : *Cf.,* M. LAMARCHE, Mineurs isolés étrangers en France : quand l'intérêt supérieur de l'enfant doit être mis en pratique, *Dr. Fam.,* 2010, Alerte 35. *Adde*, une circulaire a été prise par la Ministre de la justice pour préciser les modalités d'organisation retenues : *« pour limiter autant que faire se peut les disparités entre les départements s'agissant des flux d'arrivée des jeunes ; pour apporter aux jeunes toutes les garanties liées à la nécessaire protection de leur intérêt et au respect de leurs droits, et pour sécuriser leur statut ; pour harmoniser les pratiques des départements lors de la période de mise à l'abri, évaluation et orientation des jeunes, cette période étant destinée à s'assurer de leur minorité et de leur situation d'isolement sur le territoire français, conditions de leur prise en charge dans le cadre de l'aide sociale à l'enfance ». Cf.,* Circulaire du 31 mai 2013 relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers : dispositif national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation, NOR : /JUSF1314192 C. *Adde*, A. BOUIX, S. SLAMA, La fabrique d'un infra-droit d'exclusion, *AJ fam.,* 2014, p. 88.

[1059] A. ETIEMBLE, Les mineurs isolés étrangers en France, *Migrations Etudes*, 2002, n°109, p. 2.

[1060] A. ETIEMBLE, *art. cit., supra* note 1059, p. 1.

[1061] Y. FAVIER, note sous CA Paris, 24e ch. B, 7 décembre 2004 Juris-Data n° 2004-272251 et CA Paris, 24ième ch. B, 7 décembre 2004, Juris-Data n° 2004-272311, *JCP éd. G,* 2005, II, 10122, p. 1692 : *« Les hésitations de la pratique sont bien réelles et l'on assiste le plus souvent à une analyse au cas par cas, selon des critères qui restent relativement flous. Les juges des enfants, tout comme le juge des tutelles, sont tentés d'élaborer une doctrine qui leur est propre en fonction notamment de la volonté d'intégration des mineurs, de leur âge, des liens familiaux, de la situation politique ou sociale de leur pays d'origine, voire de la commission d'infraction sur le territoire français ».*

[1062] Tribunal de grande instance de Laval, ordonnance du juge des enfants, 17 décembre 2002, inédit.

1. L'introuvable fondement de la compétence du juge des enfants

465. Le danger : critère d'intervention du juge des enfants.- Le critère d'intervention du juge des enfants est le « danger » tel que défini à l'article 375 du Code civil[1063]. Ce principe s'applique à tous les mineurs sur le sol français[1064], quelle que soit leur nationalité et celle de leurs parents[1065]. Cependant, pour que le juge des enfants soit reconnu compétent, il faut effectivement un danger mais il faut également que les parents aient l'exercice de l'autorité parentale. Cela se déduit *a contrario* de l'article 375- 7 du Code civil qui débute ainsi : *« les père et mère de l'enfant bénéficiant d'une mesure d'assistance éducative continuent à exercer tous les attributs de l'autorité parentale qui ne sont pas inconciliables avec cette mesure ».* Les termes même d'assistance éducative indiquent qu'il s'agit d'assister les titulaires de l'autorité parentale dans l'éducation des enfants[1066]. L'objectif de l'assistance éducative est bien précisé par une décision du juge des enfants de Laval du 17 décembre 2002[1067] qui énonce que *« la procédure d'assistance éducative qui figure au titre du Code civil relatif à l'autorité parentale a pour objet, par définition, de contrôler, soutenir et aider les titulaires de l'autorité parentale en cas de défaillance dans l'exercice de cette autorité et non de répondre aux situations de vacance de l'autorité parentale ».* Si la compétence du juge des enfants est exclusive en matière d'assistance éducative, elle est encadrée dans les termes stricts des articles 375 et suivants. Ainsi, s'il y a vacance de l'autorité parentale, quel sera alors le juge compétent ?

[1063] *Cf., supra*, par. n° 332 et ss.

[1064] La Cour de cassation a précisé que la compétence du juge des enfants s'étend également au mineur étranger placé en zone d'attente. *Cf.,* Cass., 1e civ., 25 mars 2009, *D.* 2009, p. 1918, note A. GOUTTENOIRE ; *AJ fam.,* 2009, p. 225, note I. GALLMEISTER ; *RDSS*, 2009, p. 550, note M. BRUGGEMAN.

[1065] Cass., 1e civ., 27 octobre 1964, *D.* 1965, p. 81 ; Cass., 1e civ., 16 janvier 1979, n° 78-80002, publié au Bulletin. *Adde,* A. BOUIX, S. SLAMA, *art. cit., supra* note 1058, p. 84.

[1066] J-F. ESCHYLLE, M. HUYETTE, *JCl Civil code*, *cit., supra* note 807, n° 1 : *« Le but de l'assistance éducative est de protéger l'enfant en danger et de remédier aux difficultés qui compromettent l'épanouissement normal de la personnalité du mineur, tout en recherchant un certain équilibre entre cette protection et le respect de l'autorité parentale »* ; G. CORNU (dir.), *op. cit., supra* note 15, v° Assistance éducative : *« Aide spécifique à l'autorité parentale ; protection renforcée que la loi fonde le juge à établir en faveur de l'enfant mineur non émancipé dont la santé, la sécurité ou la moralité sont en danger ou dont les conditions d'éducation sont compromises (c.civ.a 375s). Désigne à la fois les mesures de protection que le juges des enfants peut prendre en de telles circonstances (confier l'enfant à un autre parent, à un tiers, à un établissement habilité, etc…) et l'ensemble des règles (de compétence, de procédure et de régime) qui font de l'assistance éducative, comme remède approprié à une situation de crise, une institution auxiliaire originale de l'autorité parentale ».*

[1067] Tribunal de grande instance de Laval, ordonnance du juge des enfants de Laval, 17 décembre 2002, inédit. Dans cette décision, le juge des enfants s'est déclaré incompétent.

2. L'affirmation de la compétence du juge aux affaires familiales

466. Le fondement textuel de la compétence du juge des tutelles avant la loi du 12 mai 2009.- Avant la loi du 12 mai 2009, l'étude des articles 373 et 390 du Code Civil conciliée à celle de l'article L. 221-9 du Code de l'organisation judiciaire aboutissait à la compétence du juge des tutelles. En effet, l'article 373 du Code civil énonçait qu'*« est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause ».* L'article 390 énonçait, quant à lui, que *« la tutelle s'ouvre lorsque le père et la mère sont tous deux décédés ou se trouvent privés de l'exercice de l'autorité parentale. Elle s'ouvre, aussi, à l'égard d'un enfant qui n'a ni père ni mère.* Ainsi, le décès des parents, leur incapacité ou leur impossibilité de s'occuper de leur enfant donnaient compétence au juge des tutelles et non au juge des enfants[1068]. Car l'article L. 221-9 du Code de l'organisation judiciaire indiquait que le juge des tutelles connaissait *« 2°* (…) *de la tutelle des mineurs »*. Un arrêt de la Cour d'appel de Versailles de 2003[1069] illustre cette position. En l'espèce, il s'agissait d'une mineure d'origine chinoise entrée clandestinement en France et n'ayant pas d'attaches familiales dans le pays. Le juge des enfants, ayant été saisi, avait décidé de placer l'enfant en désignant comme gardien l'aide sociale à l'enfance de l'Indre et Loire. Celle-ci, contestant la mesure, obtint satisfaction auprès de la cour d'Appel de Versailles. Puisque l'enfant était sans attaches familiales et qu'elle ne pouvait pas être rapatriée, une décision définitive relative à l'exercice de l'autorité parentale devait être prise, donnant ainsi compétence au juge des tutelles.

467. L'influence de l'article L. 112-3 du Code de l'action sociale et des familles sur la compétence du juge des enfants.- Il convient de se demander quelle est l'influence de l'article L. 112-3 du Code de l'action sociale et des familles sur la compétence du juge des enfants. En effet, depuis la loi du 5 mars 2007, l'article, qui porte sur les objectifs de la protection de l'enfance, énonce notamment que *« la protection de l'enfance a* (…) *pour but de prévenir les difficultés que peuvent rencontrer les mineurs privés temporairement ou*

[1068] CA Lyon, 18 juin 2001, ch. des mineurs. RG n° 62/01, arrêt n°125/01 ; Tribunal d'instance de Limoges Juge des tutelles, 3 octobre 2003, n°2003/121 ; P. SALVAGE-GEREST, note sous Cass., 1e civ., 3 novembre 2004, *Dr. fam.,* 2005, Comm. 122, p. 36 : *« Le juge des tutelles n'intervient pour confier un mineur à un tiers tuteur que lorsqu'il n'y a plus d'exercice possible de l'autorité parentale ».*

[1069] CA Versailles, 11 septembre 2003, RTD*Civ.,* 2004, p. 77, note J. HAUSER, *RDSS,* 2004, p. 187, note F. MONEGER.

définitivement de la protection de leur famille et d'assurer leur prise en charge »[1070]. Cependant, les termes « protection de l'enfance » employés dans l'article ne peuvent être limités au juge des enfants et aux mesures d'assistance éducative qu'il prend mais cela concerne également la protection administrative de l'enfance[1071] et toutes les différentes mesures mises en place par les autorités judiciaires, dont la tutelle[1072]. Ainsi, cet article ne modifie en rien la solution donnant compétence au juge des tutelles[1073].

468. Les fondements de la compétence du juge aux affaires familiales après la loi du 12 mai 2009.- Il convient de se demander si la compétence du juge aux affaires familiales doit aujourd'hui être affirmée. Bien que les articles 373 et 390 du Code civil soient inchangés, l'article L. 213-3-1 du Code de l'organisation judiciaire énonce dorénavant que le juge aux affaires familiales connaît de *« 1° De l'émancipation, 2° De l'administration légale et de la tutelle des mineurs ; 3°De la tutelle des pupilles de la nation ».* Il suffit de reporter cette compétence aux articles 373 et 390 du Code civil et la compétence du juge aux affaires familiales ne fait plus aucun doute, puisqu'en matière de mineurs étrangers isolés, c'est la question de la tutelle qui est en jeu.

469. Un nouveau conflit entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants.- La compétence nouvelle du juge aux affaires familiales engendre la création d'un nouveau conflit entre le juge des enfants et le juge aux affaires familiales. En effet, dans un premier temps, le critère de répartition entre les deux juges semble clair. S'il y a vacance de l'autorité parentale,

---

[1070] S. BERNIGAUD, Les enjeux de la réforme de la protection de l'enfance, *Dr. fam.,* 2007, Etude 23, n° 7.

[1071] S. BERNIGAUD, *art. cit., supra* note 1070, n° 14 : *« Le dispositif français de protection de l'enfance se distingue à la fois par son originalité et sa complexité puisqu'il est fondé sur une double protection administrative et judiciaire ».*

[1072] *Cf.,* Y. FAVIER, note sous CA Paris, 24ième ch. B, 7 décembre 2004, Juris-Data n° 2004-272251 et CA Paris, 24ième ch. B, 7 décembre 2004, Juris-Data n°2004-272311, arrêts. *cit., supra* note 1061, p. 1693 : *« Parmi les mesures de protection dont l'enfant peut bénéficier figurent l'assistance éducative mais également la tutelle. Il peut s'agir d'une tutelle familiale ou d'une tutelle déférée à l'Aide sociale à l'enfant voire, en l'absence de filiation connue notamment, d'une tutelle des pupilles de l'état, ou même, après une recherche des liens familiaux, d'une simple délégation de l'autorité parentale, d'un retrait de celle-ci ou encore d'une déclaration judiciaire d'abandon ».*

[1073] Pour une interprétation plus large de l'apport de cet article : *Cf.,* M. BRUGGEMAN, note sous Cass., 1e civ., 25 mars 2009, *RDSS*, 2009, p. 550 : L'auteur précise que *« l'obstacle de fond à l'intervention du juge des enfants à leur égard (les mineurs placés en zone d'attente) que constituait l'absence physique des parents a été récemment levé ». Elle indique dans une note que « l'assistance éducative implique en principe que le mineur soit soumis à une autorité parentale défaillante. Pour cette raison, la jurisprudence avait pu refuser d'en faire bénéficier un mineur étranger isolé (…). La loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection de l'enfance (JO 6 mars 2007 p. 4215) a choisi de modifier les objectifs de la protection de l'enfance chargée désormais de prévenir les « difficultés que peuvent rencontrer les mineurs privés temporairement ou*

même si il y a danger, c'est l'ouverture d'une tutelle[1074], dorénavant compétence du juge aux affaires familiales. Sinon, c'est le juge des enfants. Le droit substantiel est déterminant, encore une fois, pour retenir la juste compétence. Cependant, si la distinction est claire, la notion de *« vacance de l'autorité parentale »* est relativement imprécise lorsqu'il s'agit de préciser ses circonstances. Dans le cadre de l'article 390 du Code civil, il est question de décès des parents, d'un enfant qui n'a ni père, ni mère et de la privation de l'exercice de l'autorité parentale. Si les deux premières propositions ne posent pas de problèmes particuliers, il en va différemment de la privation de l'exercice de l'autorité parentale. Pour définir cette notion, il convient de se référer à l'article 373 du Code civil qui indique que la privation de l'exercice de l'autorité parentale provient du fait que le père ou la mère sont hors d'état de manifester leur volonté en raison de leur incapacité, leur absence ou toute autre cause. C'est ici que réside la principale difficulté, ces éléments étant peu clairs[1075]. Le premier terme de la série, l'incapacité, a l'avantage d'avoir une origine juridique mais il convient toutefois de relever que l'incapacité des père et mère ne les conduit pas forcément à être inapte à exprimer leur volonté[1076]. L'absence, quant à elle, pourrait relever du régime juridique applicable aux personnes déclarées absentes. Mais l'absence peut être un simple fait, sans traduction juridique et l'article 373 du Code civil ne nous semble pas assez précis pour pouvoir trancher. L'imprécision est aggravée par la proposition finale qui indique que le fait d'être *« hors d'état de manifester sa volonté »* peut provenir de *«toute autre cause».* Cette notion est imprécise alors qu'elle a des conséquences graves sur l'autorité parentale. Des exemples sont donnés par des auteurs pour illustrer la vacance de l'autorité parentale, comme un parent emprisonné[1077]

---

définitivement de la protection de leur famille » et d'assurer leur prise en charge (Art. L. 112-3 CASF), permettant par là même de faire bénéficier ces mineurs de l'assistance éducative ».

[1074] A propos de mineurs isolés, en l'espèce étrangers : *Cf.,* J. HAUSER, note sous CA Versailles, 11 septembre 2003, RTD*Civ.,* 2004, p. 78 : *« La seule solution juridique défendable est de faire ouvrir une tutelle (...) ».*

[1075] P. SALVAGE-GEREST, *JCl Civil code*, « Art. 389 à 393 », v° Fasc. 10, « Minorité.- Cas d'ouverture des différents régimes » (2008-Mise à jour 2010), n° 57 : *« Lorsqu'il (l'enfant) n'a qu'un seul parent, ou que les deux sont privés de cet exercice, la tutelle s'ouvre. (...). Cette solution serait satisfaisante si l'on savait exactement à quel moment et de quelle façon cette perte de l'exercice de l'autorité intervient. Si la cause en est l'absence prise au sens juridique du terme, les choses seront claires puisqu'il existe une procédure pour la "baliser". Mais s'il s'agit d'incapacité (...), et a fortiori de "toute autre cause", telle une simple "non présence", la façon de constater l'impossibilité pour le parent de manifester sa volonté, et donc officialiser cette perte, n'est pas prévue ».*

[1076] A titre d'illustration, il convient de noter que le mineur, bien qu'incapable, exerce l'autorité parentale sur son enfant. *Adde*, TI Saint-Omer, 3 mai 1989, *JCP, éd., N,* 1990, II, 21514, note T. FOSSIER. Le tribunal précise qu'il n'est pas établie que les parents *« bien qu'étant sous tutelle soient hors d'état de manifester leur volonté ; que raisonner différemment reviendrait à interdire en droit à tout incapable majeur d'avoir des enfants ».*

[1077] Cass., 1e civ., 8 novembre 1982, no 80-12309, publié au Bulletin. La Cour de cassation précise que les juges doivent vérifier si, malgré sa détention, le père peut exercer l'autorité parentale.

ou malade mental[1078]. Dans le cadre des mineurs étrangers isolés, *« l'absence de représentants légaux connus, l'indétermination de la nationalité de l'enfant, l'abandon »*[1079] sont relevés.

Devant la difficulté à définir cette vacance de l'autorité parentale, certains juges des tutelles l'ont limitée au seul décès des parents[1080]. Ainsi, si le juge des enfants a une conception extensive de la vacance de l'autorité parentale alors que le juge aux affaires familiales, à la suite du juge des tutelles, en a une conception restrictive, l'enfant risque de se retrouver sans protection juridique.

Ajoutons à cela que le raisonnement juridique concluant à la compétence du juge aux affaires familiales a comme conséquence une protection de l'enfant qui se veut effective, mais qui est illusoire[1081]. Ainsi, la compétence du juge des enfants est préférée, encore une fois[1082], pour des raisons d'efficacité[1083], tout à fait louables, mais au détriment des principes juridiques.

470. Passons à présent au conflit de compétence d'attribution prenant naissance dans le cadre de la désignation d'un administrateur *ad hoc*.

B. La désignation de l'administrateur *ad hoc*

471. L'extension du domaine concerné par la désignation de l'administrateur *ad hoc*.- Les dispositions relatives à l'administrateur *ad hoc* sont entrées dans le Code civil par une loi

[1078] M. HUYETTE, *op. cit., supra* note 790, p. 122.
[1079] Y. FAVIER, note sous CA Paris, 24ième ch. B, 7 décembre 2004, Juris-Data n° 2004-272251 et CA Paris, 24ième ch. B, 7 décembre 2004, Juris-Data n°2004-272311, arrêts. *cit., supra* note 1061, p. 1694.
[1080] Cette pratique est relevée dans l'article d'A. ETIEMBLE, *art. cit., supra* note 1059, p. 12.
[1081] Y. FAVIER, note sous CA Paris, 24ième ch. B, 7 décembre 2004, Juris-Data n°2004-272251 et CA Paris, 24ième ch. B, 7 décembre 2004, Juris-Data n°2004-272311, arrêts. *cit., supra* note 1061, p. 1694.
[1082] *Cf., supra* par. n° 403.
[1083] Il convient de relever une position médiane de certains juges qui certainement illustrent l'argument de l'efficacité. Certains juges se déclarent compétent dans l'urgence, tout en précisant la nécessité de saisir le juge des tutelles pour traiter de la vacance de l'autorité parentale. A titre d'illustration, dans une ordonnance du juge des enfants du tribunal de grande instance de Strasbourg du 31 octobre 2011 (affaire 611/3227), il est fait droit à un placement en assistance éducative d'un mineur étranger isolé qui se *« justifie par l'urgence de la situation du jeune »* mais qui *« n'a toutefois pas vocation à se pérenniser »*. Il est en effet précisé que s'impose *« une saisine du juge des tutelles seul compétent pour répondre à la vacance de l'autorité parentale »*. D'ailleurs, il est précisé que le parquet est sollicité le jour même de l'ordonnance pour cette saisine. *Adde,* L. GEBLER, La problématique du mineur isolé étranger pour le juge des enfants, *AJ fam.,* 2014, p. 92 et 93.

du 6 avril 1910[1084]. Elles interviennent lorsque l'enfant est en conflit d'intérêt avec ses représentants légaux, qui normalement le représentent pour pallier son incapacité[1085]. Pendant longtemps l'article 389-3[1086] du Code civil a dicté les principes en la matière, avant d'être complété par l'article 388-2[1087] du Code civil en 1993[1088]. Si initialement la désignation d'un administrateur *ad hoc* était liée à la protection des biens de l'enfant, elle a été étendue, par la suite, à la protection de la personne de l'enfant[1089].

[1084] Article 389 alinéa 4 du Code civil, issu de la loi du 6 avril 1910 : *« S'il y a opposition d'intérêts entre l'administrateur et le mineur, il est nommé à ce dernier un administrateur ad hoc par le tribunal »*.

[1085] V. LARRIBAU-TERNEYRE, M. AZAVANT, *Rép. Proc. civ., cit. supra* note 67, n° 237 : Dans le cadre de l'administration légale sous contrôle judiciaire : *« Comme en matière d'administration légale pure et simple et dans les mêmes conditions, le juge des tutelles pourra être amené à désigner un administrateur ad hoc en cas de conflits d'intérêts entre l'administrateur et le mineur relativement à la gestion des biens »*.

[1086] Alinéas un et deux de l'article 389-3 du Code civil tel que modifié par la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 : *« L'administrateur légal représentera le mineur dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes. Quand ses intérêts sont en opposition avec ceux du mineur, il doit faire nommer un administrateur ad hoc par le juge des tutelles. A défaut de diligence de l'administrateur légal, le juge peut procéder à cette nomination à la demande du ministère public, du mineur lui-même ou d'office »*.

[1087] Article 388-2 du Code civil : *« Lorsque, dans une procédure, les intérêts d'un mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux, le juge des tutelles dans les conditions prévues à l'article 389-3 ou, à défaut, le juge saisi de l'instance lui désigne un administrateur ad hoc chargé de le représenter »*.

[1088] Des dispositions spéciales existent. En matière pénale, l'article 706-50 du Code de procédure pénale énonce que *« le procureur de la République ou le juge d'instruction, saisi de faits commis volontairement à l'encontre d'un mineur, désigne un administrateur ad hoc lorsque la protection des intérêts de celui-ci n'est pas complètement assurée par ses représentants légaux ou par l'un d'entre eux. L'administrateur ad hoc assure la protection des intérêts du mineur et exerce, s'il y a lieu, au nom de celui-ci les droits reconnus à la partie civile. En cas de constitution de partie civile, le juge fait désigner un avocat d'office pour le mineur s'il n'en a pas déjà été choisi un. Les dispositions qui précèdent sont applicables devant la juridiction de jugement »*. En matière de mineur étranger isolé, l'article L. 751-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France et du droit d'asile est relatif à la demande d'asile et énonce que *« lorsque la demande d'asile est formée par un mineur sans représentant légal sur le territoire français, le procureur de la République, avisé par l'autorité administrative, lui désigne un administrateur ad hoc. Celui-ci assiste le mineur et assure sa représentation dans le cadre des procédures administratives et juridictionnelles relatives à la demande d'asile. L'administrateur ad hoc nommé en application de ces dispositions est désigné par le procureur de la République compétent sur une liste de personnes morales ou physiques dont les modalités de constitution sont fixées par décret en Conseil d'Etat. Ce décret précise également les conditions de leur indemnisation. La mission de l'administrateur ad hoc prend fin dès le prononcé d'une mesure de tutelle »*. L'article L. 221-5 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile prévoit la désignation d'un administrateur ad hoc pour l'entrée en zone d'attente d'un mineur étranger non accompagné d'un représentant légal. L'article énonce que *« lorsqu'un étranger mineur non accompagné d'un représentant légal n'est pas autorisé à entrer en France, le procureur de la République, avisé immédiatement par l'autorité administrative, lui désigne sans délai un administrateur ad hoc. Celui-ci assiste le mineur durant son maintien en zone d'attente et assure sa représentation dans le cadre des procédures administratives et juridictionnelles relatives à ce maintien. Il assure également la représentation du mineur dans toutes les procédures administratives et juridictionnelles afférentes à son entrée en France. L'administrateur ad hoc est désigné parle le procureur de la République compétent sur une liste de personnes morales ou physiques dont les modalités de constitution sont fixées par décret en Conseil d'Etat. Ce décret précise également les conditions de leur indemnisation »*. *Cf.,* M. FARGE, Le mieux est-il l'ennemi du bien ? A propos de la représentation des mineurs isolés placés en zone d'attente, *Dr. fam.,* 2006, Etude 34, p. 21.

[1089] Cass., 1e civ., 23 février 1999, RTD*Civ*, 1999, p. 601, note J. HAUSER. Il s'agissait d'une procédure relative à la dévolution de l'autorité parentale. Pour une position contraire, *cf.*, Cass., 1e civ., 22 novembre 2005, RTD*Civ.,* 2006, p. 101, note J. HAUSER, *Dr fam.,* 2006, Comm. 28, p. 22, note A. GOUTTENOIRE. La Cour de cassation énonce que : *« c'est à bon droit (...) que la cour d'appel, (...) sans confier ses intérêts à un*

472. Une représentation dans les actes extra-judiciaires et judiciaires.- L'administrateur *ad hoc* peut représenter le mineur dans les actes extra-judiciaires mais également en justice. Dans le cadre judiciaire, la désignation de l'administrateur *ad hoc* peut concerner autant les procédures auxquelles l'enfant est partie, que les procédures dans lesquelles il n'a pas cette qualité[1090]. Ainsi, si cette désignation d'administrateur *ad hoc* peut intervenir dans le cadre d'une procédure relative à l'administration légale ou à l'autorité parentale, domaines dans lesquels le juge aux affaires familiales est compétent[1091], cela est également envisageable dans le cadre de la procédure d'assistance éducative qui relève de la compétence exclusive du juge

---

administrateur ad hoc, l'administration des biens du mineur n'étant pas en cause, a pris l'initiative de lui faire désigner un avocat (...) ». Les auteurs émettent de fortes critiques vis-à-vis de cette position dans le cadre du commentaire de cette décision. Ainsi, A. GOUTTENOIRE soulève p. 24 que « *la seule représentation des intérêts de l'enfant envisageable dans le cadre d'une procédure relative à l'autorité parentale est en effet une représentation par un administrateur ad hoc, concevable, contrairement à ce qu'affirme de manière surprenante, la Cour de cassation, en dehors du domaine de l'administration des biens du mineur ! Cette représentation a en effet été admise dans de telles procédures, alors même que l'enfant n'est pas partie, sur le fondement de l'article 388-2 du Code civil en considération de l'opposition d'intérêts entre l'enfant et l'un au moins de ses parents (...). La représentation de l'enfant par un avocat ne saurait se réclamer d'un tel critère ».* J. HAUSER, quant à lui, précise p. 102 qu' *« à prendre l'expression au pied de la lettre il n'y aurait lieu à nomination d'un administrateur ad hoc que quand l'administration des biens de l'enfant serait en cause avec une opposition d'intérêts. C'est là une pure et simple confusion que ne permet pas l'article 388-1 du code civil. L'expression d'administrateur ad hoc utilisée ne signifie en aucune façon que son rôle serait indissolublement lié à la seule administration des biens du mineur. D'ailleurs le texte vise, en général, le cas où les « intérêts du mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux » (...). Si l'on a fait référence au terme d'administrateur c'est parce que, bien sûr, il n'était guère concevable de faire référence à un « parent ad hoc ! »*.

[1090] Cass., 1e civ., 23 février 1999, arrêt *cit., supra* note 1089, p. 601, note J. HAUSER. *Adde,* A. GOUTTENOIRE, *Rép. Proc. civ., cit., supra* note 1032, n° 176 : *« L'article 388-2 du code civil permet l'intervention d'un administrateur ad hoc dans les procédures concernant l'enfant, même si celui-ci n'est pas partie à la procédure, notamment dans les procédures relatives à l'autorité parentale »* ; C. WATINE-DROUIN, *JCl Civil code*, « Art. 388-1 et 388-2 », v° Fasc. unique, « Minorité.-Audition du mineur en justice.- Défense de ses intérêts » (2009- Mise à jour 2011), n° 98 : *« La désignation d'un administrateur ad hoc ne devrait donc intervenir que dans les procédures dans lesquelles le mineur est partie et a besoin d'être représenté. Cette conception restrictive a cependant été écartée par la Cour de cassation dans un arrêt en date du 23 février 1999, selon lequel « une cour d'appel ne peut rejeter une demande tendant à la désignation d'un administrateur ad hoc chargé des intérêts de l'enfant en énonçant que, dans cette instance relative à la dévolution de l'autorité parentale, la filiation à l'égard du père n'est pas en cause, sans faire aucune référence à une éventuelle opposition d'intérêts entre l'enfant et ses représentants ». Ce qui signifie implicitement que si une opposition d'intérêts avait existé, un administrateur ad hoc aurait pu être désigné à l'enfant pour le représenter dans une procédure à laquelle il n'était pourtant pas partie »* ; *Contra* : M. BRUGGEMAN, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, PUAM, 2002 (Préface C. NEIRINCK), p. 394; L. GEBLER, *art. cit., supra* note 974, p. 478, note 5 : *« En principe, aux termes de l'art. 388-2 c. civ., il ne peut être procédé à la désignation d'un administrateur ad hoc que dans les procédures où le mineur est partie et a besoin d'être représenté. Si l'enfant n'a pas qualité pour intervenir dans une procédure, (...), un administrateur ad hoc ne pourra de toute façon exercer plus de droits que ceux dont dispose celui qu'il représente, c'est-à-dire aucun. Il ne pourra ni saisir le juge, ni faire appel des décisions, ni même en principe s'exprimer au nom de l'enfant qui n'est titulaire d'aucun droit d'expression propre (...) »*.

[1091] P. MURAT, La participation de l'enfant aux procédures relatives à l'autorité parentale : bref regard sur la diversité des situations, *Dr. fam.,* 2006, Etude 31, p. 11.

des enfants[1092] et dans les actions relatives à l'autorité parentale qui sont de la compétence principale ou incidente du tribunal de grande instance[1093].

473. La désignation judiciaire.- La désignation d'un administrateur *ad hoc* est toujours ordonnée par un juge[1094]. Traditionnellement, le juge des tutelles avait cette compétence et la loi du 8 janvier 1993 l'a confirmée, dans le cadre de l'administration légale, mais également dans toutes les autres hypothèses.

474. La compétence du juge aux affaires familiales.- Avec la loi du 12 mai 2009, il faut considérer que dorénavant le juge aux affaires familiales est compétent pour désigner un administrateur *ad hoc*[1095]. Certes, l'article 389-3 du Code civil, dans son alinéa 2, n'a pas été modifié, il y est toujours fait mention du juge des tutelles, et il en va de même dans le cadre de l'article 388-2 du Code civil. Cependant, ces deux articles sont compris dans le titre 10 relatif à la minorité et à l'émancipation et nous en avions déduit[1096] que, même si l'expression utilisée était celle de « juge des tutelles », il fallait retenir la compétence du juge aux affaires familiales.

475. La compétence principale du juge aux affaires familiales et du « juge saisi de l'instance ».- Le conflit de compétence peut naître parce qu'à cette compétence principale du juge aux affaires familiales s'ajoute une compétence du « juge saisi de l'instance »[1097],

---

[1092] A. GOUTTENOIRE, L'enfant dans les procédures judiciaires : un statut en devenir, *AJ fam.,* 2003, p. 370 ; C. WATINE-DROUIN, *JCl Civil code, cit., supra* note 1090. *Contra* : C. NEIRINCK, La dualité de régime de l'administrateur ad hoc des mineurs, *JCP éd. G,* 2000, I, 228, p. 901 .

[1093] *Cf., infra* par. n° 560.

[1094] C. NEIRINCK, arrêt *cit., supra* note 1092, p. 901.

[1095] A. GOUTTENOIRE, *Rép. Proc. civ., cit., supra* note 1032, n° 184 : *« Selon l'article 388-2 du code civil, lorsque, « dans une procédure, les intérêts d'un mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux, le juge des tutelles dans les conditions prévues à l'article 389-3 ou, à défaut, le juge saisi de l'instance lui désigne un administrateur ad hoc chargé de le représenter », instaurant ainsi un magistrat de droit commun en matière de désignation de l'administration ad hoc, tout en permettant à tout autre magistrat saisi de procéder à cette nomination. Toutefois, pour ce qui est du « juge de droit commun », il faut combiner l'article 388-2 avec l'article L. 213-3-1 du code de l'organisation judiciaire, selon lequel le « juge aux affaires familiales exerce les fonctions de juge des tutelles des mineurs. Il connaît : 1° De l'émancipation ; 2° De l'administration légale et de la tutelle des mineurs ; 3° De la tutelle des pupilles de la nation ». Il en résulte en réalité que c'est le juge aux affaires familiales qui est le juge compétent par principe pour désigner un administrateur ad hoc à l'enfant ».*

[1096] *Cf., supra* par. n° 424.

[1097] Tous les auteurs s'accordent pour appliquer le terme de juge au juge unique et à la collégialité. C. WATINE-DROUIN, *JCl Civil code*, *cit., supra* note 1090, n° 108. L'auteur précise que le terme de « juge » paraît devoir être entendu au sens large et s'appliquer aux juges uniques et aux juridictions collégiales ; M. BRUGGEMAN, *op. cit., supra* note 1090, p. 383 : *« Circonscrire cette disposition aux juges uniques aurait été par ailleurs dénué de tout fondement, son objectif étant de combler les carences dans la représentation du mineur, quelle que soit la situation où elles apparaissent ». Cf.,* également C. DESNOYER note sous Cass., crim., 28 février 1996,

laquelle conduit à une efficacité accrue[1098]. Avec la loi du 12 mai 2009, le juge saisi de l'instance, en matière d'autorité parentale au sens large, peut être le juge des enfants, le juge aux affaires familiales ou le tribunal de grande instance[1099]. Ainsi, les conflits de compétence sont toujours possibles mais la question a moins d'importance[1100]. En effet, le conflit le plus sensible concernait le juge des tutelles et le juge aux affaires familiales. Toutefois, les conflits n'ayant pas totalement disparu, il convient de se demander comment les différentes compétences s'articulent. Si des difficultés naissent, cela est dû à la « mauvaise rédaction »[1101] de l'article 388-2 portant sur la compétence du juge des tutelles[1102] « ou, à défaut, le juge saisi de l'instance », et différentes interprétations peuvent être ici retenues. En premier lieu, si le juge aux affaires familiales a désigné un administrateur *ad hoc* de manière préalable, le juge saisi de l'instance ne peut désigner un autre administrateur *ad hoc*. En effet, la compétence du juge de l'instance s'exerce « à défaut de saisine du juge des tutelles »[1103]. En second lieu, si le juge aux affaires familiales n'a pas été saisi préalablement, le juge saisi de l'instance est alors compétent pour la désignation de l'administrateur *ad hoc*[1104]. Un auteur précise qu' *« il n'est pas nécessaire que le juge des tutelles ait été dans l'impossibilité d'agir »*[1105]. Ainsi, dans un

---

D. 1997, Somm. p. 280 : *« L'expression « juge saisi de l'instance » désigne-t-elle seulement une juridiction à juge unique ou également une juridiction collégiale ? La généralité des termes employés par le législateur « dans une procédure » donnait à penser que le domaine d'application du texte serait relativement large. Cette interprétation est implicitement confirmée par l'arrêt commenté : en l'espèce, il s'agissait d'une procédure pénale et le « juge saisi de l'instance » était une cour d'assises, donc une juridiction collégiale. L'arrêt semble donc donner une portée maximale au texte »*.

[1098] P. MURAT, *art. cit., supra* note 1091, p. 12 : *« La possibilité pour le juge saisi de nommer un administrateur ad hoc a été conçue comme une économie de procédure destinée à éviter de saisir le juge des tutelles »* ; C. WATINE DROUIN, *JCl Civil code, cit., supra* note 1090, n° 108 : *« La solution est opportune car elle permet de simplifier et d'accélérer le processus de protection des intérêts du mineur : l'intervention du juge des tutelles est inutile. La compétence de la juridiction saisie de l'instance est en outre justifiée : la connaissance particulière qu'elle a de l'affaire la rend apte à apprécier l'opposition d'intérêt susceptibles d'en résulter»*.

[1099] Les conflits de compétence étudiés se déroulent entre juridictions de l'ordre civil. Cependant, lorsqu'il s'agit de désigner un administrateur ad hoc, il est pertinent de s'intéresser également aux juridictions pénales mais uniquement lorsque sont en jeu les dispositions civiles relatives à la désignation de l'administrateur ad hoc.

[1100] V. LARRIBAU-TERNEYRE, M. AZAVANT, *Rép. Proc. civ., cit. supra* note 67, n° 198.

[1101] C. NEIRINCK, *art, cit., supra* note 1092, p. 902.

[1102] La permanence de cette expression dans le cadre de l'article 388-2 du Code civil oblige à préciser qu'il s'agit bien évidemment du juge aux affaires familiales dont il est question. D'ailleurs, nous emploierons l'expression « juge aux affaires familiale » dans la suite de nos développements.

[1103] C. NEIRINCK, *art, cit., supra* note 1092, p. 902.

[1104] G. RAYMOND, note sous Cass., crim., 28 février 1996, *JCP éd. G,* 1996, II, 22707, p. 394 : *« Si le juge des tutelles ne s'est pas prononcé, il appartient au juge saisi de l'instance de la faire. La désignation d'un administrateur ad hoc peut donc intervenir à tout moment de la procédure » Le pourvoi considérait qu'il fallait que le juge des tutelles ait été dans l'impossibilité d'agir, la cour d'assises n'aurait qu'une compétence subsidiaire par rapport au juge des tutelles. Mais « il suffit donc pour que l'administrateur ad hoc puisse être désigné valablement par la juridiction d'instruction ou par la juridiction de jugement que le juge des tutelles n'ait pas été saisi et que soit constatée l'opposition d'intérêts entre l'enfant et ses parents »*.

[1105] C. WATINE-DROUIN, *JCl Civil code, cit., supra* note 1090, n° 109.

arrêt de 1996, la chambre criminelle[1106] de la Cour de cassation[1107], décide que : *«dès lors que le juge des tutelles n'en a pas été saisi préalablemen*t *au début de l'instance, la juridiction de jugement peut d'office procéder à cette désignation ».* Une partie de la doctrine est allée plus loin[1108] en affirmant que si le juge des tutelles, préalablement saisi, refuse de désigner un administrateur *ad hoc*, le juge de l'instance garde une compétence pour désigner cet administrateur, l'expression *«à défaut, le juge de l'instance »* étant lue dans ce cas comme *« à défaut de désignation d'un administrateur ad hoc par le juge des tutelles*[1109] *».* Ainsi, le juge saisi pourrait passer outre la décision du juge des tutelles, désormais le juge aux affaires familiales, si l'opposition d'intérêts se révèle en cours d'instance. Cependant, cela n'aboutit-il pas *«à faire du juge saisi de l'instance la juridiction de censure du juge des tutelles »*[1110] *?*

L'interprétation va toujours dans le sens d'une meilleure protection de l'enfant et d'une certaine efficacité, et la compétence du juge des tutelles, maintenant le juge aux affaires familiales, se voit diminuée face à l'efficacité du *« juge saisi de l'instance »*[1111].

Toutefois la jurisprudence semble avoir entendu la volonté[1112] de laisser une place importante au juge aux affaires familiales, dans sa fonction de nomination d'un administrateur *ad hoc*, puisque, dans un domaine qui dépasse légèrement les frontières de notre recherche, la Cour de cassation a décidé, dans un arrêt du 25 octobre 2005, que si dans une procédure

---

[1106] Rappelons que nous nous intéressons à la dimension pénale car, dans ce cadre, les dispositions civiles relatives à l'administrateur ad hoc peuvent être utilisées.

[1107] Cass., crim., 28 février 1996, *JCP éd. G,* 1996, II, 22707, note G. RAYMOND, *D.* 1997, Somm. 280, note C. DESNOYER.

[1108] G. RAYMOND, note sous Cass., crim., 28 février 1996, *JCP éd. G,* 1996, II, 22707, p. 394.

[1109] C. NEIRINCK, *art, cit., supra* note 1092, p. 902.

[1110] M. BRUGGEMAN, *op. cit., supra* note 1090, p. 38.

[1111] A. GOUTTENOIRE, *Rép. Proc. civ., cit., supra* note 1032, n° 185 : *« (...) Juge pénal (la circulaire du 3 mars 1993 précise expressément que les dispositions relatives à l'administrateur ad hoc sont applicables en droit pénal) ou juge civil, tout magistrat saisi d'une instance où les intérêts de l'enfant apparaissent opposés à ceux de ses parents doit désigner un administrateur ad hoc. Le texte procède à une distinction selon les circonstances de la demande. En effet, l'expression « à défaut » peut être interprétée comme la référence à l'absence d'administrateur ad hoc dans la procédure ; le juge saisi doit alors remédier à cette lacune. La chambre criminelle de la Cour de cassation rappelle (Crim. 28 févr. 1996, n° 95-81.565 , (...)) que, aux termes de l'article 388-2 du code civil, la juridiction saisie peut, si les intérêts du mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses parents, désigner elle-même un administrateur ad hoc et que, dès lors que le juge des tutelles n'a pas été saisi préalablement au début de l'instance, ce mode de désignation peut s'appliquer. En l'espèce, la juridiction saisie était la cour d'assises, devant laquelle l'enfant s'était porté partie civile en raison du préjudice résultant pour lui de l'assassinat de sa soeur, pour lequel ses parents étaient poursuivis comme complices ».*

[1112] M. BAUER, T. FOSSIER, L. PECAUT-RIVOLIER, *La réforme des tutelles. Ombres et lumières*, Dalloz, 2006, p. 25 : Les auteurs souhaitent réaffirmer la compétence du juge des tutelles au détriment des autres juridictions en affirmant : *« Faut-il conforter la priorité légale du juge des tutelles pour désigner les administrateurs ad hoc ? Nous le pensons : il est le juge naturel de la représentation légale et de l'opposition d'intérêts les magistrats qui connaissent de la procédure impliquant le mineur (procureur de la république, juge d'instruction, juge aux affaires familiales), n'ont pas toujours le recul nécessaire pour en juger et pour gérer des conflits nécessaires avec les parents ».*

pénale, aucune décision n'est prise par rapport à la désignation de l'administrateur *ad hoc*, le juge compétent *ab initio*[1113] pour la désignation de l'administrateur *ad hoc* peut intervenir[1114]. En effet, la Cour de cassation[1115], énonce que *« si l' article 706-50 du Code de procédure pénale permet au procureur de la République ou au juge d'instruction saisis de faits commis volontairement à l'encontre d'un mineur de désigner un administrateur ad hoc lorsque la protection des intérêts du mineur n'est pas complètement assurée par ses représentants légaux, ces dispositions ne sont pas exclusives, en l'absence de décision du juge d'instruction ou du procureur de la République, de celles de l' article 388-2 du Code civil, de portée générale, qui autorisent le juge des tutelles à procéder à cette désignation dès lors que l'opposition d'intérêts entre l'enfant et ses représentants légaux a été constatée ».* Il est certain que la décision de la Cour de cassation du 25 octobre 2005 est spécifique, puisqu'elle est relative à la conciliation d'une disposition civile et d'une disposition pénale. Elle remet, cependant, le juge de tutelles, maintenant le juge aux affaires familiales, dans sa position de juge légitime pour cette désignation[1116].

[1113] Il s'agissait au moment de l'arrêt du juge des tutelles. Dorénavant, c'est le juge aux affaires familiales qui doit être entendu.

[1114] A. GOUTTENOIRE, *Rép. Proc. civ., supra* note 1032, n° 178 : *« L'article 388-2 du code civil est applicable aux procédures pénales (Crim. 28 févr. 1996, n° 95-81.565 , (...). Toutefois, l'article 706-50 du code de procédure pénale devrait ôter tout intérêt à cette possibilité, puisque le critère de désignation de l'administrateur ad hoc qu'il contient est plus large que l'opposition d'intérêts visée par l'article 388-2 (...). À l'inverse, la Cour de cassation a admis la désignation d'un administrateur ad hoc dans le cadre d'une procédure pénale sur le fondement de l'article 388-2 du code civil (Civ. 1re, 25 oct. 2005, n° 03-14.404 (...)) ».*

[1115] Civ., 1e civ., 25 octobre. 2005, *Dr. fam.* 2006, Comm. 77, note A. GOUTTENOIRE. Dans les faits, une mère souhaitait assurer la défense de ses filles victimes dans le cadre d'une procédure pénale ouverte contre le père pour viols incestueux. Le juge d'instruction et le parquet allaient dans ce sens mais le père obtenait du juge des tutelles la désignation d'un administrateur ad hoc.

[1116] Pour une critique de cette décision. : *cf.,* M. BRUGGEMAN, Administration *ad hoc* du mineur : reddition sans condition de la Cour de cassation, *Dr. fam.,* 2006, Etude 28, p. 16 : *« Cette position est pour le moins contestable au regard des principes juridiques : l'article 706-50 du Code de procédure pénale exprime une règle spéciale intégrée dans notre droit postérieurement à l'article 388-2 du Code civil, texte présenté ici comme ayant une portée générale ; dès lors, en vertu de l'adage specialia generalibus derogant, une fois les conditions d'intervention des magistrats répressifs réunis- des faits pénalement sanctionnés commis volontairement à l'encontre d'un mineur-, l'application des dispositions générales contenues dans le Code civil devrait être écartée ». Adde,* p. 16*: «La position de la Cour de cassation en cette affaire ne peut dès lors s'expliquer par la simple volonté de pallier l'inertie des magistrats répressifs : elle va au-delà et consacre la possibilité pour le juge civil de prendre le relais des magistrats répressifs. La saisine du juge des tutelles devient ainsi une voie de recours à l'encontre d'une décision émanant d'une juridiction répressive, solution non seulement inédite mais en outre fort contestable sur le plan procédural ».*

Conclusion de la Section 2

476. Le transfert des conflits au juge aux affaires familiales.- Finalement, le transfert des compétences du juge des tutelles au juge aux affaires familiales emporte avec lui les conflits que le juge des tutelles connaissait avec d'autres juridictions que le juge aux affaires familiales. Ses compétences rivalisent désormais avec celles du juge des enfants et du tribunal de grande instance.

477. Une relation entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants rendue plus complexe.- Il convient de relever que le juge aux affaires familiales connaissait déjà des conflits avec le juge des enfants. Cependant, la situation des « mineurs isolés » rend encore plus complexe[1117] le rapport entre ces deux juridictions. En effet, leur relation se trouve perturbée par un nouveau critère, celui de vacance de l'autorité parentale.

[1117] *Cf.,* Chapitre 1 : Les conflits traditionnels entre le juge des enfants et le juge aux affaires familiales en matière d'exercice de l'autorité parentale relative à la personne de l'enfant, *supra* par. n° 319 et ss.

Conclusion du Chapitre 2

478. Une centralisation de compétences avec un effet limité en termes de résorption de conflits.- La centralisation des compétences en matière d'administration légale, de tutelle et d'émancipation auprès du juge aux affaires familiales a un effet limité en termes de résorption de conflits. Ceci pour deux raisons. Tout d'abord, il y avait peu de conflits entre le juge aux affaires familiales et le juge des tutelles avant la loi du 12 mai 2009. Certes, de tels conflits sont supprimés mais cela n'entraîne pas de grandes modifications. Ensuite, les conflits que le juge des tutelles connaissait avec d'autres juridictions que le juge aux affaires familiales ne peuvent être supprimés par la centralisation des compétences auprès du juge aux affaires familiales. Ils sont tout simplement transférés à la nouvelle juridiction compétente, c'est-à-dire au juge aux affaires familiales.

479. Des effets regrettables.- Le transfert de compétence a non seulement échoué à résorber complètement les conflits, il a de surcroît entraîné des effets très regrettables. En effet, le juge aux affaires familiales voit sa relation avec le juge des enfants se compliquer avec l'appréhension commune de la notion de vacance de l'autorité parentale dans la situation des « mineurs isolés ». Ensuite, des nouveaux conflits avec le juge des tutelles des majeurs sont créés notamment parce que l'insertion de l'expression « juge des tutelles des mineurs », de manière parcellaire, ne permet pas toujours de délimiter avec certitude les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales.

480. Ainsi, si les compétences en matière d'administration légale, de tutelle et d'émancipation sont désormais centralisées auprès du juge aux affaires familiales, les effets en termes de résorption de conflits de compétence d'attribution sont limités voire regrettables, dans certains cas.

Conclusion du titre 1

481. Le juge aux affaires familiales, juge central.- Dès à présent, le juge aux affaires familiales peut être considéré comme un juge central en matière d'autorité parentale, bien qu'il faille confronter cette position avec l'étude des compétences du tribunal de grande instance.

482. La permanence des conflits.- Cette position de juge central n'empêche pas les conflits ni avec le juge des tutelles, ni avec le tribunal de grande instance mais c'est avec le juge des enfants que les conflits sont les plus prégnants. A vrai dire, ces conflits sont la rançon de la pluralité de juges, pluralité nécessaire face à la place prépondérante que prend le procureur de la République.

Si la place de plus en plus importante du juge des enfants[1118] dans le domaine de l'autorité parentale invite à réfléchir, il convient également de s'intéresser à l'intervention d'un autre acteur beaucoup plus efficace que le juge des enfants. Il s'agit du procureur de la République qui a compétence pour intervenir dans l'urgence. En effet, selon l'article 375-5 alinéa 2, *« en cas d'urgence, le procureur de la République du lieu où le mineur a été trouvé a le même pouvoir, à charge de saisir dans les 8 jours le juge compétent, qui maintiendra, modifiera ou rapportera la mesure. Si la situation de l'enfant le permet, le procureur de la République fixe la nature et la fréquence du droit de correspondance, de visite et d'hébergement des parents, sauf à les réserver si l'intérêt de l'enfant l'exige ».* Le procureur, représentant les intérêts de la société, doit pouvoir se confronter à des juges qui ne sont pas uniquement destinés à contrôler l'autorité parentale si l'on veut laisser encore une quelconque place aux parents.

[1118] Il est envisageable d'imaginer que le juge des enfants empiète de plus en plus sur le juge aux affaires familiales car la spécificité du juge des enfants est remise en cause. B. BASTARD, C. MOUHANNA, *L'avenir du juge des enfants éduquer ou punir*, Erès, 2010, p. 15 : *« La démarche compréhensive consistant à situer les faits délictueux dans leur contexte social se trouve confrontée à l'exaspération de l'opinion publique à l'égard de la délinquance, et notamment celle des jeunes. La volonté d'ouverture de la justice sur l'extérieur s'est accompagné d'une plus grande sensibilité de ses membres à une demande sociale désormais de plus en plus tournée vers la répression et vers une exigence de « risque zéro » pour les victimes potentielles. Dès lors, comment penser que le juge des enfants puisse préserver les positions acquises par le passé, c'est-à-dire son rôle éducatif, à la fois marginal et innovant ? L'émergence des doctrines comme la « tolérance zéro », la critique explicite des attitudes « compréhensives » envers les délinquants, les attaques périodiques contre l'ordonnance de 1945, ne peuvent pas être sans incidence sur les décisions du juge des enfants et leur mise en œuvre ».*

Cette question se pose d'autant plus que depuis que le juge aux affaires familiales a été doté de nouvelles compétences en matière de tutelle, il doit composer avec le procureur de la République qui intervient également en la matière[1119].

[1119] P. SALVAGE-GEREST, *JCl Civil code, cit., supra* note 1075, n° 42 : *« Jusqu'à l'actuelle réforme, le procureur de la République n'apparaissait pas dans le fonctionnement de la tutelle, il devait seulement avoir communication des affaires relatives à son organisation (...). Il y est désormais étroitement associé, dans un souci d'harmonisation avec la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 relative à la protection de l'enfance qui fait de lui la "plaque tournante" en ce domaine (...). Il a tout d'abord, comme le juge des tutelles, le pouvoir d'opérer une surveillance générale des tutelles, de convoquer les organes de celle-ci et d'exiger qu'ils lui donnent les informations qu'il leur demande (...). En revanche, contrairement à lui, il n'a pas de pouvoir d'injonction à leur égard et ne peut les condamner à des amendes civiles (...). Il a aussi le droit d'agir en nullité contre les délibérations du conseil de famille lorsque celles-ci ont été surprises par dol ou fraude ou que des formalités substantielles ont été omises (...), mais pas de recours contre celles-ci : il est donc sur ce point dans une situation exactement contraire à celle du juge des tutelles ».*

TITRE 2.

Le tribunal de grande instance : une présence diffuse porteuse de risque de conflits

483. Le tribunal de grande instance détient une place particulière lorsqu'il s'agit d'intervenir dans les relations entre les parents et les enfants. Il est omniprésent en matière d'affaires relatives à la filiation limitant ainsi les conflits de compétence d'attribution (Chapitre 1). Il en va autrement en matière d'autorité parentale où sa place n'est que résiduelle et provoque l'apparence de conflits plutôt que des conflits réels (Chapitre 2).

Chapitre 1.
Le rôle prédominant du tribunal de grande instance en matière de filiation source de conflits limités

484. Le contenu du droit substantiel en jeu.- Une égalité entre les filiations.- En matière de filiation, l'évolution législative a conduit à un principe d'égalité entre les filiations des enfants nés au sein du mariage et hors de cette union. Ceci est le résultat d'une évolution initiée par la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 qui s'est poursuivie de manière constante[1120]. Avec l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005[1121], au-delà de la mise en place de l'égalité dans l'établissement et la contestation de la filiation, la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle a été supprimée. La filiation légitime est le *« nom naguère donné au lien qui rattache à ses père et mère l'enfant issu de leur mariage (...) »*[1122] alors que la filiation naturelle est le *« nom naguère donné à la filiation d'un enfant né hors mariage (...)»*[1123].

485. Des différences relatives au fait générateur de la filiation.- Au-delà de ce principe d'égalité entre les filiations, des différences existent entre les législations qui s'appliquent aux faits générateurs de la filiation. Le fait générateur de ce lien juridique peut être la procréation naturelle[1124] ou celle médicalement assistée[1125]. Il y a également l'adoption correspondant à une filiation sans procréation. Dans ce cas, le lien de filiation ne découle pas de la procréation mais d'un jugement.

Des dispositions spécifiques concernent la procréation médicalement assistée et l'adoption. Ainsi, en matière de filiation par procréation médicalement assistée, ce n'est qu'en 1994 que les lois de bioéthique n° 94-653 et n° 94-654 du 19 juillet ont mis en place les différentes règles s'appliquant à cette filiation. Ces règles spécifiques sont intégrées dans le

---

[1120] A titre d'illustration, la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 est venue modifier les dispositions en défaveur de l'enfant adultérin. Par ailleurs, la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale a inséré l'article 310-1 du Code civil dans les dispositions communes à la filiation légitime et naturelle. L'article prévoit que *« tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux »*.
[1121] L'ordonnance a été ratifiée par la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009.
[1122] G. CORNU (dir.), *op. cit., supra* note 15, v° Légitime – (filiation).
[1123] G. CORNU (dir.), *op. cit., supra* note 15 , v° Naturel, elle – (filiation).
[1124] Dans ce cas, la procréation résulte d'un rapport charnel entre un homme et une femme.
[1125] Dans ce cas, la procréation résulte d'une intervention chirurgicale.

titre consacré à la filiation et connaissent des modifications législatives autonomes[1126]. En matière d'adoption, définie comme un acte juridique par lequel une personne, sous le contrôle du juge, établit entre elle et une autre personne une filiation non fondée sur les liens du sang, la loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 a mis en place la coexistence de l'adoption plénière et de l'adoption simple. Si l'adoption plénière fait disparaître tout lien avec la filiation biologique, tel n'est pas le cas de l'adoption simple qui la laisse intacte. Depuis cette réforme d'envergure, la législation a été modifiée à différentes reprises mais sans remettre en cause les grands principes en la matière. Ces règles font partie d'un titre spécifique consacré à l'adoption, certainement en raison d'un mode d'établissement totalement différent[1127] de celui en vigueur s'agissant de la filiation fondée sur une procréation.

486. Le contentieux.- Il y a lieu de relever dans notre étude toutes les saisines du juge en rapport avec cette matière. Le juge est principalement saisi d'actions relatives à l'établissement[1128] ou à la contestation de la filiation[1129]. Les premières *« visent à établir en justice une filiation qui ne résulte d'aucune preuve extrajudiciaire valable »,* les secondes visent, *« à l'inverse,* à *détruire la filiation qui résulte légalement du titre ou de la possession d'état »*[1130]. Mais le juge peut également intervenir pour délivrer un acte de notoriété, recueillir le consentement dans le cadre de la procréation médicalement assistée ou prononcer l'adoption.

487. Annonce de plan.- En matière de filiation, les conflits de compétence sont limités car le tribunal de grande instance a un rôle prédominant. Le tribunal de grande instance est sans conteste la juridiction compétente pour les affaires de filiation. Les différents projets sur la justice familiale n'ont jamais remis en cause cette approche[1131]. Il faut toutefois étudier les

---

[1126] Elles ont ainsi été modifiées par les lois n° 2004-800 du 6 août 2004 et n° 2011-814 du 7 juillet 2011.

[1127] C. LABRUSSE-RIOU, *Rép. Civ.,* Dalloz, v° Filiation (1e généralités) (2009-Mise à jour 2012), n° 38 : *« L'analogie n'implique aucune identification entre adoption et filiation, les modes d'établissement de chacune étant totalement autonomes et distincts. En effet, le contrôle administratif et judiciaire de l'adoption est impensable en matière de filiation ».*

[1128] Articles 325 à 331 du Code civil.

[1129] Articles 332 à 337 du Code civil.

[1130] C. LABRUSSE-RIOU, *Rép. Civ., cit., supra* note 1127, n° 111.

[1131] A titre d'illustration, le transfert des compétences au juge aux affaires familiales a été exclu dans le cadre de la commission dirigée par M. GUINCHARD. *Cf.,* S. GUINCHARD, (dir.), *op. cit., supra* note 11, p. 228 : *« Compte tenu de son domaine d'activité, il pourrait sembler opportun que le juge aux affaires familiales connaisse de toutes les affaires pouvant se rattacher à la sphère familiale, et en particulier des procédures relatives à la filiation, à l'adoption (…), qui doivent toujours être examinées à l'aune de l'intérêt de l'enfant, et ont un impact sur la titularité et/ou l'exercice de l'autorité parentale. Toutefois, dans la mesure où ces matières dépassent le champ de l'exercice de l'autorité parentale voire concernent l'état des personnes, il paraît*

exactes limites de cette compétence afin de déterminer les hypothétiques conflits de compétence d'attribution. Il s'agit ainsi de s'intéresser à la matière soumise au tribunal de grande instance (Section 1). Ensuite, il convient d'établir la délimitation des actions qui lui sont soumises (Section 2).

souhaitable que ce soit le tribunal de grande instance, qui demeure compétent pour statuer sur ces affaires, eu égard à leurs répercussions et au risque de rupture des liens avec la famille d'origine ».

Section 1.

Les conflits dus à la juste détermination de la matière soumise au tribunal de grande instance

488. Pour déterminer la compétence exacte du tribunal de grande instance, il convient tout d'abord de se demander si toutes les filiations sont concernées (paragraphe 1). Il s'agit également d'étudier précisément les limites du droit substantiel de la filiation (paragraphe 2).

Paragraphe 1. La nature des filiations soumises à la compétence du tribunal de grande instance

489. Il convient de s'intéresser aux dispositions du Code civil ainsi qu'à celles du Code de l'organisation judiciaire afin de déterminer la nature des filiations dont le tribunal de grande instance a à connaître.

490. Le domaine d'application de l'article 318-1 du Code civil.- En matière de filiation, la compétence du tribunal de grande instance est énoncée à l'article 318-1 du Code civil qui prévoit que *« le tribunal de grande instance, statuant en matière civile, est seul compétent pour connaître des actions relatives à la filiation »*[1132]. L'exclusivité de cette compétence n'est pas discutée[1133]. L'expression « seul compétent » en est la transcription littérale. La compétence du tribunal de grande instance, statuant en matière civile, s'impose également aux

[1132] Il est à noter que la compétence d'attribution est précisée dans un Code de droit substantiel alors qu'elle devrait l'être uniquement dans le Code de l'organisation judiciaire. Il en est de même pour les règles de procédure civile qui devraient se trouver dans le Code de procédure civile. *Cf.,* G. CORNU, *op. cit., supra* note 4, p. 351 : *« Ce contentieux est soumis à un régime spécifique. Comme en matière de divorce, la division ne se fait pas entre Code civil et Code de procédure civile suivant la distinction ordinaire : La procédure est si intimement liée au fond que le Code civil règle l'essentiel des questions de procédure. L'enjeu explique le régime. En matière de filiation, l'action met en cause non seulement l'intérêt personnel des enfants, mais l'intérêt de la famille et l'intérêt public (la société attache de l'importance à la vérité de la filiation et à la protection de l'enfant). L'importance de ces intérêts commande des règles spéciales en matière de compétence, d'action proprement dite (droit d'agir), pour l'effet des jugements et les conflits de filiation ».*

[1133] G. CORNU, *op. cit., supra* note 4, p. 352 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, *JCl Civil code*, « Art. 318 à 324 », v° Fasc. unique, « Actions relatives à la filiation. Dispositions générales » (2011-Mise à jour 2013), n° 7 : *« Quant à la compétence d'attribution, il s'agit en effet d'une compétence exclusive, classique en matière d'état des personnes et sans doute d'une règle d'ordre public, de sorte qu'une autre juridiction saisie d'une action relative à la filiation pourrait d'office se déclarer incompétente (CPC, art. 92, al. 1er), encore que la pratique n'en fournisse guère d'exemples ».*

juridictions répressives selon l'article 319 du Code civil qui prévoit qu' « en cas d'infraction portant atteinte à la filiation d'une personne, il ne peut être statué sur l'action pénale qu'après le jugement passé en force de chose jugée sur la question de la filiation »[1134].

Il convient toutefois de se demander ce que recouvre le terme filiation, au sens de l'article 318-1 du Code civil. Il peut s'agir de la filiation par procréation naturelle, par procréation artificielle mais également de l'adoption, entendue comme une filiation sans procréation.

491. Les enseignements tirés de la place qu'occupe l'article 318-1 au sein du Code civil.- La place de l'article 318-1 au sein du Code civil est riche d'enseignements. Il est inclus dans le titre septième « De la filiation ». Ce titre comprend des dispositions quant à la filiation par procréation naturelle mais également quant à la filiation par procréation médicalement assistée. L'article 318-1 du Code civil s'applique ainsi à ces dispositions car il est compris dans les dispositions générales du chapitre consacré aux actions relatives à la filiation. En revanche, les règles relatives à l'adoption sont contenues dans le titre 8 intitulé « De la filiation adoptive ». Ainsi, l'article 318-1, contenu dans le titre 7, ne peut concerner l'adoption. Il faut se demander si le titre 8, à l'instar du titre 7, comprend une règle de compétence d'attribution. Force est de constater qu'il n'y a pas d'article spécifiquement consacré à la compétence d'attribution en matière de filiation adoptive. Cependant, celle-ci apparaît dans l'article 353 qui énonce, dans son premier alinéa, que *« l'adoption est prononcée à la requête de l'adoptant par le tribunal de grande instance qui vérifie dans un délai de six mois à compter de la saisine du tribunal si les conditions de la loi sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant ».* Si l'article est relatif à l'adoption plénière, l'article 361, consacré à l'adoption simple, opère un renvoi à l'article 353 du Code civil. Ainsi, la compétence du tribunal de grande instance est également reconnue en matière d'adoption simple. Cependant, à l'inverse de l'article 318-1 du Code civil, qui est général, en ce qu'il porte sur les actions relatives à la filiation, l'article 353, auquel renvoie l'article 361, s'intéresse uniquement au prononcé de l'adoption, que cette dernière soit plénière ou simple. Ainsi, la compétence spécifique de l'article 353 ne permet pas d'affirmer avec certitude que le tribunal de grande instance est également compétent pour la révocation de l'adoption simple telle que précisée à l'article 370 du Code civil.

[1134] Cette règle est limitée aux infractions portant atteinte à la filiation.

492. L'apport du Code de l'organisation judiciaire.- Si le Code civil n'apporte pas toutes les réponses en matière de compétence d'attribution, il faut se référer au Code de l'organisation judiciaire qui règle normalement les questions liées à la compétence d'attribution. L'article R. 211-4 du Code de l'organisation judiciaire énonce que *« le tribunal de grande instance a compétence exclusive dans les matières déterminées par les lois et règlements, au nombre desquelles figurent les matières suivantes : 1° Etat des personnes : (...), filiation, adoption, (...) ».* Dans ce texte, la compétence est affirmée de manière générale en matière d'adoption et, par conséquent, pour des procédures telles que la révocation de l'adoption simple. Par ailleurs, cette disposition rappelle la compétence du tribunal de grande instance en matière de filiation. Cette distinction confirme que la filiation et l'adoption sont considérées comme distinctes l'une de l'autre alors même que le terme filiation pourrait être entendu comme un terme générique englobant également la filiation adoptive.

493. Si la compétence du tribunal de grande instance est ainsi affirmée pour les différents types de filiation, il faut encore vérifier les limites du droit substantiel de la filiation.

Paragraphe 2. Les limites du droit substantiel de la filiation

494. En matière d'adoption, la matière soumise à la compétence du tribunal de grande instance est bien délimitée. L'intervention judiciaire porte sur le prononcé de l'adoption et sur la révocation de l'adoption simple[1135]. Il en va différemment dans le cadre de sa compétence pour les actions relatives à la filiation par procréation[1136]. Dans ce cas, il peut y avoir des conflits de compétence lorsqu'il s'agit de connaître d'actions portant sur des matières à la limite de la filiation. *« Les actions relatives à la filiation ne sont pas toutes celles qui de près ou de loin intéressent le statut familial de l'individu (...) »*[1137]. En effet, ce sont celles qui

[1135] Les interventions de la justice administrative ne sont pas l'objet de notre étude.
[1136] Dans le cadre d'une filiation issu d'une procréation médicalement assistée, l'établissement ou la contestation de la filiation est rarement contentieux. Il est précisé toutefois dans l'article 311-20 du Code civil que *« celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant. En outre, sa paternité est judiciairement déclarée. L'action obéit aux dispositions des articles 328 et 331 »*. Ensuite, ce n'est qu'exceptionnellement qu'il est possible de contester une filiation. Ainsi, l'article 311-20 alinéa 2 du Code civil envisage cette possibilité que s'il est prétendu que *« l'enfant n'est pas né de la procréation médicalement assistée »* ou si *« le consentement a été privé d'effet »*. Dans ces hypothèses, il y a un renvoi aux règles des actions s'appliquant en matière de filiation issue d'un rapport charnel.
[1137] J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, La famille. Fondation et vie de la famille*, LGDJ, 2e éd., 1993, p. 471.

« s'entendent des actions dites en réclamation d'état qui visent à établir en justice une filiation qui ne résulte d'aucune preuve extrajudiciaire valable, et des actions en contestation d'état dont l'objet est, à l'inverse, de détruire la filiation qui résulte légalement du titre ou de la possession d'état »[1138]. Il existe, au-delà des actions en recherche et en contestation de la filiation, un certain nombre d'actions qui ne peuvent pas, d'emblée, être considérées comme portant sur des matières relevant de la filiation. Il s'agit ainsi de déterminer les limites du droit substantiel de la filiation. Si pour certaines actions, cette détermination est l'occasion de conflits réels de compétence (A), il en va différemment pour d'autres dans lesquelles il n'existe aucun enjeu réel en termes de conflits de compétence (B).

A. Les actions connaissant un enjeu réel en termes de conflits de compétence d'attribution

495. L'action à fins de subsides (1) et celle en responsabilité en cas de non reconnaissance d'un enfant (2) font l'objet d'un conflit réel de compétence d'attribution. Il y a lieu également de s'intéresser aux actions en rectification d'actes d'état civil qui doivent parfois être analysées en actions relatives à la filiation (3).

1. L'action à fins de subsides

496. La compétence d'attribution en matière d'actions à fins de subsides.- Selon l'article 342 du Code civil, *« tout enfant dont la filiation paternelle n'est pas légalement établie peut réclamer des subsides à celui qui a eu des relations avec sa mère pendant la période légale de conception »*. Il convient de se demander quelle est la juridiction compétente pour la fixation de ces subsides. Ni le Code de l'organisation judiciaire ni le Code civil ne désigne une compétence spécifique pour cette action. Par ailleurs, l'action à fins de subsides ne peut être intégrée d'emblée dans le cadre de l'article 318-1 du Code civil qui énonce que *« le tribunal de grande instance, statuant en matière civile, est seul compétent pour connaître des actions relatives à la filiation ».* En effet, cet article fait partie d'un chapitre intitulé *« Des actions relatives à la filiation ».* Force est de constater que l'action à

[1138] C. LABRUSSE-RIOU, *Rép. Civ., cit., supra* note 1127, n° 111.

fins de subsides, bien qu'incluse dans le titre intitulé « De la filiation », est néanmoins codifiée dans le chapitre suivant portant sur *« l'action à fins de subsides »*. D'où l'importance d'étudier si l'action à fins de subsides peut être entendue comme une action relative à la filiation.

497. La nature complexe de l'action à fins de subsides.- L'action à fins de subsides, au sens de l'article 342 du Code civil, n'a pas comme objectif de faire constater une filiation paternelle[1139]. Elle est fondée sur une simple probabilité de paternité et permet uniquement l'allocation de subsides pour un enfant de la part d'un homme qui est probablement son père. Les subsides sont définis comme un *« secours (...) apporté à une personne en vue de subvenir à son existence ; répondant à la même fonction que les aliments auxquels ils empruntent le plus souvent leur forme (pension en argent), les subsides s'en distinguent en ce que leur octroi n'est pas l'exécution d'un devoir de famille mais le substitut de celui-ci »*[1140]. Toutefois, différents éléments rapprochent l'action à fins de subsides d'une action relative à la filiation. Tout d'abord, l'action à fins de subsides doit être communiquée au Ministère public, ceci en vertu de l'article 425 du Code de procédure civile, qui prévoit que *« le ministère public doit avoir communication : 1° Des affaires relatives à la filiation (...) ».* Dans plusieurs arrêts, la jurisprudence a énoncé que cette règle procédurale, d'ordre public, est applicable à une action à fins de subsides. Cette solution jurisprudentielle stable[1141] a été rappelée dans un arrêt de la Cour de cassation du 17 octobre 2007[1142]. La première chambre civile a affirmé dans un motif de principe qu' *«en vertu de ce texte* (l'article 425 du Code de procédure civile), *le ministère public doit avoir communication des causes relatives à la filiation ; que cette règle d'ordre public est applicable à une action à fins de subsides »*[1143].

Les règles s'appliquant en matière d'expertise biologique sont aussi un indice de rapprochement avec les actions relatives à la filiation. En effet, bien que la preuve à apporter

---

[1139] M. KORNPROBST, *Rép. Civ.,* Dalloz, v° Aliments (2005- Mise à jour 2012), n° 85.
[1140] G. CORNU (dir.), *op. cit., supra* note15, v° Subside.
[1141] Cass., 1e civ., 7 octobre 1980, *D.* 1981, I. R, p. 298, note D. HUET-WEILLER ; Cass., 1e civ., 29 mai 1985, n° 84-11007, Publié au bulletin ; Cass., 1e civ., 12 mai 1987, *D.* 1988, Somm. p. 401, note D. HUET- WEILLER.
[1142] Cass., 1e civ., 17 octobre 2007, *Dr. Fam.,* 2007, Comm. 202, note P. MURAT ; *Procédures* 2008, Comm. 50, note M. DOUCHY-OUDOT ; *RJPF*, 01/2008, p. 24, note T. GARE.
[1143] Cette décision a fait l'objet de critiques. *Cf.,* M. DOUCHY-OUDOT, note sous Cass., 1e civ., 17 octobre 2007, *Procédures*, 2008, Comm. 50 : *« La solution n'est ni surprenante ni nouvelle (...) dès lors que l'action à fins de subsides, bien que n'ayant pas pour fin la filiation, a toujours été assimilée aux actions relatives à la filiation en droit de la famille. Elle est pourtant discutable si l'on s'intéresse à la finalité distincte des actions. Si l'on peut concevoir que le ministère public ait mission de veiller au respect des règles d'ordre public dans*

soit celle d'une paternité possible, la Cour de cassation a affirmé que l'expertise biologique est de droit dans un arrêt du 14 janvier 2005[1144]. Ainsi, *« il découle de cette évolution qu'en dehors d'hypothèses exceptionnelles, la condamnation au versement de subsides repose sur la preuve d'une paternité révélée par une expertise »*[1145]. En outre, l'article 16-11 du Code civil relatif aux expertises génétiques opère un rapprochement entre filiation et subsides puisqu'il énonce que cette expertise n'est possible qu'*« en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides ».*

Il convient également de relever dans les codes une assimilation entre l'action à fins de subsides et les actions relatives à la filiation, bien que les actions soient codifiées au sein du Code civil dans des chapitres différents. D'une part, l'article 342-6 du Code civil, consacré aux subsides, opère un renvoi aux articles 327, alinéa 2, et 328 relatifs aux titulaires de l'action en filiation. D'autre part, dans le Code de procédure civile, la filiation et les subsides sont traités dans un chapitre commun.

Si le rapprochement avec les actions en filiation est certain, la dimension alimentaire des subsides n'est pas à négliger. La finalité de l'action est nettement alimentaire.

Devant la nature complexe de cette action[1146], il convient de se demander si la compétence doit être attribuée au tribunal de grande instance, au titre de sa compétence pour les actions relatives à la filiation, ou si elle doit plutôt être attribuée à la juridiction compétente en matière d'action alimentaire. Afin de résoudre cette interrogation, il faut examiner la solution jurisprudentielle.

498. La solution jurisprudentielle prônant la compétence du tribunal de grande instance.- La jurisprudence, approuvée par la doctrine[1147], a retenu la compétence exclusive

---

l'établissement ou la contestation des liens de filiation, en revanche on comprend moins l'intérêt qu'il y a à veiller aux intérêts pécuniaires des parents probables de l'enfant auquel des subsides sont alloués ».

[1144] Cass., 1e civ., 14 juin 2005, *Dr. Fam.,* 2005, Comm. 182, note P. MURAT ; *Defr.,* 2005, p. 1848, note J. MASSIP.

[1145] S. MIRABAIL, Repenser l'action à fins de subsides, *Dr fam.,* 2011, Etude 19, p. 18.

[1146] J. NORMAND, note sous TGI de la Rochelle, 21 septembre 1976, RTD*Civ.,* 1977, p. 607 : *« La doctrine met très justement l'accent sur le caractère complexe de l'action à fins de subsides : indemnitaire et alimentaire à la fois, mais apparentée aussi aux actions d'état ».*

[1147] *Cf.,* D. HUET-WEILLER, note sous TGI Dieppe, 13 juin 1974, *D.* 1975, Juris. p. 75 : *« Pour notre part, nous pensons que la compétence du tribunal de grande instance en matière de subsides ne saurait faire de doute (...) »* ; F. GRANET-LAMBRECHTS, *JCl Civil code, cit. supra* note 1133, n° 7 : *« Cette compétence d'attribution (celle du tribunal de grande instance) a été étendue rationnellement à l'action à fins de subsides » ;* J. MASSIP, note sous Cass., 1e civ., 27 octobre 1981*, D.* 1982, Juris, p. 305 *: « En ce qui concerne la compétence d'attribution il était admis tant en doctrine qu'en jurisprudence que l'action en subsides relevait*

du tribunal de grande instance pour connaître de l'action à fins de subsides[1148]. Ce faisant, elle a privilégié les éléments d'assimilation aux actions relatives à la filiation[1149]. Un auteur a ainsi pu déclarer que *« l'action à fins de subsides est trop intégrée au droit de la filiation pour que la compétence du Tribunal d'instance puisse être sérieusement envisagée »*[1150]. Cette position jurisprudentielle s'ancrait dans un conflit de compétence entre le tribunal de grande instance et le tribunal d'instance. En effet, d'une part, le tribunal de grande instance était compétent en matière de filiation, selon l'article 311-5 du Code civil qui énonçait que *« le tribunal de grande instance, statuant en matière civile, est seul compétent pour connaître des actions relatives à la filiation »*[1151]. D'autre part, le tribunal d'instance était compétent en matière d'obligation alimentaire. En effet, selon le décret n° 58-1284 du 22 décembre 1958[1152] modifié par le décret n° 72-631 du 4 juillet 1972 relatif aux procédures se rapportant à la filiation ou au paiement de subsides, le tribunal d'instance connaissait *« des demandes en paiement, révision ou suppression des pensions alimentaires, fondées sur les articles 203, 205, 206, 207, 214 et 334 du code civil et 864-1 du code de procédure civile, exception faite des demandes qui seraient formées pour l'entretien et l'éducation des enfants à la suite d'une action, soit en divorce ou en séparation de corps, soit aux fins de résidence distincte selon l'article 215 du code civil, ainsi que des demandes qui seraient accessoires à une action en recherche de filiation. (...)»*[1153]. L'article 342, relatif à l'action à fins de subsides, n'était pas

---

du tribunal de grande instance en raison des liens étroits que cette action entretient avec l'état et son analogie avec l'action en recherche de paternité ».

[1148] TI Rouen, 13 février 1974, RTD*Civ.,* 1975, p. 770, note J. NORMAND ; TGI Dieppe, 13 juin 1974, *D.* 1975, Juris. p. 71, note D. HUET-WEILLER ; RTD*Civ.,* 1975, p. 770, note J. NORMAND ; Cass., 1e civ., 27 octobre 1981, *D.* 1982, Juris. p. 305, note J. MASSIP.

[1149] Il faut toutefois relever que la dimension alimentaire rejaillit dans la détermination de la compétence territoriale. En effet, la Cour de cassation, dans un arrêt du 27 octobre 1981 (Cass., 1e civ., 27 octobre 1981, D. 1982, Juris. p. 305, note J. MASSIP) énonce que *« si l'action à fins de subsides est assimilable à une action relative à la filiation relevant de la compétence exclusive du tribunal de grande instance, elle tend à l'attribution d'aliments au profit de l'enfant ; d'où il suit que le demandeur peut, à son choix, saisir soit le tribunal de grande instance du lieu où il demeure, soit celui du lieu où demeure le défendeur ».*

[1150] J. NORMAND, note sous TI Rouen 13 février 1974, TGI Dieppe 13 juin 1974, RTD*Civ.,* 1975, p. 770.

[1151] L'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 a transféré cette disposition à l'article 318-1 du Code civil.

[1152] Article 7 du décret n° 58-1284 du 22 décembre 1958 : *« Le tribunal d'instance connaît, à charge d'appel :1° Des demandes en payement, révision ou suppression des pensions alimentaires fondées sur les articles 205, 206, 207, 214 du code civil et 864 du code de procédure civile. Dans tous ces cas, les débats ont lieu en audience non publique ».*

[1153] Cette disposition fut ensuite codifiée à l'article R. 321-9 du Code de l'organisation judiciaire. L'article, tel que modifié par le décret n° 81-500 du 12 mai 1981, énonçait que : *« le tribunal d'instance connaît, à charge d'appel :1° Des demandes en paiement, révision ou suppression des pensions alimentaires fondées sur les articles 203, 205, 206, 207, 214, 334, 1448 et 1449 du Code civil, exception faite des demandes qui seraient formées pour l'entretien et l'éducation des enfants à la suite d'une action en divorce ou en séparation de corps, ainsi que des demandes qui seraient accessoires à une action en recherche de filiation. Lorsque le tribunal*

mentionné dans l'article établissant la compétence du tribunal d'instance. L'exclusion de la compétence du tribunal d'instance se fondait ainsi sur une lecture rigoureuse du décret qui attribuait compétence au tribunal d'instance par un renvoi à une liste d'articles[1154]. Un second argument en faveur de la compétence du tribunal de grande instance était apporté par le fait que la demande de subsides pouvait être entendue comme une demande accessoire à une action en filiation[1155] et en tant que telle était exclue de la compétence du tribunal d'instance qui voyait sa compétence écartée pour *« les demandes qui seraient accessoires à une action en recherche de filiation ».*

499. L'application de cette jurisprudence aux nouvelles compétences du juge aux affaires familiales.- Reste à se demander comment cette exclusion de la compétence du tribunal d'instance en la matière a été transférée au juge aux affaires familiales. En effet, ce dernier est depuis la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 compétent dans des domaines qui étaient auparavant de la compétence du tribunal d'instance. Ainsi, l'article L. 312-1 du Code de l'organisation judiciaire, tel que modifié par la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993, énonçait qu' *« un juge du tribunal de grande instance est délégué aux affaires familiales. Il connaît : (...)2° Des actions liées à la fixation de l'obligation alimentaire, de la contribution aux charges du mariage et de l'obligation d'entretien, à l'exercice de l'autorité parentale, à la modification du nom de l'enfant naturel et aux prénoms. (...) ».* Aujourd'hui, cet article est repris à l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, qui énonce que le juge aux affaires familiales connaît des actions liées *« à la fixation de l'obligation alimentaire, de la contribution aux charges du mariage ou du pacte civil de solidarité et de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants (...) à la révision de la prestation compensatoire ou de ses modalités de paiement »* [1156]. Le juge aux affaires familiales a une compétence basée sur

---

d'instance est appelé à statuer en vertu du présent numéro, les débats ont lieu en audience non publique ». Ce 1° a été abrogé par le décret n° 94-42 du 14 janvier 1994.

[1154] Le défendeur dans l'arrêt du TGI de Dieppe du 13 juin 1974 (TGI Dieppe, 13 juin 1974, *D.* 1975, Juris. p. 71, note D. HUET-WEILLER ; RTD*Civ.,* 1975, p. 770, note J. NORMAND) développait une autre argumentation. Selon lui, le tribunal d'instance était compétent car l'article 7 du décret de 1958, modifié par le décret de 1972, donnait compétence au tribunal d'instance pour toutes demandes d'aliments autres que celle qu'il excluait de manière limitative. Ce raisonnement n'a pas été retenu.

[1155] J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *op. cit., supra* note 1137, p. 468 : *« Les subsides sont parfois sollicités accessoirement à une action en déclaration de paternité naturelle, à titre de demande subsidiaire, additionnelle ou pour la première fois en appel et (...) le tribunal qui rejette l'action d'état peut à certaines occasions allouer d'office des subsides à l'enfant ».*

[1156] Le juge aux affaires familiales est également compétent en matière d'obligation alimentaire pour les actions formées par les services de l'Aide sociale (article L. 132-7 du Code de l'action sociale et des familles) et par les établissements publics de santé (article L. 6145-11 du Code de la Santé Publique).

des termes généraux et non plus sur une série de renvois à des articles du Code civil. Si l'absence de l'article 342 du Code civil de l'article consacré à la compétence du juge des tutelles était un élément permettant de privilégier la compétence du tribunal de grande instance en matière d'action à fins de subsides, les termes employés par l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire n'empêchent pas de considérer que l'action à fins de subsides doit plutôt se rapprocher d'une action d'état pour la compétence d'attribution. Pour cela, il faut retenir les différents éléments de rapprochement entre l'action à fins de subsides et l'action relative à la filiation. Un raisonnement par analogie peut ainsi être privilégié.

Depuis le transfert de compétences au juge aux affaires familiales, il n'y a pas eu, à notre connaissance, de jurisprudence sur la question de la détermination de la compétence quant à l'action à fins de subsides. Toutefois, déterminer précisément cette compétence en l'attribuant au tribunal de grande instance permettrait d'éviter tout conflit inutile.

500. La compétence pour l'action en révision des subsides.- S'il convient d'admettre que l'action de fixation de subsides relève de la compétence du tribunal de grande instance, il faut se demander à quelle juridiction incombe la révision de ces subsides. Est-ce au tribunal de grande instance[1157] ou au tribunal d'instance[1158], aujourd'hui remplacé par le juge aux affaires familiales[1159] ?

La jurisprudence a retenu les deux possibilités. Cependant, les éléments d'assimilation avec les actions relatives à la filiation sont beaucoup moins déterminants que pour l'action de fixation de subsides. Preuve en est que la demande de révision du montant des subsides alloués par une précédente décision n'est pas soumise à la règle de la communication au Ministère public selon l'article 425 du Code de procédure civile. La jurisprudence en a décidé ainsi dans un arrêt de rejet de la première chambre civile du 5 janvier 1999[1160]. En l'espèce, un homme avait été condamné au paiement des subsides par un arrêt du 14 juin 1988. La mère

[1157] TGI Cayenne, 4 janvier 1978, *D.* 1980. I. R, p. 65, note D. HUET-WEILLER.
[1158] TI Poitiers, 8 juillet 1982, *D.* 1983. I.R, p. 328, note D. HUET-WEILLER. Le tribunal d'instance de Vannes, le 30 janvier 1974 (TI Vannes 30 janvier 1974 *Gaz. Pal.* 1974, 1975, I. Somm. 42), avait également reconnu sa compétence pour connaître d'une demande *« qui a exclusivement pour but le taux d'une pension déjà fixée »*. Cependant, le tribunal avait à connaître de la pension de l'ancien article 342 institué par la loi n° 55-934 du 15 juillet 1955. Celle-ci avait un caractère clairement alimentaire puisque l'article 342 alinéa 2 indiquait que *« les enfants nés d'un commerce adultérin ou incestueux peuvent néanmoins obtenir des aliments sans que l'action ait pour effet de proclamer l'existence d'un lien de filiation dont l'établissement demeure prohibé »*.
[1159] C. LABRUSSE-RIOU, *Rép. Civ., cit., supra* note 1127, n° 115 : *« On peut considérer que l'action en révision des subsides pourrait être dévolue au juge aux affaires familiales comme certaines décisions l'avaient admis à l'égard du juge d'instance avant 1993 »*.
[1160] Cass., 1e civ., 5 janvier 1999, *Gaz. Pal.,* 25-26 août 1999, 16, note J. MASSIP.

de l'enfant avait entamé une action en majoration de ces subsides, ce qui lui avait été accordé. Monsieur avait formé un pourvoi en soutenant la violation de l'article 425 du Code de procédure civile, car la cause n'avait pas été communiquée de manière préalable au Ministère public. La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que *« la seconde action ne portant que sur la majoration des subsides dont le principe avait été admis par le précédent arrêt, la cause n'avait pas à être communiquée de nouveau au ministère public ».*

De plus, si un parallèle doit être fait avec les actions relatives à la filiation, il convient de noter que si une action aboutit à l'établissement d'une filiation assortie d'une pension alimentaire, lorsque cette dernière doit être modifiée, la compétence du juge aux affaires familiales ne fait aucun doute. Ainsi, une volonté de concentrer les compétences auprès du juge aux affaires familiales pourrait consacrer la compétence du juge aux affaires familiales en matière de révision des subsides.

501. Conclusion.- S'agissant de l'action à fins de subsides, les compétences des différentes juridictions ne sont pas menacées. Effectivement, le tribunal de grande instance s'occupe toujours de filiation et le juge aux affaires familiales d'obligation alimentaire. Mais en l'absence de précisions textuelles, c'est la nature même de l'action à fins de subsides qui va entraîner des conflits de compétence d'attribution. La double nature de l'action à fins de subsides provoque ainsi un conflit réel. Encore une preuve de l'importance du droit substantiel dans la problématique des conflits de compétence d'attribution.

502. Les modifications textuelles proposées.- Trois articles devraient être modifiés.

Tout d'abord, l'article 318-1 du Code civil pourrait énoncer que *« le tribunal de grande instance, statuant en matière civile, est seul compétent pour connaître des actions relatives à la filiation et des actions à fins de subsides »*.

Ensuite, l'article R. 211-4 du Code de l'organisation judiciaire pourrait prévoir que « le tribunal de grande instance a compétence exclusive dans les matières déterminées par les lois et règlements, au nombre desquelles figurent les matières suivantes : 14° Etablissement des subsides ». Il serait également envisageable d'intégrer l'établissement des subsides dans les dispositions initiales relatives à l'*« 1° Etat des personnes : mariage, filiation, établissement de subsides, adoption, déclaration d'absence »*. Cependant, il est préférable d'opérer une distinction étant donné la nature complexe de l'action à fins de subsides, qui tout en se rapprochant d'une action relative à l'état des personnes, n'en est pas une.

Enfin, l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire pourrait indiquer que le juge aux affaires familiales connaît des actions liées *« à la fixation de l'obligation alimentaire, de la contribution aux charges du mariage ou du pacte civil de solidarité et de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants (...) à la révision des subsides, de la prestation compensatoire ou de ses modalités de paiement »*.

503. Il convient d'étudier à présent les enjeux existant lorsqu'il s'agit d'actions en responsabilité liées à la filiation.

2. Les actions en responsabilité liées à la filiation

504. La responsabilité liée à la non reconnaissance de l'enfant.- Une action en responsabilité civile peut être engagée contre une personne pour ne pas avoir reconnu un enfant en se fondant sur le droit commun de la responsabilité. Une telle action a fait l'objet d'un arrêt de la Cour d'appel de Colmar[1161]. En l'espèce, des dommages et intérêts avaient été alloués au demandeur en réparation du préjudice causé par « la carence du défendeur ». La cour avait retenu une faute dans le fait de s'abstenir de reconnaître l'enfant et de ne pas pourvoir à son éducation, bien que Monsieur n'ait pas eu de doute sur sa paternité. Si cette action en responsabilité est possible, la faute est loin d'être toujours reconnue comme en atteste l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 23 mars 2011[1162]. En l'espèce, la Haute Cour a approuvé la Cour d'appel d'avoir rejeté une demande de dommages et intérêts, la faute n'étant pas retenue à l'encontre d'un homme qui doutait de sa paternité et résistait à des demandes pécuniaires. Il peut être retenu que la faute ne consiste pas uniquement dans la non reconnaissance de l'enfant mais également dans les circonstances entourant cette non-reconnaissance. Il faut toutefois faire une place à part à l'article 311-20 du Code civil qui, dans son alinéa 4, énonce que : *« celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant »*.

[1161] CA Colmar, 23 juin 2005, Juris-Data n° 2005-277891, *Dr. fam.,* 2005, Comm. 263, note P. MURAT. De manière plus récente : CA Caen, 29 mars 2012, Juris-Data n° 2012-019170, *Dr. fam.,* 2012, Comm. 168, note C. NEIRINCK. En l'espèce, des dommages et intérêts ont été accordés à un enfant dont le père s'est abstenu de le reconnaître. La filiation n'a été établie que dans le cadre d'une action en recherche de paternité.
[1162] Cass., 1e civ., 23 mars 2011, *Dr. Fam.,* 2011, Comm. 121, note S. ROUXEL.

505. La détermination de la compétence.- Il s'agit alors de s'interroger sur la compétence en cas de demande de réparation fondée sur la responsabilité civile. Aucune compétence spécifique n'est prévue. Il convient de se demander si c'est le tribunal de grande instance qui est compétent au titre de sa compétence en matière de filiation ou si c'est la juridiction compétente pour les demandes en responsabilité civile. Ces dernières étant des actions personnelles, les juridictions compétentes sont, selon le montant demandé, soit le tribunal de grande instance, soit le tribunal d'instance[1163]. Cependant, il semble ici que si la question doit être posée, la réponse est évidente. Les juridictions compétentes en matière de responsabilité civile sont compétentes. Certes, la faute qui déclenche la responsabilité s'ancre dans le domaine de la filiation. Preuve en est la place de l'article 311-20 au sein du Code civil dans le chapitre relatif à la filiation. Cependant, il est difficile de retenir que cette action en responsabilité puisse être entendue comme une action relative à la filiation. En effet, « *seules méritent la qualification d' « actions relatives à la filiation » (...), celles qui portent directement sur l'existence ou la qualité du rapport de filiation »*[1164].

506. Il nous reste à étudier les actions portant sur la rectification des actes d'état civil.

3. Les actions portant sur la rectification des actes d'état civil

507. Le procureur de la république, le président du tribunal de grande instance et le tribunal de grande instance. – Dans certaines hypothèses, il peut être nécessaire de rectifier un acte d'état civil entendu comme un écrit dans lequel *« l'autorité publique constate, d'une manière authentique, les principaux évènements d'où dépend l'état des personnes »*[1165]. En matière de rectification d'acte d'état civil, le procureur de la république, selon le dernier alinéa de l'article 99 du Code civil, *« peut procéder à la rectification administrative des erreurs et omissions purement matérielles des actes de l'état civil ».* Au-delà de cette rectification administrative, il peut exister une rectification judiciaire. En effet, s'il s'agit d'erreurs autres que matérielles, le président du tribunal de grande instance est compétent et ceci selon l'alinéa

[1163] La suppression de la juridiction de proximité, par la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, évite la présence d'une troisième juridiction compétente. Il faut toutefois relever que cette suppression ne sera effective qu'au 1er janvier 2015 selon la loi n° 2012-1441 du 24 décembre 2012 relative aux juridictions de proximité. *Cf., supra* note 53.
[1164] J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *op. cit., supra* note 1137 , p. 271.
[1165] H. BOSSE-PLATIERE, *Rép. Civ.,* Dalloz, v° Actes de l'état civil (2010- Mise à jour 2012), n° 2.

1 de l'article 99 qui prévoit que *« la rectification des actes de l'état civil est ordonnée par le président du tribunal ».* L'article R. 211-4 du Code de l'organisation judiciaire précisant, de manière claire, que le tribunal de grande instance a compétence exclusive en matière de rectification des actes d'état civil, il est évident que le président du tribunal est celui du tribunal de grande instance. Si la différence entre rectification administrative et judiciaire peut être ténue[1166], la question qui nous importe en termes de conflits de compétence d'attribution est la limite à trouver entre rectification judiciaire et action relative à la filiation. En effet, l'action en rectification des actes d'état civil ne doit pas entraîner de question d'état, car dans ce cas c'est le tribunal de grande instance qui est compétent, au titre de sa compétence générale en matière de filiation[1167].

508. La mise en œuvre de cette distinction dans la jurisprudence.- Si la distinction semble simple, la jurisprudence a dû à plusieurs reprises préciser la distinction entre les actions en rectification des actes d'état civil de la compétence du président du tribunal de grande instance et celles considérées comme relatives à la filiation qui sont de la compétence du tribunal de grande instance. Un arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 1983[1168] rappelle, au visa de l'article 99 du Code civil, que *« le président du tribunal de grande instance est compétent pour ordonner la rectification des actes de l'état-civil sauf lorsque la demande soulève une question d'état »*. En l'espèce, deux futurs époux avaient reconnu auprès de l'officier de l'état civil un enfant né avant leur union. Quelques années plus tard, une requête en rectification de cet acte de reconnaissance fut présentée par cet enfant, afin de rectifier dans l'acte le sexe et de réparer l'omission du prénom. Le président du tribunal de grande instance fit droit à la demande de l'enfant dans une ordonnance du 31 juillet 1979. Cependant, sur appel de la fille d'un premier lit de l'époux, la Cour d'appel d'Aix en Provence, le 11 mars 1981, retint que l'action intentée par l'enfant échappait à la compétence

[1166] H. BOSSE-PLATIERE, *Rép. Civ., cit. supra* note 1165, n° 232.
[1167] Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *op. cit., supra* note 11, p. 424 : *« L'action en rectification de l'état civil a pour objet de corriger une inexactitude dans la rédaction des actes de l'état civil, sans modifier l'état de la personne. (...). Comme son nom l'indique, l'action a uniquement pour objet un acte de l'état civil et une rectification ; elle ne peut avoir pour objet un état, et notamment la modification d'une filiation. La différence n'est pas toujours facile à faire, car ce qui distingue un changement de pure forme et un changement de fond est parfois subtil. Dans son principe, le critère est simple : l'action en rectification est d'un ordre purement matériel ; elle tend ou à rectifier -l'acte comporte une erreur matérielle, par exemple sur le sexe-, ou à compléter- l'acte est incomplet, par exemple il oublie un prénom-, ou à effacer- l'acte comporte une indication matériellement inexacte, par exemple, il énonce que la mère était mariée alors qu'elle ne l'était pas-. Au contraire, est une action d'état celle qui s'attaque, au fond, à l'état que l'acte constate, par exemple, la détermination du père ou de la mère, un changement de sexe ou de père* ».

du président du tribunal de grande instance car il ne s'agissait pas d'une action en rectification d'état civil mais une d'action d'état. En effet, elle visait à établir tant l'état civil que la filiation paternelle. La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel, au motif de la violation de l'article 99 du Code civil, car *« l'action qui lui était soumise n'avait pour objet que de réparer une erreur sur le sexe et une omission quant au prénom (...) et ne s'analysait ni en une action relative à la véracité ou au caractère mensonger de la filiation résultant de cette reconnaissance, ni en une demande tendant à suppléer un acte de l'état civil ».*

Il convient de constater que la plupart des affaires ont à voir avec la distinction à opérer entre filiation légitime et naturelle. Il en va ainsi dans un arrêt de la Cour de cassation du 14 mai 1985[1169]. En l'espèce, un jugement de divorce fut prononcé entre Antoine B et Jeanne X en avril 1970. Un premier enfant naquit en novembre 1970, un second en 1971 et un troisième en 1973. Ils furent tous déclarés à l'état civil comme issus d'Antoine B et de Jeanne X son épouse. Madame présenta une action en rectification de ces actes. Cependant, la Cour d'appel la débouta de sa demande en arguant que cette action touchait à l'état d'enfant légitime des enfants. Mais la Cour de cassation retint que l'action qui a pour objet de faire supprimer de l'acte de naissance la mention d'épouse est bien une action en rectification d'état civil.

Plus récemment, dans un arrêt du 18 mai 2000, la Cour d'appel de Reims[1170], a également été amenée à préciser la distinction entre action en rectification d'actes d'état civil et celle relative à la filiation et ceci dans contexte relatif à la nature de la filiation. En l'espèce, un enfant était né d'un couple marié mais plus de 300 jours après l'ordonnance de non-conciliation. Cependant, il avait été déclaré à l'état civil comme né des deux époux et aucune précision n'avait été apportée sur l'existence d'une ordonnance de non-conciliation. La grand-mère maternelle[1171] avait entamé une action devant le tribunal de grande instance pour notamment constater l'exclusion de la présomption de paternité et l'existence d'une unique filiation maternelle naturelle. La Cour d'appel de Reims qualifia cette action d'action en rectification d'une erreur qui est de la compétence du président du tribunal de grande d'instance et non une action d'état. Le tribunal de grande instance n'était pas compétent pour cette action. Evidemment, l'action a une conséquence sur l'état mais il n'y a pas de

[1168] Cass., 1e civ., 26 janvier 1983, *D.* 1983, Juris., p. 436, note J. MASSIP.
[1169] Cass., 1e civ., 14 mai 1985, n° 84-10437, publié au Bulletin.
[1170] CA Reims, 18 mai 2000, Juris-Data n° 2000-123791.
[1171] L'intérêt à agir de la grand-mère a été retenu par la Cour d'appel.

modification d'état, l'enfant n'avait jamais bénéficié de la présomption de paternité pour l'établissement de sa filiation. Cela n'avait pu être que la conséquence d'une omission sur l'acte d'état civil. La Cour d'appel énonce que *« qu'en ordonnant la rectification de l'acte de naissance (...), alors qu'une action d'état n'était pas nécessaire, la Chambre de la famille a statué alors qu'elle n'était pas compétente pour le faire ».*

Dans un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 4 octobre 2000[1172], il est à l'inverse question des fonctions du procureur qui ont été outrepassées et de la nécessité de faire appel à la compétence du tribunal de grande instance en matière de filiation. En l'espèce, un enfant a été déclaré et reconnu par sa mère sans qu'apparaisse aucune mention de son mariage. Le procureur de la République opéra une rectification sur l'acte de naissance en faisant constater que l'enfant était né des deux époux et qu'il était un enfant légitime. Quelques années plus tard, la mère déposa une requête en fixation de pension alimentaire. Le défendeur demanda à la Cour d'appel de relever l'absence d'effet de la rectification opérée par le procureur de la rectification qui avait ajouté le nom du mari de la mère sur l'acte de naissance car cette rectification ne pouvait empêcher que la présomption soit écartée. En effet, aucune possession d'état d'enfant légitime n'avait été démontrée et l'enfant étant déclaré sous le nom de jeune fille de la mère la présomption de paternité était écartée[1173]. La Cour d'appel déclare que *« la mention apposée par le Procureur de la République ne peut créer une filiation ».* Ainsi, *« la mention apposée par le Procureur de la République (...) tendant à établir une filiation sans présomption de paternité ni possession d'état et à la déclarer légitime, est nulle comme ne correspondant pas aux actes de sa fonction et contraire à l'attribution exclusive aux tribunaux de grande instance des actions en filiation».*

509. Les enseignements de la jurisprudence.- La jurisprudence recensée illustre que si l'action en rectification de l'état civil ne remet pas en cause la véracité de la filiation, elle a toutefois un effet sur cette filiation en rectifiant la mauvaise retranscription d'éléments sur l'état civil. Ainsi, la limite avec une action relative à la filiation est ténue. Si la question de la distinction demeure, force est de constater que cette jurisprudence se fait rare. Cela est dû

[1172] CA Bordeaux, 4 octobre 2000, Juris-Data n° 2000-127884.
[1173] Selon les dispositions en vigueur à l'époque de l'arrêt, l'article 313-1 du Code civil créé par la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 et abrogé par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 énonçait que : *« la présomption de paternité est écartée quand l'enfant, inscrit sans l'indication du nom du mari, n'a de possession d'état qu'à l'égard de la mère ».*

certainement à l'égalité mise en place entre les filiations hors mariage qualifiées jadis de naturelles et celles en mariage intitulées jusqu'à peu légitimes[1174].

510. Il y a lieu à présent de s'intéresser à la compétence d'attribution pour des actions pour lesquelles la qualification d'action relative à la filiation pose question sans que cela n'entraîne d'enjeu en termes de conflit de compétence d'attribution.

B. Les actions avec un enjeu inexistant en termes de conflits de compétence d'attribution

511. Si pour l'annulation de la reconnaissance (1) et l'action en constatation de possession d'état (2), la question de la compétence d'attribution peut être posée, elle est toutefois sans enjeu en termes de conflits de compétence.

1. L'annulation de la reconnaissance

512. Les règles relatives à la reconnaissance.- La reconnaissance est un mode d'établissement extrajudiciaire de la filiation qui doit respecter certaines conditions de fond et de forme. Il faut notamment un consentement libre et éclairé de son auteur. Si ces règles ne sont pas respectées, une annulation de la reconnaissance est possible en démontrant soit l'absence de consentement, soit l'existence d'un vice du consentement. Cette hypothèse est à distinguer de celle de la remise en cause de la sincérité de la reconnaissance. Dans ce cas, même si les conditions de fond et de forme sont réunies, il peut être prouvé que la reconnaissance ne correspond pas à la vérité biologique, c'est-à-dire que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le parent biologique de l'enfant. Il s'agit d'une action classique en contestation de maternité ou de paternité relevant de la compétence du tribunal de grande instance selon l'article 318-1 du Code civil.

[1174] Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *op. cit., supra* note 11, p. 424 : *« L'application de ce critère avait soulevé des difficultés lorsqu'il s'agissait de tirer les conséquences de l'exclusion ou de la restauration de la présomption de paternité légitime pour un enfant né d'une femme mariée dans des conditions suspectes. Depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005, la question a perdu beaucoup de son intérêt puisqu' a disparu la distinction entre filiation légitime et naturelle, sauf qu'est maintenue la présomption de paternité pour un enfant né dans le mariage »*.

513. La question de la compétence pour l'action en annulation de reconnaissance.- Aucune compétence spécifique n'est établie pour l'action en annulation de la reconnaissance[1175] et il n'est pas possible de l'inclure d'emblée dans le champ de compétence du tribunal de grande instance tel qu'entendu par les articles 318-1 du Code civil et R. 211-4 du Code de l'organisation judiciaire. Il convient de se demander si cette action peut être définie comme une action relative à la filiation. La Cour de cassation a relevé pour cette action des similitudes avec les actions relatives à la filiation. En effet, dans un arrêt du 6 février 2008[1176], elle a englobé cette action dans les « affaires relatives à la filiation » quand il s'agit de transmettre la cause au Ministère Public selon l'article 425 du Code de procédure civile. En l'espèce, un homme avait souscrit une reconnaissance de paternité en 1996 concernant un enfant né en 1964. La validité de cette reconnaissance était contestée. La Cour d'appel avait confirmé la nullité prononcée en première instance. Cet arrêt avait encouru la cassation au visa de l'article 425 du Code de procédure civile.

Dans un arrêt plus ancien du 12 mai 1987[1177], la Cour de cassation avait affirmé le même principe. Lors d'une demande de partage de succession, les défendeurs à l'action avaient soulevé par voie d'exception la nullité d'une reconnaissance. L'arrêt encourt la cassation au visa de l'article 425 du (Nouveau) Code de procédure civile, le Ministère public devant avoir communication des causes relatives à la filiation. En l'espèce, *« il ne résulte ni des mentions dans l'arrêt, ni des pièces du dossier, ni d'aucun élément de preuve que la cause a été communiquée au Ministère public ».*

Cependant, même si l'action doit être communiquée au Ministère Public, il convient de se demander s'il s'agit réellement d'une action relative à la filiation appelant la compétence du tribunal de grande instance. En effet, il ne s'agit pas réellement d'une action en contestation de filiation mais d'une action en annulation d'un acte qui permet d'établir la filiation. A l'extrême, la reconnaissance pourrait être annulée bien qu'elle corresponde à la vérité biologique.

[1175] Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *op. cit., supra* note 11, p. 481 : *« Pas plus que le droit antérieur, l'ordonnance de 2005 ne traite de l'action en nullité. Du silence des textes on ne saurait conclure qu'elle aurait disparu. Il s'agit en effet d'une action traditionnelle, liée à la nature même de la reconnaissance en tant qu'acte juridique : ce qui est en cause est moins la vérité de la filiation que la validité de l'acte ».*

[1176] Cass., 1e civ., 6 février 2008, *AJ Fam.,* 2008, p. 166, note F. CHENEDE, *D.* 2009, p. 774, note F. GRANET-LAMBRECHTS.

[1177] Cass., 1e civ., 12 mai 1987, *D.* 1988. Somm 401, note D. HUET-WEILLER.

514. Un enjeu minime en termes de conflits de compétence d'attribution.- Devant ces incertitudes, il convient de rappeler que l'enjeu en termes de conflits de compétence d'attribution est minime. En effet, si l'annulation de la reconnaissance n'est pas incluse dans la compétence du tribunal de grande instance au titre de sa compétence en matière de filiation, il faut alors qualifier cette action, d'action relative à un droit extrapatrimonial[1178]. Cette catégorie d'action est intégrée de manière classique dans les actions personnelles dont la compétence incombe soit au tribunal de grande instance soit au tribunal d'instance selon le montant[1179]. Si ce dernier est indéterminé, comme c'est le cas pour l'action en annulation de la reconnaissance de filiation, la compétence revient dans tous les cas au tribunal de grande instance. En conclusion, quelque soit la qualification retenue pour l'action en annulation de la reconnaissance de filiation, la compétence est attribuée à la même juridiction. Il n'y a donc pas de conflit de compétence d'attribution mais l'absence de compétence spécifique pour cette action rend plus complexe la détermination de la compétence.

2. L'action en constatation de la possession d'état

515. Selon l'article 330 du Code civil, *« la possession d'état peut être constatée, à la demande de toute personne qui y a intérêt, dans le délai de 10 ans à compter de sa cessation ou du décès du parent prétendu ».* Le caractère d'action d'état relative à la filiation a pu être discuté par rapport à cette action en constatation de la possession d'état. En effet, l'objet de cette action étant de constater une possession d'état et non d'établir une filiation, des hésitations doctrinales ont vu le jour. Cependant, l'ordonnance du 4 juillet 2005 a, de manière claire, intégré cette action dans les actions relatives à la filiation[1180]. En effet, l'article 330 fait

---

[1178] G. CORNU (dir.), *op. cit., supra* note 15, v° Extrapatrimonial. Le terme *« extrapatrimonial »* répond également à deux acceptions. Dans une première acception, « extrapatrimonial » est ce *« qui ne fait pas partie du patrimoine mais touche à la personne ; qui n'a pas le caractère d'un bien mais relève d'un autre ordre de valeur, d'où le propre d'être hors commerce (sans exclure néanmoins que l'atteinte à un droit extrapatrimonial donne lieu à une indemnisation pécuniaire) ».* Dans une seconde acception, *« extrapatrimonial »* est défini comme ce *« qui concerne les matières autres que celles qui se rapportent au patrimoine (le droit des personnes) ».*

[1179] *Cf., supra* note 53 s'agissant de la suppression de la juridiction de proximité.

[1180] Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *op. cit., supra* note 11, p. 487 : *« Il était traditionnellement admis que l'action en constatation de la possession d'état avait pour seul objet de constater l'existence d'une possession d'état, une possession d'état utile, dont découle, par le seul effet de la loi, l'établissement du lien de filiation. L'ordonnance de 2005 rend l'analyse beaucoup plus incertaine. (...). De la finalité de l'action se déduisait sa nature. Portée devant le TGI, l'action avait en principe pour finalité de constater l'existence de la possession d'état (...). Il ne s'agissait nullement de rechercher judiciairement une filiation. (...). Il était admis qu'il ne s'agissait pas d'une action d'état (...). Désormais, la possession d'état n'établit la filiation que si elle est*

partie du chapitre intitulé « Des actions relatives à la filiation »[1181]. Si l'action en constatation de la possession d'état n'avait pu être désignée en tant qu'action relative à la filiation, le tribunal aurait été toutefois compétent au titre de sa compétence en matière d'action personnelle avec un montant indéterminé.

516. Ainsi, devant le manque d'enjeu, il ne semble pas pertinent de modifier les dispositions textuelles en vigueur.

---

constatée. En elle-même, la possession d'état ne confère pas juridiquement l'état. Seule sa constatation permet de créer le lien. L'action en constatation de la possession d'état inscrite à l'article 330 est non seulement une action en constatation, mais aussi une action en établissement de la filiation. C'est d'ailleurs à ce titre qu'elle apparaît dans le Code civil. D'action sui generis, l'action en constatation tend à devenir une action d'état ».

[1181] P. MURAT, L'action de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la possession d'état, *Dr fam.,* 2006, Etude 5, n° 16 : *« Rompant avec le passé, mais logique avec le présupposé nouveau que seule une possession d'état constatée établit désormais la filiation, l'ordonnance classe ces actions sous des intitulés qui en font des « actions aux fins d'établissement de la filiation » et des « actions en contestation de la filiation » : il s'agit donc désormais sans ambiguïté de véritables actions d'état ».*

Conclusion de la Section 1

517. Les matières à la limite de la filiation.- Lorsqu'il s'agit de déterminer les limites du droit substantiel de la filiation, quelques situations soulèvent des interrogations. Tel est le cas en matière de subsides, de responsabilité, de rectification des actes d'état civil, de constatation de possession d'état, d'annulation de reconnaissance. La question a été posée de savoir si dans ces hypothèses il s'agissait de filiation ou de matières à la limite de la filiation. La réponse donnée à cette question entraîne soit la compétence du tribunal de grande instance au titre de sa compétence en matière de filiation, soit la compétence d'une autre juridiction telle le juge aux affaires familiales, le président du tribunal de grande instance ou le tribunal d'instance[1182].

518. Un enjeu limité en termes de compétence.- Dans toutes les hypothèses, les conflits sont limités car si le tribunal de grande instance n'est pas compétent au titre de sa compétence en matière de filiation, il l'est souvent au titre de sa compétence de droit commun. Il a, en effet, vocation à statuer sur tout le contentieux privé dont la compétence n'est pas attribuée à une autre juridiction[1183]. Pour ces raisons, ce n'est qu'en matière de subsides que nous proposons quelques suggestions d'amélioration[1184] afin que le partage de compétence entre le juge aux affaires familiales et le tribunal de grande instance ne soit pas l'occasion de conflits.

519. Une fois étudiées les limites de la matière soumise au tribunal de grande instance, portant sur des matières à la frontière de la filiation, il convient à présent d'étudier ce qu'est une action relative à la filiation. Le propos diffère de l'étude réalisée jusqu'à présent. Dans un premier temps, nous nous sommes posés la question de savoir s'il s'agissait de la matière « filiation ». Dans un second temps, s'il est évident qu'il s'agit de filiation, la question posée est de savoir si l'action que le juge réalise peut être définie comme une action relative à la filiation, *a priori* de la seule compétence du tribunal de grande instance.

[1182] Le juge de proximité peut également être présent jusqu'à sa suppression au 1er janvier 2015.
[1183] Article L. 211-3 du Code de l'organisation judiciaire : *« Le tribunal de grande instance connaît de toutes les affaires civiles et commerciales pour lesquelles compétence n'est pas attribuée, en raison de leur nature ou de leur montant de la demande, à une autre juridiction »*.
[1184] *Cf., supra* par. n° 502.

Section 2.
Les conflits dus à la juste détermination des actions relatives à la filiation relevant de la compétence du tribunal de grande instance

520. Le tribunal de grande instance est compétent en matière de filiation. Cependant, certains actes échappent totalement à sa compétence, sans que cela occasionne de réels conflits (paragraphe 1). En revanche, une attention particulière doit être portée à l'intervention du juge dans le cadre de la présomption de paternité. En effet, il convient d'étudier si cette intervention doit toujours être entendue comme une action relative à la filiation et si elle n'est pas l'occasion d'un pseudo-conflit (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les rares compétences échappant au tribunal de grande instance

521. En matière de filiation, le juge du tribunal d'instance et le président du tribunal de grande instance détiennent certaines compétences (A) qui ne provoquent pas de conflits de compétence d'attribution avec le tribunal de grande instance car les juridictions en jeu réalisent des actes de nature différente (B).

A. L'étendue des compétences du juge du tribunal d'instance et du président du tribunal de grande instance

522. La délivrance de l'acte de notoriété par le juge du tribunal d'instance.- Le juge du tribunal d'instance délivre, dans les conditions de l'article 317 du Code civil, l'acte de notoriété qui permet d'attester de la possession d'état, mode extrajudiciaire d'établissement de la filiation. L'alinéa 1er de l'article 317 du Code civil, dans sa version issue de la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011, énonce que *« chacun des parents ou l'enfant peut demander au juge du tribunal d'instance du lieu de naissance ou de leur domicile que lui soit délivré un acte de notoriété qui fera foi de la possession d'état jusqu'à preuve contraire ».* Si la compétence du juge du tribunal d'instance est clairement affirmée par la loi du 13 décembre 2011, ce n'était pas le cas avant cette réforme législative et ceci pour deux raisons. Tout d'abord, l'article 311-3 du Code civil, relatif à l'acte de notoriété, avant son abrogation par

l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, retenait la compétence du juge des tutelles. L'alinéa 1er indiquait, en effet, que *« les parents ou l'enfant peuvent demander au juge des tutelles que leur soit délivré, dans les conditions prévues aux articles 71 et 72 du présent code, un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état jusqu'à preuve contraire »*. Ensuite, l'article 317, tel qu'il avait été mis en place par l'ordonnance du 4 juillet 2005, ne faisait plus référence à une compétence d'attribution. Il énonçait, dans son alinéa 1er, que *« chacun des parents ou l'enfant peut demander au juge que lui soit délivré, dans les conditions prévues aux articles 71 et 72, un acte de notoriété qui fera foi de la possession d'état jusqu'à preuve contraire ».* L'article 71 du Code civil faisait mention d'un acte de notoriété délivré par le juge du tribunal d'instance. Cependant, la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 vint modifier l'article 317 du Code civil en supprimant tout renvoi à l'article 71 du Code civil. L'article prévoyait ainsi que *« chacun des parents ou l'enfant peut demander au juge que lui soit délivré un acte de notoriété qui fera foi de la possession d'état jusqu'à preuve contraire ».* De plus, même si le renvoi à l'article 71 avait été maintenu, il n'aurait pas été d'une grande utilité puisque la même loi du 28 mars 2011 avait également modifié l'article 71 du Code civil en supprimant toute référence au juge du tribunal d'instance. Devant cette difficulté à déterminer la compétence d'attribution, la loi du 13 décembre 2011 fut la bienvenue en réintégrant dans l'article 317 la compétence du juge du tribunal d'instance pour la délivrance de l'acte de notoriété.

523. Les compétences du président du tribunal de grande instance.- Dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation, selon l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique, l'homme et la femme qui se soumettent à une telle opération *« (...) doivent (...) consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination (...) ».* L'article L. 2141-10 du Code de la santé publique précise que le consentement doit être donné suite à des entretiens avec l'équipe médicale. Mais cela ne peut suffire en présence d'un tiers donneur. En effet, dans cette hypothèse, le président du tribunal de grande instance se voit reconnaître des compétences pour le recueil du consentement des parents[1185]. C'est également lui qui doit

[1185] Article 311-20 du Code civil ; article 1157-2 du Code de procédure civile ; article L. 2141-10 du Code de la santé publique.

autoriser l'accueil d'embryon[1186]. Enfin, le président du tribunal de grande instance intervient également par rapport au couple qui a consenti à l'accueil de leurs embryons[1187].

524. Le transfert de ces compétences à d'autres juridictions.- Si les compétences du juge du tribunal d'instance et du président du tribunal de grande instance ne posent pas de problèmes en termes de limites, leur pertinence a toutefois été questionnée. Ainsi, un transfert à d'autres juridictions[1188] ou plus radicalement à un notaire[1189] a été envisagé. Cependant, l'hypothèse du transfert de ces compétences au tribunal de grande instance n'a jamais été envisagée alors que c'est précisément cette juridiction qui est celle compétente en matière de filiation. Certainement parce qu'il n'est pas question de la même activité. Si tel était le cas, la compétence du tribunal de grande instance ne serait pas remise en cause par les compétences du juge du tribunal d'instance et du président du tribunal de grande instance. Mais ne pouvant l'énoncer d'emblée, il est nécessaire de le démontrer.

B. La nature juridique des actes accomplis par le juge du tribunal d'instance et le président du tribunal de grande instance

525. La diversité des actes réalisés par un juge.- Lorsqu'il faut qualifier les actes réalisés par le juge du tribunal d'instance ou par le président du tribunal de grande instance, il convient tout d'abord de prendre en compte la difficulté à classer les actes réalisés par le

---

[1186] Article R. 2141-10 du Code de la santé publique : *« La demande aux fins d'autorisation d'accueil d'embryon ou la demande de renouvellement de cette autorisation, formulée par un couple répondant aux conditions de l'article L. 2141-6, est portée devant le président du tribunal de grande instance ou son délégué (...) »*.

[1187] Article R. 2141-5 du Code de la santé publique.

[1188] En matière de délivrance d'acte de notoriété : *cf.,* F. GRANET- LAMBRECHTS, L'établissement non contentieux de la filiation, *AJ fam.,* 2005, p. 429 : *« L'article 317 reprend le premier alinéa de l'ancien article 311-3, mais il a été prévu que la compétence matérielle serait attribuée au juge d'instance. Il serait souhaitable à terme de donner compétence au juge aux affaires familiales, ce qui impliquera des modifications substantielles du nouveau code de procédure civile »* ; S. MIRABAIL, Les différents rôles de la possession d'état en matière de filiation, *Dr. fam.,* 2014, Etude 2, p. 9 : *« En ce qui concerne le juge compétent, il est, compte tenu du rôle important joué par la possession d'état, permis de se demander s'il n'aurait pas été préférable de choisir le juge spécialisé en matière familiale, c'est-à-dire le juge aux affaires familiales »*. En matière de procréation médicalement assistée : dans le cadre des travaux parlementaires ayant abouti aux lois de 1994 sur la bioéthique, la compétence du juge aux affaires familiales avait été envisagée par différents parlementaires. *Cf.,* H. PARCHEMINAL, *art. cit., supra* note 50, p. 232.

[1189] La proposition n° 36 du Rapport Guinchard, propose le transfert l'établissement des actes de notoriété pour suppléer à un acte de naissance, du juge d'instance vers le notaire. La proposition n° 38, quant à elle, suggère le transfert des demandes de recours à une procréation médicalement assistée au notaire. *Cf.,* S. GUINCHARD (dir.), *op. cit., supra* note 11, p. 22.

juge[1190]. A l'aune de notre objectif qui est de vérifier si la compétence du tribunal de grande instance est entamée, nous pourrions successivement observer si nous sommes en présence d'une décision. Si c'est le cas, faut-il retenir la qualification de mesure d'administration judiciaire ou d'acte juridictionnel ? Enfin, dans cette dernière hypothèse, l'acte juridictionnel est-il gracieux ou contentieux ? Cette succession de vérifications semble pertinente car le tribunal de grande instance, en matière de filiation est compétent pour les actions juridictionnelles contentieuses. Il faut toutefois préciser qu'en matière d'adoption, il en va autrement car l'action du tribunal de grande instance est gracieuse.

526. L'exclusion de la qualification de décision pour le recueil du consentement opéré par le président du tribunal du grande instance.- Dans un premier temps, il convient donc de vérifier si les actes réalisés par le juge du tribunal d'instance et le président du tribunal de grande instance sont des décisions. En effet, *« la première classification des actes du juge que l'on puisse opérer consiste à distinguer ceux qui sont des décisions de ceux qui ne le sont pas »*[1191]. Sommes-nous ainsi en présence d'un acte dans lequel *« le juge se borne à relater un acte juridique qui se déroule devant lui sans juger, et sans même décider quoique ce soit »*[1192] *?*

Pour le recueil du consentement opéré par le président du tribunal de grande instance dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation en présence d'un tiers donneur, il convient de rejeter la qualification de décision, le rôle du juge étant limité. Ici, le président du tribunal de grande instance ne prend pas de décisions, il recueille uniquement le consentement du couple. L'article L. 2141-10 du Code de la santé publique énonce que *« (...) les époux, les partenaires liés par un pacte civil de solidarité ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur doivent préalablement donner, dans les conditions prévues par le code civil, leur consentement au juge ou au notaire ».* Aux termes de cet article, le juge n'opère aucune vérification de légalité ou d'opportunité[1193]. A la lecture de l'article L. 2141-10 du Code de la santé publique, cette opération semble d'ailleurs être effectuée par l'équipe médicale. Cette dernière a, en effet, la

[1190] G. WIEDERKEHR, « Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires » *in Etudes à la mémoire du professeur Alfred RIEG, Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Bruylant (Bruxelles), 2000, p. 887.
[1191] J. HERON, T. LE BARS, *op. cit., supra* note 27, p. 257.
[1192] J. HERON, T. LE BARS, *op. cit., supra* note 27, p. 257.
[1193] *Cf.,* J. HAUSER, *JCl Civil code*, « Art. 311-19 et 311-20 », v° Fasc. unique, « Filiation.- Identification génétique- Procréation médicalement assistée » (2006- Mise à jour 2013), n° 52.

charge, au-delà de transmettre des informations juridiques et médicales, de vérifier la motivation du couple[1194]. Le rôle du médecin est d'autant plus important qu'il est précisé dans l'article L. 2141-10 du Code de la santé publique que l'assistance médicale à la procréation « *ne peut être mise en œuvre par le médecin lorsque les demandeurs ne remplissent pas les conditions prévues par le présent titre ou lorsque le médecin, après concertation au sein de l'équipe clinicobiologique pluridisciplinaire, estime qu'un délai de réflexion supplémentaire est nécessaire aux demandeurs dans l'intérêt de l'enfant à naître ».* Ainsi, le médecin opère certainement un contrôle de légalité en vérifiant si les différentes conditions nécessaires à l'assistance médicale à la procréation sont remplies. Pour appuyer l'exclusion de la qualification de décision en la matière, il peut être utile de rappeler que l'acte de recueil de consentement peut être réalisé autant par le président du tribunal de grande instance que par le notaire. Ce choix entre ces deux organes incite à nier le caractère juridictionnel de la fonction exercée par le président du tribunal de grande instance[1195]. En effet, si le notaire peut de manière aussi valable que le président du tribunal de grande instance recueillir le consentement du couple, il convient de constater que, certes, ce recueil nécessite un certain formalisme, afin de montrer le sérieux de l'opération, mais cela ne peut être un acte juridictionnel.

Il en va de même lorsque le président du tribunal de grande instance doit viser le document relatant le consentement des donneurs à l'accueil de l'embryon. L'article R. 2141-5 du Code de la santé publique énonce, en effet, que ce document *« est adressé par le praticien agréé, en deux exemplaires au président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel est situé le centre d'assistance médicale à la procréation mentionné au premier alinéa de l'article R. 2141-3. Le président du tribunal instance ou son délégué procède, le cas*

[1194] Article L. 2141-10 du Code de la santé publique : *« (...) Ils doivent notamment :1° Vérifier la motivation de l'homme et de la femme formant le couple et leur rappeler les possibilités ouvertes par la loi en matière d'adoption ;2° Informer ceux-ci des possibilités de réussite et d'échec des techniques d'assistance médicale à la procréation, de leurs effets secondaires et de leurs risques à court et à long terme, ainsi que de leur pénibilité et des contraintes qu'elles peuvent entraîner ;2° bis Informer ceux-ci de l'impossibilité de réaliser un transfert des embryons conservés en cas de rupture du couple ou de décès d'un de ses membres ;3° Leur remettre un dossier-guide comportant notamment :a) Le rappel des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'assistance médicale à la procréation ;b) Un descriptif de ces techniques ;c) Le rappel des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'adoption, ainsi que l'adresse des associations et organismes susceptibles de compléter leur information à ce sujet (...) ».*

[1195] J. HERON, T. LE BARS, *op. cit., supra* note 27, p. 258 : *« S'il est de même nature qu'un acte de notaire (...), on peut en déduire, de façon certaine, qu'il n'est pas caractéristique de l'activité du juge, ou encore qu'il n'est pas un acte juridictionnel, pour reprendre l'expression qui désigne tous les actes qui sont caractéristiques de l'activité du juge : pour mériter le qualificatif d'acte juridictionnel, un acte du juge doit consister en une décision ».*

échéant, à l'audition des deux membres du couple ayant consenti à l'accueil de leurs embryons ou du membre survivant de ce couple. Il retourne un exemplaire de ce document, visé par ses soins, au praticien agréé (...) ». L'article R. 2141-7 du Code de la santé publique mentionne également un *« document visé par le président du tribunal de grande instance ».* Aucune référence n'est faite à un jugement. Il s'agit plutôt d'un document ayant une certaine solennité. Mais il ne semble pas que le juge ait à décider. Il pourrait même être avancé que cette décision a été prise antérieurement par l'équipe médicale qui a, ensuite, transmis le document au président du tribunal de grande instance.

S'agissant de l'acte de notoriété et de l'autorisation d'accueil d'embryon, il semble, au contraire, que la qualification de décision ne peut être écartée. Il conviendrait ainsi de vérifier si ces actes réalisés respectivement par le juge d'instance ou le président du tribunal de grande instance sont des mesures d'administration judiciaire ou des actes juridictionnels.

527. L'exclusion de la qualification de mesure d'administration judiciaire.- La mesure d'administration judiciaire est une décision *« dont l'objet est le fonctionnement du service public de la justice »*[1196]. Selon l'article 499 du Code de procédure civile, elle n'est pas soumise aux règles générales applicables aux jugements. De manière plus spécifique, elle n'est sujette à aucun recours selon l'article 537 du Code de procédure civile.

Au dernier alinéa de l'article 317 du Code civil, il est précisé que *« ni l'acte de notoriété, ni le refus de le délivrer ne sont sujets à recours ».* Ainsi, pour l'acte de notoriété, aucun recours n'est possible. Pour l'autorisation d'accueil d'embryon, il n'est précisé nulle part, de manière explicite, l'absence de recours. Il est donc supposé, *a contrario*, que le recours est possible.

Cependant, la qualification de mesure d'administration judiciaire doit être rejetée. Il est, en effet, difficile de considérer l'acte de notoriété et l'autorisation d'accueil d'embryon comme une mesure d'administration judiciaire. Cette dernière est liée à l'administration de la justice alors qu'ici c'est le droit substantiel de la filiation qui est en jeu.

Si la définition de mesure d'administration judiciaire ne semble pas convenir il faut alors vérifier si la qualification d'acte juridictionnel gracieux ou contentieux peut être retenue.

528. L'étude de la qualification d'acte juridictionnel s'agissant de la délivrance de l'acte de notoriété.- L'acte juridictionnel peut être défini comme « *l'acte du juge qui, saisi*

d'une situation donnée, statue par application des règles de droit relativement à cette situation, peu important que le litige soit avéré ou non »[1197]. Cette définition ne met évidemment pas en lumière la difficulté qu'il peut y avoir à définir l'acte juridictionnel mais elle est suffisante dans notre recherche.

Il est également important de distinguer l'acte juridictionnel contentieux de l'acte juridictionnel gracieux. *« Une décision est contentieuse lorsqu'elle tranche une contestation »*[1198] au contraire de la décision gracieuse qui suppose l'absence de litige[1199].

Lorsqu'il délivre un acte de notoriété, le juge du tribunal d'instance réalise *« un acte non contradictoire délivré sur la foi des déclarations de témoins et en dehors de toute communication au ministère public »*[1200]. Un doute apparaît sur la nature juridictionnelle de la délivrance de l'acte de notoriété. En effet, pour certains auteurs, il lui manque notamment l'autorité de la chose jugée[1201] qui peut être définie comme *« ce qui, en dehors des voies de recours prévues par la loi, interdit à un juge de revenir sur ce que a été constaté par une précédente décision de justice »*[1202].

La Cour de cassation, dans un arrêt du 4 juillet 2007, aurait pu apporter une réponse à la nature de l'acte de notoriété. Sous l'empire de la législation antérieure, la Cour de cassation avait considéré que *« les dispositions de l'article 425 du Code de procédure civile n'ont pas lieu de s'appliquer aux demandes d'actes de notoriété adressées au juge des tutelles sur le fondement de l'ancien article 311-3[1203] du Code civil »*[1204]. En l'espèce, un enfant s'était vu délivrer un acte de notoriété constatant sa possession d'état vis-à vis d'un homme. Les frères

---

[1196] J. HERON, T. LE BARS, *op. cit., supra* note 27, p. 258.
[1197] L. CADIET, E. JEULAND, *op. cit. supra* note 27, p. 75.
[1198] L. CADIET, E. JEULAND, *op. cit., supra* note 27, p. 76.
[1199] L. CADIET, E. JEULAND, *op. cit., supra* note 27, p. 87.
[1200] S. MIRABAIL, *art. cit., supra* note 1188, p. 10.
[1201] V. BONNET, *op. cit., supra* note 22129, p. 51 : *« Bien qu'il soit délivrée par un juge, l'acte de notoriété n'est pas revêtu de l'autorité de la chose jugée. La délivrance n'est pas un jugement. Il en résulte, d'une part, qu'en raison de son peu de fiabilité, l'acte de notoriété ne fait foi que jusqu'à preuve contraire (art. 317, al 1er). Les juridictions en ont si bien conscience qu'il arrive que les tribunaux refusent de constater une possession d'état attestée par un acte de notoriété. D'autre part, la délivrance de l'acte n'est susceptible d'aucun recours puisqu'il ne s'agit pas d'une décision juridictionnelle »* ; M. DOUCHY-OUDOT, *Rép. Proc. civ.,* Dalloz, v° Filiation (2010), p. 5, n° 18 : *« Cette dérogation ne porte pas atteinte à la compétence de principe du tribunal de grande instance. En effet, l'acte de notoriété ne fait foi de la possession d'état que jusqu'à preuve du contraire (...) ; sa contestation donne lieu à saisine du tribunal de grande instance et cet acte de notoriété ne suffirait pas à lui seul à prouver suffisamment la possession d'état d'un enfant »*.
[1202] J. HERON, T. LE BARS, *op. cit., supra* note 27, p. 281.
[1203] Bien que cette jurisprudence soit fondée sur un texte antérieur à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005, il est à supposer qu'elle est cohérente avec le nouvel article 317 du Code civil puisque l'actuel article 317, alinéa 1er, du code civil reprend l'essentiel de l'ancien article 311-3, alinéa 1er, du code civil.
[1204] Cass., 1e civ., 4 juillet 2007, *AJ fam.,* 2007, p. 362, note F. CHENEDE ; *Dr. fam.,* 2007, Comm. 169, note P. MURAT ; RTD*Civ*., 2007, p. 751, note J. HAUSER ; *Defr.,* 2007, p. 1637, note J. MASSIP.

et sœur de ce dernier avaient assigné le bénéficiaire de l'acte de notoriété en nullité de l'acte. Déboutés, ils formèrent un pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel qui avait notamment estimé que la communication au Ministère public des affaires relatives à la filiation, exigence d'ordre public, *« ne concernait que les procédures contentieuses et ne trouvait pas application au stade de la délivrance de l'acte de notoriété »*. Pour les demandeurs au pourvoi, *« le texte qui prévoit la communication au ministère public en matière de filiation a une portée générale et ne contient aucune distinction tenant au caractère gracieux ou contentieux de la procédure ou au stade d'évolution de cette procédure »*.

Bien que la Cour de cassation ne se prononce pas précisément sur la nature de l'acte de notoriété, elle laisse entrevoir que l'acte de notoriété serait un acte juridictionnel mais non contentieux. Si la fonction juridictionnelle du juge en matière de délivrance d'acte de notoriété a un caractère gracieux, cela n'empiète pas sur la compétence de principe du tribunal de grande instance!

Dans tous les cas, que la qualification d'acte juridictionnel soit retenue[1205] ou non, il est certain que cela pourrait être un acte juridictionnel gracieux mais non contentieux. Ainsi, bien que la qualification de la nature de l'acte de notoriété mérite une étude approfondie, elle n'a pas à trouver sa place dans notre raisonnement, puisque le plus important ici est de démontrer que l'acte accompli par le juge d'instance n'est pas de la même nature que celui accompli par le tribunal de grande instance en matière de filiation, qui s'analyse en un acte juridictionnel contentieux.

529. L'étude de la qualification d'acte juridictionnel s'agissant de l'autorisation d'accueil d'un embryon.- La qualification d'acte juridictionnel pour l'autorisation d'accueil d'un embryon, délivrée par le président du tribunal de grande instance, ne semble pas soulever de questions. Tout d'abord, il convient de relever que seul un juge peut autoriser un tel accueil. Il n'est plus question de notaire. Ensuite, le juge effectue un réel contrôle judiciaire. Le président du tribunal de grande instance vérifie si toutes les conditions exigées par la loi sont réunies pour l'accueil de l'embryon et fait procéder à une enquête sociale. En effet, selon l'article L. 2141-6 alinéa 2 du Code de la santé publique : *« l'accueil de l'embryon est subordonné à une décision de l'autorité judiciaire, qui reçoit préalablement le consentement*

[1205] Dans ce sens, P. MURAT, note sous Cass., 1e civ., 25 juin 2008, *Dr. fam.,* 2008, Comm. 124 : *« Le renforcement progressif du rôle de l'acte de notoriété et l'accentuation du formalisme par la réforme de 2005*

écrit du couple à l'origine de sa conception. Le juge s'assure que le couple demandeur remplit les conditions prévues à l'article L. 2141-2 et fait procéder à toutes investigations permettant d'apprécier les conditions d'accueil que ce couple est susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur les plans familial, éducatif et psychologique. (...) ». L'article R. 2141-11 du Code de la Santé publique, quant à lui, fait référence au terme « statuer » lorsqu'il est question de la fonction du président du tribunal de grande instance en matière d'autorisation d'accueil d'un embryon. Il est aussi fait mention de « décision » rendue par ce même juge. Les termes « statuer » et « décision » confortent le caractère juridictionnel de l'acte accompli par le président du tribunal de grande instance en matière d'autorisation d'accueil d'embryon.

Certes, à l'instar du recueil de consentement effectué en présence d'un tiers donneur, il y a également une vérification faite par l'équipe médicale[1206]. Cependant, le juge ne s'en contente pas et décide. D'ailleurs, l'article R. 2141-9 du Code de la santé publique consacré aux diligences qui doivent être accomplies par l'équipe médicale précise que celles- ci sont faites *« sans préjudice de l'application des dispositions de l'article L. 2141-10 »*, article consacré à l'intervention du président du tribunal de grande instance en matière d'autorisation d'accueil d'un embryon.

Si l'acte a, sans conteste, une nature juridictionnelle, il convient toutefois de relever qu'il a un caractère gracieux. En effet, le jugement contentieux met fin à une contestation en disant le droit, ce qui n'est pas le cas avec l'autorisation de l'accueil d'un embryon. Ainsi, ici aussi, la compétence du tribunal de grande instance en matière de filiation n'est pas entamée par celle du président du tribunal de grande instance.

530. Il faut à présent se demander, dans le cadre de la présomption de paternité, si l'intervention du juge doit toujours être entendue comme une action relative à la filiation et s'il ne faut pas relever dans ce cas un pseudo-conflit entre le juge aux affaires familiales et le tribunal de grande instance.

(...) remet peut être en cause l'analyse classique et favorise la conception d'un acte véritablement juridictionnel ».

[1206] *Cf.*, article R. 2141-9 du Code de la santé publique.

Paragraphe 2. Les limites de la compétence du juge aux affaires familiales quant à la présomption de paternité : l'occasion d'un pseudo-conflit

531. Les règles relatives à la présomption de paternité.- La présomption de paternité signifie que le mari de la mère est présumé être le père de l'enfant. En effet, l'article 312 du Code civil prévoit que *« l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ».* La présomption de paternité couvre tous les enfants nés entre le premier jour du mariage et le 300^{e} jour suivant sa dissolution. Elle peut être écartée, selon l'article 313 du Code civil, lorsque l'enfant a été conçu pendant une séparation judiciaire ou lorsque le nom du mari n'est pas indiqué dans l'acte de naissance de l'enfant. Elle peut être rétablie de plein droit ou nécessiter une action de justice. Elle est rétablie de plein droit dans les conditions de l'article 314 du Code civil s'il existe une possession d'état à l'égard du mari et si aucune autre filiation paternelle n'a été préalablement établie. Dans le cadre d'un rétablissement judiciaire, l'article 329 du Code civil prévoit que : *« lorsque la présomption de paternité a été écartée en application de l'article 313, chacun des époux peut demander, durant la minorité de l'enfant, que ses effets soient rétablis en prouvant que le mari est le père ».*

532. La problématique.- La compétence du tribunal de grande instance étant exclusive en matière de filiation, tous les conflits relatifs à la présomption de paternité devraient être de sa compétence. La question a toutefois été posée de savoir si la constatation de l'exclusion et du rétablissement de plein droit de la présomption de paternité devait être entendue comme une action relative à la filiation relevant de la compétence du tribunal de grande instance. En d'autres termes, la présomption de paternité ne doit-elle être écartée ou rétablie que dans le cadre d'une action en justice devant le tribunal de grande instance ? Cette question s'est posée, de manière incidente, à l'occasion d'une procédure de divorce. L'un des époux pouvait estimer que les conditions de la présomption de paternité n'étaient pas remplies et que les obligations qui en découleraient étaient sans objet ou, au contraire, que les effets de cette présomption devaient jouer pleinement. Il y a lieu de se demander si le juge aux affaires familiales, compétent pour connaître de la procédure de divorce selon l'article L. 213-3 du

Code de l'organisation judiciaire[1207], peut constater que les conditions de la présomption de paternité sont remplies ou non[1208].

533. La réponse jurisprudentielle.- La jurisprudence a retenu à plusieurs reprises la possibilité pour le juge aux affaires familiales de constater la mise à l'écart de la présomption de paternité ou son rétablissement de plein droit. Il en est ainsi dans un arrêt de la première chambre civile du 13 avril 1988[1209]. En l'espèce, les époux avaient obtenu un jugement de divorce le 21 avril 1970 suite à une ordonnance de non-conciliation rendue le 6 janvier de la même année. Le 22 novembre 1970, Madame donne naissance à un fils, déclaré sur les registres de l'état civil comme né des époux. A la demande de Monsieur d'obtenir la garde de l'enfant, Madame oppose l'incompétence du juge aux affaires matrimoniales[1210] car, selon elle, l'enfant, né plus de 300 jours après l'ordonnance de non-conciliation n'est pas un enfant légitime. En d'autres termes, elle soutient que la présomption de paternité est écartée, car l'enfant a été conçu pendant une période de séparation judiciaire. L'arrêt confirmatif de la Cour d'appel de Lyon du 6 juin 1985 ayant rejeté cette exception d'incompétence, Madame forme un pourvoi au soutien duquel elle reproche à l'arrêt attaqué d'avoir estimé *« qu'en l'absence de décision modifiant l'état de l'enfant, il devait être considéré comme légitime bien que sa possession d'état fut contestée ».* La Cour de cassation rejette le pourvoi[1211] mais précise que *« contrairement à ce qu'a énoncé l'arrêt attaqué, la légitimité d'un enfant conçu au cours d'une instance en divorce plus de 300 jours après l'ordonnance ayant autorisé les époux à résider séparément est écartée même en l'absence de décision de justice à moins qu'il ait la possession d'état à l'égard des époux ».* Ce qui nous importe est le fait que la Cour de cassation retient qu'une action en justice n'est pas nécessaire pour écarter la présomption de paternité. En l'espèce, les juges du fond pouvaient constater que la présomption de paternité

[1207] A l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, il est précisé que le juge aux affaires familiales connaît : *« (...) 2° Du divorce, de la séparation de corps et de leurs conséquences (...) ».*

[1208] La question peut se poser également dans le cadre d'une demande relative notamment à une contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants, à un droit de visite sans que soit nécessairement mise en place une procédure de divorce. Ces procédures sont également de la compétence du juge aux affaires familiales selon l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.

[1209] Cass., 1e civ., 13 avril 1988, *D.* 1988, Somm. p. 339, note D. HUET-WEILLER.

[1210] Article 247 alinéa 4, dans sa version issue de la loi n° 87-570 du 22 juillet 1987, : *« Il (le juge aux affaires matrimoniales) est également seul compétent, après le prononcé du divorce, qu'elle qu'en soit la cause, pour statuer sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale et sur la modification de la pension alimentaire, ainsi que pour décider de confier les enfants à un tiers (...) ».*

[1211] En effet, la Cour de cassation retient que la Cour d'appel a répondu aux conclusions en mettant en avant une possession d'état d'enfant légitime.

était écartée mais rétablie de plein droit en présence d'une possession d'état d'enfant légitime. Nul besoin de saisir le tribunal de grande instance.

534. Dans le même sens, la Cour de cassation, dans un arrêt du 7 juin 1989[1212], a cassé un arrêt, pour refus d'application de l'article 313-1[1213] du Code civil, car la Cour d'appel avait énoncé que la présomption de paternité ne peut être écartée que par une action en justice laquelle n'avait pas été intentée en l'espèce. En conséquence, la Cour avait condamné un mari au paiement d'une pension alimentaire pour l'enfant né de son épouse et inscrit sur le registre de l'état civil avec la seule indication du nom de la mère. La Cour de cassation rappelle que la présomption de paternité est écartée de plein droit en l'espèce et ne nécessite pas d'action relative à la filiation[1214].

Le juge aux affaires familiales peut donc constater les conditions d'exclusion et de rétablissement de plein droit de la présomption de paternité et les conséquences qui en découlent. Cette possibilité n'est pas analysée comme une action relative à la filiation de la compétence du tribunal de grande instance.

535. L'apport de la circulaire du 30 juin 2006.- La circulaire du 30 juin 2006 de présentation de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005[1215] confirme cette position jurisprudentielle, en citant l'arrêt précité de la première chambre civile du 13 avril 1988. En effet, la circulaire, après avoir rappelé la compétence du tribunal de grande instance en matière de filiation, prévoit que *« toute autre juridiction qui serait saisie d'une action relative à la filiation doit se déclarer incompétente, ou surseoir à statuer si elle est saisie, même à titre incident, d'une question relative à la filiation. Il pourrait en être ainsi dans le cadre d'une procédure de divorce où la paternité du mari viendrait à être contestée. Les pouvoirs du juge aux affaires familiales sont limités. Il ne peut, en la matière, que constater, le cas*

[1212] Cass., 1e civ., 7 juin 1989, *D.* 1989, Somm. p. 362, note D. HUET-WEILLER ; *D.* 1990, Juris. p. 33, note J. MASSIP.
[1213] Article 313-1 du Code civil créé par la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 et abrogé par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 : *« la présomption de paternité est écartée quand l'enfant, inscrit sans l'indication du nom du mari, n'a de possession d'état qu'à l'égard de la mère »*.
[1214] Dans le même sens quant à la non nécessité d'une action relative à la filiation. *Cf.,* TGI Colmar 4 janvier 1988, *D.* 1989, Somm. p. 362, note D. HUET-WEILLER. En l'espèce, la présomption de paternité est écartée car l'enfant a été inscrit sans indication du nom du mari et n'a aucune possession d'état à l'égard de l'ex-mari de la mère. Nul besoin d'engager une action en contestation de paternité.
[1215] Circulaire n° CIV/13/06 du 30 juin 2006 de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.

échéant, que la présomption de paternité est écartée de plein droit en application des articles 313 ou 314[1216] *(...) et non se prononcer sur le fond ».*

536. Une solution à approuver.- Cette solution doit être approuvée. Le juge aux affaires familiales peut constater que la présomption de paternité est écartée de plein droit. Cela ne doit pas poser problème car il doit uniquement constater les éléments concrets que sont l'indication du seul nom de la mère ou une séparation judiciaire[1217]. Ainsi, la présomption peut être écartée en dehors de toute action en justice. Le juge aux affaires familiales peut en prendre acte pour en tirer les conséquences. En revanche, si le mari conteste sa paternité sans être dans les conditions de l'exclusion de plein droit de la présomption, la compétence du juge aux affaires familiales ne peut être retenue.

537. L'incidence de la possession d'état sur la compétence du juge aux affaires familiales pour le rétablissement de plein droit.- De la même manière qu'il peut écarter la présomption de paternité, le juge aux affaires familiales peut constater son rétablissement de plein droit. Il ne s'agit pas ici de l'action en rétablissement judiciaire des effets de la présomption de paternité. Pour mener à bien cette action, il faut apporter par tous moyens, la

[1216] Depuis, la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009, l'exclusion de plein droit de la présomption de paternité est codifiée au seul article 313. Il y est indiqué que *« la présomption de paternité est écartée lorsque l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père. Elle est encore écartée, en cas de demande de divorce ou en séparation de corps, lorsque l'enfant est né plus de trois cents jours après la date soit de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce ou des mesures provisoires prises en application de l'article 250-2, soit de l'ordonnance de non-conciliation, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou la réconciliation ».*

[1217] Quand l'exclusion de la présomption de paternité était également liée à l'absence de possession d'état de la part du père, s'il y avait une contestation sur la possession d'état, le juge aux affaires familiales ne pouvait écarter la présomption de paternité car il aurait dû se prononcer sur la possession d'état, ce qui n'était pas de sa compétence. A titre d'exemple, il en était ainsi dans un arrêt de la Cour d'appel de Riom du 16 septembre 2003 (CA Riom, 16 septembre 2003, Juris-Data n° 2003-224126). En l'espèce, une ordonnance de non conciliation avait été rendue, dans le cadre d'une procédure de divorce, le 25 avril 2002. Une assignation en divorce avait été réalisée par acte d'huissier le 15 mai 2002. Le 8 août 2002, Madame avait accouché d'une fille et n'avait pas fait mention du nom de son mari dans l'acte de naissance. Dans son ordonnance du 19 décembre 2002, le juge aux affaires familiales, en tant que juge de la mise en état, déclarait irrecevable, faute de reconnaissance, le demande de droit de visite et d'hébergement de Monsieur. Ce dernier formait appel en considérant que la présomption de paternité jouait en l'espèce car l'enfant était né moins de trois cents jours après l'ordonnance autorisant la résidence séparée. Il précisait que sa reconnaissance n'avait pu être enregistrée et ceci sur ordre du Parquet. Enfin, le refus de droit de visite qui lui était opposé l'empêchait de constituer une possession d'état. Madame indiquait que Monsieur n'était pas le père comme devait le juger le tribunal de grande instance. La Cour d'appel devait répondre à la question de savoir si le juge aux affaires familiales peut, dans le cadre d'une procédure de divorce, écarter la présomption de paternité quand l'acte de naissance de l'enfant ne comprend que le nom de la mère et que la possession d'état du mari est contestée. Elle apporta une réponse négative. En effet, selon la Cour, seul le tribunal de grande instance pouvait vérifier la possession d'état. Dans l'attente, la présomption de paternité ne pouvait être écartée. Cette question posée à la Cour d'appel n'est plus d'actualité car pour que la

preuve de la paternité biologique du mari de la mère. L'action de l'article 329 est une action relative à la filiation qui est de la compétence du tribunal de grande instance. Il en va différemment lorsque la présomption de paternité est rétablie de plein droit selon l'article 314 du Code civil. Dans ce cas, deux conditions doivent être réunies. Il ne faut pas que l'enfant ait une filiation paternelle déjà établie à l'égard d'un tiers et l'enfant doit avoir la possession d'état à l' égard du mari. La possession d'état, selon l'article 311-1 du Code civil, *« s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir ».* Une difficulté supplémentaire apparaît par rapport à l'exclusion de plein droit de la présomption de paternité. En effet, la possession d'état a, dans cette hypothèse, un rôle à jouer. Elle doit donc être prouvée[1218]. Si le juge aux affaires familiales peut constater le rétablissement de la présomption de paternité, la preuve de la possession d'état fait intervenir une autre juridiction, le juge du tribunal d'instance. Ce dernier est seul compétent pour délivrer un acte de notoriété prouvant la possession d'état. La présomption de paternité peut être également constatée dans un jugement dans le cadre de l'action de l'article 329 du Code civil, de la compétence du tribunal de grande instance. Il convient de se demander si le juge aux affaires familiales peut se passer de cet acte de notoriété ou de ce jugement et constater lui-même les éléments de la possession d'état, en fonction des règles du droit de la preuve classique.

La circulaire du 30 juin 2006 de présentation de l'ordonnance n° 795-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation se prononce en faveur de la nécessité d'un acte de notoriété ou un jugement du tribunal de grande instance pour faire produire un effet à la possession d'état[1219]. En effet, elle énonce que *« pour produire effet et établir la filiation, la possession d'état doit désormais obéir à un formalisme et doit être constatée par un acte de notoriété ou un jugement (à la suite d'une action en constatation de la possession d'état…) (…). Concrètement, la possession d'état est un mode d'établissement de la filiation dans deux situations principales : - à l'égard des époux et de leur vivant, pour rétablir de plein droit la*

---

présomption de paternité soit écartée, il suffit que l'enfant soit déclaré sans l'indication du nom du mari. La présence ou l'absence de possession d'état n'a plus d'importance.

[1218] Si la possession d'état est contestée, il s'agit d'une autre problématique faisant intervenir la compétence du tribunal de grande instance.

[1219] En ce sens, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, Le nouveau droit de la filiation : pas si simple !, *RLDC*, 2005, p. 34 *: « La possession d'état est toujours utile pour contrer la mise à l'écart de la présomption de paternité, que ce soit à la suite d'une procédure de divorce (…) ou par l'effet de l'omission du nom du mari en qualité de père dans l'acte de naissance (…). Dans ces deux cas, le texte prévoit que le mari, la mère, ou l'enfant puisse faire établir un acte de notoriété qui sera mentionné en marge de l'acte de naissance et rétablira cette présomption ».*

présomption de paternité quand celle-ci a été écartée en vertu des dispositions de l'article 313 alinéa 1 du code civil ou lorsqu'ils ne peuvent justifier de la filiation par l'acte de naissance ; - à l'égard des parents non mariés et plus précisément du père, en particulier lorsque ce dernier est décédé après avoir élevé l'enfant sans pour autant l'avoir reconnu voire en cas de décès prénatal »[1220]. La circulaire ne distingue pas selon les différents effets que peut produire la possession d'état, que celle-ci serve à établir une filiation ou à rétablir la présomption de paternité. La solution peut susciter quelques doutes. En effet, l'article 314 du Code civil, relatif au rétablissement de plein droit de la présomption de paternité, ne mentionne que la possession d'état alors que l'article 317 du même code, relatif à l'établissement de la filiation par possession d'état, ne s'intéresse qu'à la possession d'état constatée dans un acte de notoriété. Ce sont deux situations différentes. Ce n'est pas parce que l'article 317 impose un acte de notoriété qu'il est possible de transposer directement cette obligation à la situation de l'article 314[1221]. Cependant, cette solution peut être approuvée car elle permet d'éviter l'empiètement du juge aux affaires familiales sur une compétence qui ne serait pas la sienne, notamment s'il est confronté à une possession d'état contestée.

538. L'absence de conflit réel de compétence entre le tribunal de grande instance et le juge aux affaires familiales.- Admettre que le juge aux affaires familiales peut constater que la présomption de paternité est écartée ou rétablie de plein droit, revient-il à empiéter sur la compétence du tribunal de grande instance ? La réponse ne peut être que négative car constater l'existence des conditions prouvant la présomption de paternité n'est pas une action relative à la filiation. Ce n'est pas une question de compétence mais une question de pouvoir. Il s'agit ici plutôt d'un pseudo-conflit entre juge aux affaires familiales et tribunal de grande instance. Le juge aux affaires familiales ne fait que constater alors que le tribunal de grande instance interviendra en cas de possession d'état qui est contestée.

[1220] *Cf.,* 1ère partie, II, 3 de la circulaire n° CIV/13/06 du 30 juin 2006 de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.
[1221] En ce sens : S. MIRABAIL, *art. cit., supra* note 1188, p. 8.

Conclusion de la Section 2

539. L'existence d'un seul pseudo-conflit.- Lorsque le juge du tribunal d'instance et le président du tribunal de grande instance interviennent en matière de filiation, ils ne mettent pas en œuvre des actions relatives à la filiation, de la seule compétence du tribunal de grande instance. Ainsi, il n'existe pas de conflit de compétence. Tout au plus, apparaît un pseudo conflit impliquant le juge aux affaires familiales en matière de présomption de paternité.

Conclusion du Chapitre 1

540. Des conflits limités.- En matière de filiation, il n'y a pas beaucoup de conflits avec des enjeux en termes de compétence d'attribution, car si le tribunal de grande instance est compétent en matière de filiation, il est également la juridiction de droit commun. Ainsi, peu de modifications sont à apporter afin de résoudre des conflits de compétence d'attribution.

541. Le transfert de certaines compétences à d'autres organes ?.- Il est également possible de se poser la question de la pertinence de transférer à d'autres organes les actes réalisés par le juge du tribunal d'instance ou le président du tribunal de grande instance. Lorsque les actes n'ont pas de nature juridictionnelle[1222], le transfert à un organe tel le greffier en chef[1223] ou le notaire[1224] ne pose pas problème. Au contraire, lorsque les actes ont une nature juridictionnelle, ils devraient rester de la compétence d'une juridiction. Il s'agit ici de l'acte de notoriété et de l'autorisation d'accueil de l'embryon donnée au couple receveur. En droit positif, c'est le juge du tribunal d'instance qui est compétent pour la délivrance de l'acte de notoriété et le président du tribunal de grande instance pour l'autorisation d'accueil de l'embryon. Il convient de questionner le choix de ces juridictions. Etant donné que le tribunal de grande instance est compétent en matière de filiation, la compétence du président du tribunal de grande instance est pertinente. S'agissant de la compétence du juge du tribunal d'instance, il est certain que la compétence du juge aux affaires familiales[1225] peut avoir un intérêt, notamment parce que le contentieux familial n'est plus vraiment présent au sein du tribunal d'instance.

[1222] *Cf., supra* par. n° 526: le recueil du consentement du couple receveur dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation en présence d'un tiers donneur et le fait de viser le document relatant le consentement des donneurs à l'accueil de l'embryon.

[1223] Pour un transfert de compétence en faveur du greffier en chef en matière de recueil de consentement en cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur. *Cf.,* J. HAUSER, *JCl Civil code*, cit., *supra* note 1193, n° 50.

[1224] *Cf.,* S. GUINCHARD, *op. cit., supra* note 11, p. 22.

[1225] *Cf.,* F. GRANET-LAMBRECHTS, *art. cit., supra* note 1188, p. 429; S. MIRABAIL, *art. cit., supra* note 1188, p. 9.

Chapitre 2.
La compétence du tribunal de grande instance en matière d'autorité parentale créatrice de conflits

542. Si le juge aux affaires familiales a hérité de nombreuses compétences détenues précédemment par le tribunal de grande instance en matière d'autorité parentale relative à la personne de l'enfant[1226], le tribunal de grande instance est toujours compétent pour le retrait[1227] de l'autorité parentale[1228]. La juridiction collégiale[1229] détient également quelques compétences en matière de tutelle. Ces compétences spécifiques provoquent des conflits (Section 1) à l'instar de sa compétence accessoire et « potentielle »[1230] (Section 2).

[1226] H. PARCHEMINAL, *art. cit., supra* note 50, p. 231.
[1227] Articles 378 à 381 du Code civil.
[1228] V. LARRIBAU-TERNEYRE, *art. cit., supra* note 49, p. 146 : *« C'est ici la gravité de la décision qui (...) explique le choix du maintien de la compétence du tribunal de grande instance »*.
[1229] L'article 212-1 du Code de l'organisation judiciaire indique que *« le tribunal de grande instance statue en formation collégiale, sous réserve des exceptions tenant à l'objet du litige ou à la nature des questions à trancher »*. Si certaines affaires peuvent être jugées par le tribunal statuant à juge unique, l'alinéa 1er de l'article L 212-2 du Code de l'organisation judiciaire précise que *« lorsqu'une affaire, compte tenu de l'objet du litige ou de la nature des questions à juger, est portée devant le tribunal de grande instance statuant à juge unique, le renvoi à la formation collégiale est de droit, sur la demande non motivée d'une des parties formulée selon les modalités et délais fixés par décret en Conseil d'Etat »*.
[1230] L'expression est employée par Hervé PARCHEMINAL dans son article *cit., supra* note 50, p. 232. Le tribunal de grande instance y est, en effet, désigné comme *« juge potentiel des conflits familiaux »*.

Section 1.
Les conflits dus aux compétences spécifiques du tribunal de grande instance

543. Les conflits peuvent découler des compétences du tribunal de grande instance en matière de retrait de l'autorité parentale (paragraphe 1) ou en matière de tutelle et d'administration légale (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les conflits découlant de la compétence du tribunal de grande instance en matière de retrait de l'autorité parentale

544. Les conflits sont essentiellement apparents (A). Le conflit réel n'apparaît que lorsque le tribunal de grande instance a à se confronter au juge des enfants, compétent pour les mesures d'assistance éducative (B).

A. Les conflits apparents

545. Si le retrait de l'autorité parentale était d'abord conçu comme une mesure de sanction[1231], il est devenu davantage une mesure de protection dès son introduction dans le Code civil en 1970. Le changement de terminologie en 1996[1232], la « déchéance » devenant le « retrait », en est l'indice. Le retrait porte sur la titularité du droit lui-même et peut être total ou partiel[1233]. Ainsi, il touche les père et mère, peu importe qu'ils aient ou non l'exercice de l'autorité parentale. Les compétences du tribunal de grande instance en matière de retrait de l'autorité parentale sont clairement délimitées. Cependant, deux conflits apparents doivent être étudiés, celui qui naît entre les deux juridictions collégiales qui peuvent prononcer le retrait (1), et celui qui peut émerger lorsque la procédure est identique, alors que les mesures mises en œuvre relèvent de juridictions différentes (2).

[1231] C. NEIRINCK, *JCl Civil code*, « Art. 371 à 387 », v° Fasc. 40, « Autorité parentale- retrait » (2010), p. 3.
[1232] Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996.
[1233] *Cf.,* article 379-1 du Code civil.

1. Un conflit apparent entre deux juridictions collégiales

546. Le conflit apparent entre deux juridictions collégiales.- La mesure de retrait peut être prononcée par une juridiction civile, le tribunal de grande instance, ou par une juridiction répressive, le tribunal correctionnel ou la cour d'assises. Depuis la loi du 4 juin 1970, il n'y a plus de retrait automatique, la juridiction répressive ou la juridiction civile étant invitée à apprécier de manière expresse son opportunité pour l'enfant. S'agissant de la juridiction répressive, il faut noter, bien que les mesures pénales portant sur l'autorité parentale soient exclues de notre étude, qu'en prononçant le retrait de l'autorité parentale, elle prononce en réalité une mesure civile[1234]. Il nous a paru nécessaire de nous intéresser de plus près à ces collégialités, dans le cadre de la mesure de retrait, et ce d'autant plus que leur proximité se révèle à la lecture de l'article L. 211-1 du Code de l'organisation judiciaire qui énonce que *« le tribunal de grande instance statue en première instance en matière civile et pénale. Lorsqu'il statue en matière pénale, il est dénommé tribunal correctionnel »*[1235]. Il convient toutefois de constater que le conflit n'est qu'apparent. En effet, les contextes d'intervention sont bien délimités et la juridiction civile est autonome dans le prononcé de cette mesure. Cependant, l'articulation entre les collégialités doit être présentée, car l'autonomie n'exclut pas les rapports.

La juridiction civile peut en dehors de toute condamnation pénale, donc de manière autonome par rapport à la juridiction répressive, prononcer une mesure de retrait en se basant sur l'article 378-1 du Code civil. Ainsi, le tribunal de grande instance prononcera le retrait total ou partiel dans deux situations, pour sanctionner un comportement fautif, mettant manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant, ou pour sanctionner le désintérêt des parents, concernés par une mesure d'assistance éducative, qui se sont abstenus d'exercer les droits et de remplir les devoirs que leur laissait l'article 375-7 du Code civil. Elle peut également viser les causes de l'article 378 du Code civil relatif à la compétence de la juridiction répressive. La Cour de cassation a rendu un arrêt dans ce sens, le 16 février 1988[1236], qui énonçait que : *« les juridictions civiles peuvent se fonder pour prononcer la*

[1234] Cass., crim., 4 janvier 1985, n° 84-92942, publié au Bulletin : *« Attendu que cette dernière mesure (la déchéance de l'autorité parentale, d'ordre purement civil, échappe à la compétence des jurés ; qu'il appartient à la Cour, statuant sans l'assistance du jury, de la prononcer ».*

[1235] La proximité est moins probante avec la Cour d'assises mais nous l'évoquerons, étant donné qu'elle a une compétence en matière de retrait de l'autorité parentale lorsqu'il s'agit des crimes.

[1236] Cass., 1e civ., 16 février 1988, *D.* 1988, Juris. p. 373, note J. MASSIP.

déchéance de l'autorité parentale non seulement sur les causes prévues par l'article 378-1 du Code civil mais aussi sur celles de l'article 378 de ce Code lorsque la juridiction répressive n'a pas usé de la faculté qui lui était donnée de prononcer la déchéance ». Ainsi, la juridiction civile pourra prononcer le retrait dans trois situations, la première, lorsque l'infraction a été commise par les parents sur la personne de l'enfant qui est victime, la seconde lorsque l'infraction a pour auteur principal l'enfant, les parents étant coauteurs ou complices de ce dernier, la troisième lorsque les père et mère sont condamnés comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime sur la personne de l'autre parent.

Quant à l'articulation entre les deux collégialités, si la juridiction répressive n'a pas utilisé la faculté donnée par l'article 378 du Code civil, la juridiction civile est compétente pour prononcer le retrait sur le fondement de la condamnation pénale. En revanche, si le tribunal correctionnel ou la cour d'assises a rejeté les conclusions ou les réquisitions demandant le retrait, le tribunal de grande instance ne pourra plus prononcer le retrait de l'autorité parentale sur la base de la condamnation pénale, le principe de l'autorité de la chose jugée prenant alors toute sa force. La loi nº 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales a apporté quelques modifications dans ces principes de compétence. Dorénavant la juridiction répressive est obligée de se prononcer sur le retrait de l'autorité parentale dans le cadre de deux articles spécifiques, les articles 222-31-2 et 227-27-3 du Code pénal. Ainsi, lorsqu'un viol, une agression ou une atteinte sexuelle a été commis sur un mineur par une personne titulaire de l'autorité parentale, la juridiction répressive est obligée de se prononcer sur le retrait de l'autorité parentale[1237]. Le législateur a voulu inciter les juridictions répressives à utiliser plus souvent leur faculté de retirer l'autorité parentale le cas échéant[1238]. Par conséquent, la juridiction répressive étant obligée de se prononcer sur le retrait, le tribunal de grande instance ne peut plus, dans le cadre de ces infractions, prononcer une mesure de retrait sur la condamnation pénale issue des articles 222-31-2 et 227-27-3 du Code pénal.

Pour conclure sur l'articulation des juridictions répressives et civiles en matière de retrait de l'autorité parentale, il est intéressant de remarquer que la juridiction civile intervient, à l'exclusion de la juridiction répressive, lorsqu'il s'agit de restituer tout ou partie des droits

[1237] La loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes a étendu cette obligation. *Cf.,* articles 221-5-5 et 222-48-2 du Code pénal.
[1238] M. REDON, Délinquance sexuelle et autorité parentale : une réforme attendue, *AJ Pénal*, 2006, p. 34 : *« La pratique a démontré une curieuse répugnance des juges à appliquer l'article 378 du Code civil ».*

retirés selon l'article 381 du Code civil. Cette compétence découle de la nature civile du retrait de l'autorité parentale.

2. Un conflit apparent dû à une unité de procédure

547. Un conflit apparent dû à une unité de procédure pour des mesures relevant de juridictions différentes.- S'agissant des compétences du juge aux affaires familiales en matière de délégation d'autorité parentale, du tribunal de grande instance en matière de retrait de l'autorité parentale[1239] et du juge des enfants en matière d'assistance éducative, les règles de procédure se recoupent, provoquant ainsi une apparence de conflit.

Tout d'abord, il convient d'indiquer qu'il existe, dans le Code de procédure civile, une section 3 unique[1240] intitulée *«Délégation, retrait total et partiel de l'autorité parentale»* composée des articles 1202 à 1210. Les dispositions contenues dans cette section s'adressent indifféremment[1241] à la procédure en matière de délégation d'autorité parentale et à celle de retrait, alors que ces deux mesures relèvent de juridictions différentes. La lecture des articles doit être guidée par le premier article de la section qui prévoit que *«les demandes en retrait total ou partiel de l'autorité parentale sont portées devant le tribunal de grande instance du lieu où demeure l'ascendant contre lequel l'action est exercée. Les demandes en délégation de l'autorité parentale sont portées devant le juge aux affaires familiales du lieu où demeure le mineur».* Dans la suite des articles de cette section, le terme *«tribunal»* correspondrait au tribunal de grande instance et le terme *«juge»* au juge aux affaires familiales. L'article 1210 du Code de procédure civile qui indique que : *« la demande en restitution des droits délégués ou retirés est formé par requête devant « le tribunal ou le juge »* soulève toutefois un doute. Une première lecture conduit à conclure que la demande en restitution des droits délégués devrait correspondre au terme *«tribunal»* et la demande des droits retirés devrait correspondre au terme *«juge»*. Or, une telle lecture ne correspond pas à notre interprétation de l'article 1202. Faut-il supposer qu'en matière de restitution, les juridictions s'inversent ? Cela ne semble pas acceptable. Il semble, plutôt, que les termes *«le tribunal ou le juge»* ont été insérés

[1239] Cette procédure ne s'applique pas à la juridiction répressive quand elle opère le retrait de l'autorité parentale.
[1240] Cette section est insérée dans le chapitre neuf intitulé « L'autorité parentale ».
[1241] Il faut faire une place à part à l'article 1204 du Code de procédure civile qui est consacré uniquement au retrait.

de manière identique, par le décret n°94-42 du 14 janvier 1994[1242], dans tous les articles de cette section. A travers cette insertion automatique, le législateur n'a pas pris garde des conséquences fâcheuses en termes de clarté lors de la lecture de l'article 1210.

De plus, l'article 1210[1243] portant sur la restitution des droits délégués ou retirés affirme que ce sont les règles qui gouvernent les demandes en délégation d'autorité parentale qui s'appliquent. Que les droits aient été retirés ou délégués, leur restitution se fera de la même manière.

Cette apparence de conflit ne se limite pas au tribunal de grande instance et au juge aux affaires familiales. En effet, l'article 1209[1244] du Code de procédure civile fait un renvoi à différentes dispositions applicables au juge des enfants en matière d'assistance éducative[1245].

Faut-il penser qu'un tel rapprochement de procédures se justifie par le souci de protéger les enfants, et donc d'être efficace, plutôt que de sanctionner les parents ? Néanmoins, un auteur insiste sur le caractère labyrinthique des dispositions en énonçant *« qu'il est irritant que les praticiens aient à perdre leur énergie à se frayer un chemin dans le véritable labyrinthe que constituent les procédures destinées à la protection de l'enfance »*[1246]. Il est certain qu'une lecture attentive des dispositions débouche finalement sur les compétences des différentes juridictions. Mais avant d'arriver à ce résultat, il aura fallu « expurger » un pseudo-conflit.

[1242] La délégation de l'autorité parentale est de la compétence du juge aux affaires familiales depuis la loi du 8 janvier 1993. Avant, elle était de la compétence du tribunal de grande instance. L'insertion du décret était relative à cette modification.

[1243] Article 1210 du Code de procédure civile : *« La demande en restitution des droits délégués ou retirés est formée par requête devant le tribunal ou le juge du lieu où demeure la personne à laquelle ces droits ont été conférés. Elle est notifiée à cette personne par le greffier. Elle obéit, pour le surplus, aux règles qui gouvernent les demandes en délégation de l'autorité parentale »*.

[1244] Article 1209 du Code de procédure civile : *« Les dispositions de l'article 1186, du premier alinéa de l'article 1187, du second alinéa de l'article 1188, des premier et quatrième alinéas de l'article 1190, des articles 1191 et 1193, alinéa 1, et 1194 à 1197 sont applicables aux procédures relatives à la délégation, au retrait total ou partiel de l'autorité parentale, les pouvoirs et obligations du juge des enfants étant assumés, selon le cas, par le tribunal ou le juge des affaires familiales »*.

[1245] *Cf.,* P. SALVAGE-GEREST**,** *JCl Proc. civ., cit., supra* note 825, n° 107. Pour la délégation d'autorité parentale, l'auteur précise de manière exhaustive les différentes règles applicables et les difficultés qui en résultent.

[1246] P. SALVAGE- GEREST, *JCl Proc. civ., cit., supra* note 825, n° 121.

B. Un conflit réel avec le juge des enfants

548. Il convient de s'interroger sur la conciliation des compétences du tribunal de grande instance et du juge des enfants lorsque le premier doit prononcer le retrait de l'autorité parentale et le second des mesures d'assistance éducative. En l'absence de règles élaborées par le législateur[1247], il y a lieu d'étudier, de manière successive, l'hypothèse dans laquelle le tribunal de grande instance a été saisi de manière préalable et celle dans laquelle le juge des enfants intervient en premier.

549. L'intervention préalable du juge des enfants.- Lorsqu'il s'agit de protéger l'enfant contre ses parents, les mesures d'assistance éducative sont moins sévères que le retrait de l'autorité parentale. D'ailleurs, l'alinéa 2 de l'article 378-1 du Code civil illustre cette gradation dans les mesures. En effet, selon cet article, le retrait de l'autorité parentale peut être prononcé lorsque des parents, en présence d'une mesure d'assistance éducative, « *se sont volontairement abstenus d'exercer les droits et de remplir les devoirs que leur laissait l'article 375-7 »* pendant plus de deux ans[1248]. Ainsi, il semblerait logique que le tribunal de grande instance puisse intervenir, sans conditions supplémentaires à celles exigées pour le retrait de l'autorité parentale, même s'il y a déjà des mesures d'assistance éducative. Ces dernières, surtout si elles sont inefficaces, ne peuvent empêcher la mise en place d'une mesure de retrait.

Lorsqu'il prononce une mesure de retrait, le tribunal de grande instance peut également confier l'enfant à un tiers[1249]. Comment cette compétence doit se concilier avec la compétence du juge des enfants qui a pu, de manière préalable, confier l'enfant à un tiers, dans le cadre de l'article 375-3 du Code civil ? La décision du tribunal de grande instance emporte un changement important dans la vie de l'enfant. Ainsi, il est à supposer que, lorsque le juge des enfants s'est prononcé, il n'était pas dans les mêmes conditions que le tribunal de

---

[1247] C. DELAPORTE-CARRE, *op. cit., supra* note 118, p. 271.

[1248] A. GOUTTENOIRE, H. FULCHIRON, *Rép. Civ.,* Dalloz, *v°* Autorité parentale (2012- Mise à jour 2014), n° 339 : *« Dans l'esprit du législateur, il s'agissait d'inciter ainsi les père et mère à remplir leurs devoirs. En pratique, la règle présente surtout l'avantage de substituer à l'assistance éducative un régime plus stable : en enlevant leur autorité à des parents qui, pendant deux ans, ont manifesté leur désintérêt pour l'enfant, on permet l'instauration d'une tutelle ou la remise de l'enfant à l'Aide sociale à l'enfance, prélude à l'adoption ».*

[1249] En dehors des hypothèses de retrait, la question de la conciliation des compétences entre le tribunal de grande instance et le juge des enfants peut se poser également dans les hypothèses dans lesquelles le tribunal de grande instance a une compétence accessoire en matière d'autorité parentale. Il détient une telle compétence dans le cadre d'une compétence principale en établissement ou contestation de filiation, en annulation de mariage, en déclaration judiciaire d'abandon ou en annulation de l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'état.

grande instance. *De facto,* il y a un élément nouveau, même si celui-ci n'est précisé nulle part, en tant qu'exigence quant à la compétence du tribunal de grande instance à la suite de celle du juge des enfants. Il convient donc de conclure que la compétence du tribunal de grande instance n'est pas limitée par celle du juge des enfants.

550. L'intervention ultérieure du juge des enfants.- Il reste à s'interroger sur la compétence du juge des enfants lorsque celui-ci intervient, ultérieurement, au tribunal de grande instance. Le tribunal de grande instance mettant en place des décisions pérennes pour l'enfant modifiant notamment son lieu de vie, le juge des enfants doit pouvoir intervenir si ces nouvelles conditions sont susceptibles d'entraîner un danger. Cependant, si le tribunal de grande instance a confié l'enfant, l'intervention du juge des enfants ne devrait-elle pas respecter des critères tels ceux développés dans le cadre de l'article 375-3 alinéa 2[1250], c'est-à-dire la présence du danger et d'un élément nouveau ? De rares décisions ont été rendues sur cette conciliation de compétence et ont permis l'intervention du juge des enfants[1251].

551. La communication entre le juge des enfants et le tribunal de grande instance.- Si les conflits entre le tribunal de grande instance et le juge des enfants n'ont pas fait l'objet d'une jurisprudence abondante, la conciliation de deux compétences est à étudier, d'autant plus que contrairement aux relations entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants, il n'existe pas de système de communication formalisée entre le tribunal de grande instance et le juge des enfants[1252], hormis l'article 1205 du Code de procédure civile qui précise notamment que *« lorsqu'une procédure d'assistance éducative a été diligentée à l'égard d'un ou plusieurs enfants, le dossier en est communiqué au tribunal (...) ».*

[1250] Proposition formulée par V. LARRIBAU-TERNEYRE in V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Rép. Proc. civ. cit., supra* note 96, n° 466 : *« La question peut se poser exactement dans les mêmes termes que par rapport au JAF, le conflit étant susceptible de se produire dans toutes les hypothèses où le tribunal de grande instance dispose d'une compétence en matière d'autorité parentale : en cas de retrait de l'autorité parentale, par exemple, s'il s'agit pour le tribunal de désigner un tiers auquel l'enfant sera provisoirement confié (C. civ., art. 380), l'existence d'une mesure d'assistance éducative antérieurement prise par le juge des enfants lui permet-elle de statuer sur ce point ? Inversement, le juge des enfants peut-il modifier cette décision en cas de danger ? La question se poserait de la même façon pour toutes les hypothèses où le tribunal interviendrait de façon accessoire en matière d'autorité parentale (...). La solution est logiquement la même qu'en matière de difficultés de répartition des compétences avec le JAF ».*

[1251] C. NEIRINCK, *JCl Civil code*, *cit., supra* note 1231, n° 103.

[1252] *Cf.,* pour l'illustration de cette absence de communication : CA de Versailles, 15 mars 2012, n° 11/02346. La cour énonce qu'il n'y a pas lieu à communication du dossier ouvert du juge des enfants aux motifs que *« l'article 1187-1 du code de procédure civile prévoit la communication de pièces par le juge des enfants au juge aux affaires familiales ou au juge des tutelles. Or, en l'espèce, la cour ne statue par sur une décision du juge aux affaires familiales ou du juge des tutelles mais du tribunal de grande instance, statuant en matière civile, seul compétent pour connaître des actions relatives à la filiation en application de l'article 318-1 du code civil ».*

Afin de permettre une meilleure communication entre les juges et notamment avec le tribunal de grande instance, une modification des articles 1072-1 et 1072-2 du Code de procédure civile peut être suggérée. Dans l'article 1072-1 du Code de procédure civile[1253], un second alinéa pourrait spécifier: *« Cette obligation s'impose au tribunal de grande instance lorsqu'il statue en matière d'autorité parentale »*.

Le second alinéa de l'article 1072-2 du Code de procédure civile[1254] pourrait prévoir qu' *« une copie de la décision du tribunal de grande instance est transmise, le cas échéant, au juge des enfants »*.

Enfin, l'article 1187-1 du Code de procédure civile[1255] devrait être modifié par l'ajout des termes « tribunal de grande instance » à la suite du juge aux affaires familiales ou juge des tutelles. Ainsi, l'article prévoirait que: *« Le juge des enfants communique au juge aux affaires familiales ou au juge des tutelles ou au tribunal de grande instance les pièces qu'ils sollicitent quand les parties à la procédure devant ces derniers ont qualité pour consulter le dossier en vertu de l'article 1187. Il peut ne pas transmettre certaines pièces lorsque leur production ferait courir un danger physique ou moral grave au mineur, à une partie ou à un tiers. Dans les conditions prévues aux articles 1072-2 et 1221-2, le juge aux affaires familiales ou le juge des tutelles ou le tribunal de grande instance transmettent copie de leur décision au juge des enfants ainsi que toute pièce que ce dernier estime utile »*

Il convient de se poser la question de la pertinence de l'insertion des ces modifications aux articles 1072-1 et 1072-2 du Code de procédure civile, notamment parce que pour le juge des tutelles, les exigences en termes de communication ont été insérées dans un chapitre spécifique intitulé *« la protection juridique des mineurs et des majeurs »* et non dans le chapitre contenant les articles 1072-1 et 1072-2 et intitulé *« la procédure en matière*

[1253] Article 1072-1 du Code de procédure civile, dans sa version issue du décret n° 2009-398 du 10 avril 2009, : *« Lorsqu'il statue sur l'exercice de l'autorité parentale, le juge aux affaires familiales vérifier si une procédure d'assistance éducative est ouverte à l'égard du ou des mineurs . Il peut demander au juge des enfants de lui transmettre copie des de pièces du dossier en cours, selon les modalités définies à l'article 1187-1 »*.

[1254] Article 1072-2 du Code de procédure civile, dans sa version issue du décret n° 2009-398 du 10 avril 2009, : *« Dès lors qu'une procédure d'assistance éducative est ouverte à l'égard du ou des mineurs, une copie de la décision du juge aux affaires familiales est transmise au juge des enfants ainsi que toute pièce que ce dernier estime utile »*.

[1255] Article 1187-1 du Code de procédure civile, dans sa version issue du décret n° 2009-398 du 10 avril 2009 : *« Le juge des enfants communique au juge aux affaires familiales ou au juge des tutelles les pièces qu'ils sollicitent quand les parties à la procédure devant ces derniers ont qualité pour consulter le dossier en vertu de l'article 1187. Il peut ne pas transmettre certaines pièces lorsque leur production ferait courir un danger physique ou moral grave au mineur, à une partie ou à un tiers. Dans les conditions prévues aux articles 1072-2 et 1221-2, le juge aux affaires familiales ou le juge des tutelles transmettent copie de leur décision au juge des enfants ainsi que toute pièce que ce dernier estime utile »*.

familiale ». L'insertion des exigences en termes de communication concernant le tribunal de grande instance au sein des articles 1072-1 et 1072-2 nous semble pertinente pour deux raisons. Tout d'abord, si effectivement les exigences concernant le juge des tutelles des mineurs sont comprises dans un chapitre spécifique à la compétence de cette juridiction, il n'existe pas, dans le code de procédure civile, un chapitre relatif à l'ensemble des compétences du tribunal de grande instance en matière d'autorité parentale. Il y a bien une partie relative au retrait de l'autorité parentale mais cela ne comprend pas les compétences accessoires du tribunal de grande instance en matière d'autorité parentale. Ensuite, les exigences des articles 1072-1 et 1072-2 sont comprises dans un chapitre à l'intitulé large puisqu'il porte sur la procédure familiale. Il convient de noter que le pouvoir réglementaire n'a pas inséré ces dispositions dans la partie relative à l'autorité parentale.

S'agissant de l'article 1187-1 du Code de procédure civile, celui-ci est compris dans une section relative à l'assistance éducative. Etant donné qu'il s'agit des exigences s'imposant au juge des enfants, il n'y pas de difficulté à ajouter le tribunal de grande instance dans les juridictions avec lequel le juge des enfants doit composer.

Paragraphe 2. Les conflits apparents découlant de la compétence du tribunal de grande instance en matière de tutelle et d'administration légale

552. La compétence en cas de recours en responsabilité.- Avec la création en 1964 du service de tutelles et du juge des tutelles, le tribunal de grande instance voit ses compétences limitées en matière de tutelle et d'administration légale. Le tribunal conserve, néanmoins, quelques compétences en matière d'habilitation[1256] et de surveillance de certains actes[1257]. En outre, le tribunal de grande instance détient une compétence en premier ressort des recours en responsabilité exercés contre l'Etat en raison d'un préjudice résultant pour le mineur protégé du mauvais fonctionnement du service public des tutelles et de l'administration légale[1258].

[1256] V. LARRIBAU- TERNEYRE, M. AZAVANT, *Rép. proc. civ, cit., supra* note 67, n° 130 et ss.
[1257] V. LARRIBAU- TERNEYRE, M. AZAVANT, *Rép. proc. civ, cit., supra* note 67, n° 132 et ss.
[1258] V. LARRIBAU- TERNEYRE, M. AZAVANT, *Rép. proc. civ, cit., supra* note 67, n° 124. Les auteurs précisent que l'action en responsabilité est transposable à l'administration légale en vertu de l'article 389-7 du Code civil qui prévoit que *« les règles de la tutelle sont, pour le surplus, applicables à l'administration légale, avec les modalités résultant de ce que celle-ci ne comporte ni conseil de famille ni subrogé tuteur, et sans préjudicier, d'autre part, aux droits que les père et mère tiennent du titre « De l'autorité parentale », notamment quant à l'éducation des enfants et à l'usufruit de ses biens »*.

L'article 473[1259] du Code civil régissait la matière et donnait compétence au tribunal de grande instance. Avec l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs[1260], cet article fut remplacé par les articles 412[1261] et 413[1262] du Code civil. A la lecture de ces nouveaux articles, rien n'apparaît quant à la compétence du tribunal de grande instance. L'explication en est donnée dans le rapport présenté à l'Assemblée Nationale, après le dépôt du projet de loi, où il est indiqué qu'*« aux termes de l'actuel article 473 du code civil, la juridiction compétente pour connaître de cette action est le tribunal de grande instance, conformément au principe de séparation des pouvoirs. Le présent article 412 reste muet car cette précision procédurale relève de la partie réglementaire du code de procédure civile. Il en restera donc ainsi »*[1263]. Il est certain que les compétences du tribunal de grande instance n'ont pas à figurer dans le Code civil mais plutôt au Code de l'organisation judiciaire[1264]. Cependant, le Code de l'organisation judiciaire ne contient aucune disposition consacrant la compétence du tribunal de grande instance en la matière, pour pallier l'abrogation de l'article 473. Dans l'attente d'un article spécifique, il pourra certainement être fait application de l'article L. 211-3 du Code l'organisation judiciaire qui énonce que « *le tribunal de grande instance connaît, de toutes les affaires civiles et commerciales pour lesquelles compétence n'est pas attribuée, en raison de leur nature ou du montant de la demande, à une autre juridiction ».*

Une action en responsabilité peut également être engagée envers l'administrateur légal, contre celui sous contrôle judiciaire mais aussi envers le tuteur, le subrogé tuteur ou le conseil

---

[1259] Article 473 du Code civil, dans sa version antérieure à la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 : *«L'approbation du compte ne préjudicie point aux actions en responsabilité qui peuvent appartenir au pupille contre le tuteur et les autres organes de la tutelle. L'Etat est seul responsable à l'égard du pupille, sauf son recours s'il y a lieu, du dommage résultant d'une faute quelconque qui aurait été commise dans le fonctionnement de la tutelle, soit par le juge des tutelles ou son greffier, soit par le greffier en chef du tribunal d'instance, soit par l'administrateur public chargé d'une tutelle vacante en vertu de l'article 433. L'action en responsabilité exercée par le pupille contre l'Etat est portée, dans tous les cas, devant le tribunal de grande instance ».*

[1260] Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007.

[1261] Article 412 du Code civil, dans sa version issue de la loi n° 2009-525 du 12 mai 2009, : *« Tous les organes de la tutelle sont responsables du dommage résultant d'une faute quelconque qu'ils commettent dans l'exercice de leur fonction. Lorsque la faute à l'origine du dommage a été commise dans l'organisation et le fonctionnement de la tutelle par le juge des tutelles, le greffier en chef du tribunal de grande instance ou le greffier, l'action en responsabilité est dirigée contre l'Etat qui dispose d'une action récursoire ».*

[1262] Article 413 du Code civil, dans sa version issue de la loi n° 2009-525 du 12 mai 2009, : *« L'action en responsabilité se prescrit par cinq ans à compter de la majorité de l'intéressé, alors même que la gestion aurait continué au-delà, ou de la fin de la mesure si elle cesse avant ».*

[1263] Rapport n° 3557 fait, au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi (N° 3462), portant réforme de la protection juridique des majeurs, par Emile Blessig, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 janvier 2007.

[1264] Dans le rapport de M. Emile Blessig (rapport. cit.), il est fait mention du code de procédure civile dans sa partie réglementaire. On peut supposer qu'il s'agit du Code de l'organisation judiciaire.

de famille[1265]. Ici, il ne s'agit pas de sanctionner le mauvais fonctionnement du service public des tutelles et de l'administration légale. L'article 412 du Code civil prévoit que *« tous les organes de la tutelle sont responsables du dommage résultant d'une faute quelconque qu'ils commettent dans l'exercice de leur fonction. Lorsque la faute à l'origine du dommage a été commise dans l'organisation et le fonctionnement de la tutelle par le juge des tutelles, le greffier en chef du tribunal de grande instance ou le greffier, l'action en responsabilité est dirigée contre l'Etat qui dispose d'une action récursoire ».* Si cet article s'intéresse à la responsabilité de tous les organes de la tutelle, il ne contient que des indications s'agissant de la responsabilité des organes relevant du service public des tutelles. Aussi, l'action en responsabilité contre les organes privés de la tutelle et de l'administration légale n'étant pas attribuée spécifiquement à une juridiction, il convient de la qualifier d'action personnelle ou mobilière pour laquelle la compétence dépend du montant de la demande[1266]. Ainsi, le tribunal de grande instance[1267] ou le tribunal d'instance[1268] seront compétents en fonction du montant de la demande[1269] pour une action en responsabilité envers les organes privés de la tutelle et de l'administration légale.

553. La compétence en matière d'annulation des délibérations du conseil de famille.- Il convient également de s'interroger sur la compétence en matière d'annulation des délibérations du conseil de famille. Selon l'article 402 du Code civil, *« les délibérations du conseil de famille sont nulles lorsqu'elles ont été surprises par dol ou fraude ou que des*

[1265] J. MASSIP, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009, p. 44 et ss.

[1266] V. LARRIBAU-TERNEYRE, M. AZAVANT, *Rép. Proc. civ., cit. supra* note 67, n° 222 et ss. : pour l'administration légale ; n° 248 et ss. : pour l'administration légale sous contrôle judiciaire ; n° 311 et ss. : pour la tutelle.

[1267] L. 211-3 du Code de l'organisation judiciaire : *« Le tribunal de grande instance connaît de toutes les affaires civiles et commerciales pour lesquelles compétence n'est pas attribuée, en raison de leur nature ou du montant de la demande à une autre juridiction »*.

[1268] L. 221-4 du Code de l'organisation judiciaire : *« Sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires fixant la compétence particulière des autres juridictions, le tribunal d'instance connaît, en matière civile, de toutes actions personnelles ou mobilières jusqu'à la valeur de 10 000 euros. Il connaît aussi des demandes indéterminées qui ont pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 10 000 euros »*.

[1269] Il convient de noter que jusqu'à sa suppression le 1er janvier 2015 (*cf., supra* note 53), il faut également tenir compte de la juridiction de proximité qui selon l'article L. 231-3 du Code de l'organisation judiciaire : *« connaît, en matière civile, sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires fixant la compétence particulière des autres juridictions, des actions personnelles ou mobilières jusqu'à la valeur de 4 000 euros. Elle connaît des demandes indéterminées qui ont pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 4000 euros. Elle connaît dans les mêmes limites, en vue de lui donner force exécutoire, de la demande d'homologation du constat d'accord formée par les parties, à l'issue d'une tentative préalable de conciliation »*.

formalités substantielles ont été omises (...) ». Des actions en nullité peuvent également être envisagées en présence d'actes irréguliers réalisés par l'administrateur légal[1270],

Il faut distinguer cette question de la compétence en matière de recours contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille. L'article L. 211-5 du Code de l'organisation judiciaire, dans sa version antérieure à la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, énonçait que *« le tribunal de grande instance* (était) *compétent pour connaître des recours 1° contre les décisions du juge des tutelles et celles du conseil de famille ».* Cette disposition a été abrogée par la loi n°2009-526 du 12 mai 2009. Dorénavant, la cour d'appel est compétente.

S'agissant de l'annulation des actes irréguliers, il faut relever la compétence du tribunal de grande instance au titre de sa compétence pour les actions personnelles d'un montant indéterminé[1271].

[1270] J. MASSIP, *op. cit., supra* note 1265, p. 49.
[1271] V. LARRIBAU-TERNEYRE, M. AZAVANT, *Rép. Proc. civ., cit. supra* note 67, n° 296.

Conclusion de la Section 1

554. Les juges en présence.- Les compétences historiques du tribunal de grande instance expliquent certainement sa présence en matière d'autorité parentale. Cependant, ces compétences sont plutôt créatrices de conflits apparents. Le conflit réel n'apparaît qu'au travers de la rencontre du tribunal de grande instance avec le juge des enfants.

555. L'extension du mécanisme de communication entre les juges.- Le conflit réel entre le tribunal de grande instance et le juge des enfants est l'occasion de réfléchir à l'extension du mécanisme de communication instauré par le décret n° 2009-938 du 10 avril 2009 entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles. En effet, le tribunal de grande instance pourrait être concerné par des exigences en termes de communication lorsque ces compétences ont à voir avec l'autorité parentale.

Ainsi, une modification des articles 1072-1, 1072-2 et 1187-1 du Code de procédure civile est proposée[1272].

[1272] *Cf., supra* par. n° 551.

Section 2.

Les conflits apparents dus à la compétence accessoire et « potentielle » du tribunal de grande instance

556. La compétence accessoire et « potentielle » du tribunal de grande instance.- Selon la « théorie de l'accessoire »[1273], le tribunal de grande instance pourrait être compétent lorsqu'un problème d'autorité parentale et d'obligation d'entretien, relevant habituellement de la compétence d'autres juges, se pose à lui accessoirement à un contentieux principal. En effet, l'article 51 du Code de procédure civile, dans son alinéa 1[er], affirme que : *« le tribunal de grande instance connaît de toutes les demandes incidentes*[1274] *qui ne relèvent pas de la compétence exclusive d'une autre juridiction ».* Ainsi, le tribunal de grande instance ne doit pas porter atteinte à une compétence exclusive. Dans la cadre de sa compétence « potentielle », il est aussi nécessaire de considérer la juridiction sur laquelle il exerce cette compétence.

557. Annonce de plan.- Afin de déterminer l'ampleur de la compétence accessoire et « potentielle » du tribunal de grande instance, il est ainsi nécessaire d'étudier la nature de la compétence du juge aux affaires familiales (paragraphe 1) et de celle du juge des enfants (paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'existence d'un conflit apparent avec le juge aux affaires familiales

558. Il convient d'étudier successivement le conflit apparent engendré par la compétence accessoire du tribunal de grande instance (A) et celui né de la compétence potentielle du tribunal de grande instance (B).

[1273] H. PARCHEMINAL, *art. cit., supra* note 50, p. 233 ; L. CADIET, *art. cit. supra* note 41, p. 48.
[1274] Article 63 du Code de procédure civile : *« Les demandes incidentes sont : la demande reconventionnelle, la demande additionnelle et l'intervention ».*

A. Le conflit apparent entraîné par la compétence accessoire du tribunal de grande instance

559. La compétence du juge aux affaires familiales.- Pour répondre à la question du caractère exclusif ou non de la compétence du juge aux affaires familiales et ainsi déterminer la possibilité d'une compétence accessoire du tribunal de grande instance, il est nécessaire de distinguer les compétences traditionnelles du juge aux affaires familiales de celles héritées du juge des tutelles en matière d'administration légale, de tutelle et d'émancipation.

560. La nature de la compétence du juge aux affaires familiales en matière d'autorité parentale et d'obligation d'entretien.- De manière traditionnelle, le juge aux affaires familiales a différentes compétences en matière d'autorité parentale sur la personne de l'enfant[1275] et en matière d'obligation d'entretien. Mais cette compétence est-elle exclusive ? A l'instar de la compétence du juge des enfants, il n'existe aucune précision textuelle. Tel n'était pas le cas de l'ancien article 228 du Code civil qui énonçait que *« le tribunal de grande instance statuant en matière civile est seul compétent pour se prononcer sur le divorce et ses conséquences. Un juge de ce tribunal est délégué aux affaires familiales. Ce juge a compétence pour prononcer le divorce, quelle qu'en soit la cause. Il peut renvoyer l'affaire en l'état à une audience collégiale. Ce renvoi est de droit à la demande d'une partie. Il est également seul compétent, après le prononcé du divorce, quelle qu'en soit la cause, pour statuer sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, sur la modification de la contribution à l'entretien et l'éducation des enfants et pour décider de confier ceux-ci à un tiers ainsi que sur la révision de la prestation compensatoire ou de ses modalités de paiement. Il statue alors sans formalité et peut être saisi par les parties intéressées sur simple requête ».* Cependant, même en présence de cet article, la doctrine prônait le caractère non exclusif de la compétence du juge aux affaires familiales[1276]. Notamment parce que l'article 228 du Code

[1275] *Cf., supra* par. n° 317.

[1276] L. CADIET, « A la recherche du juge de la famille », in M-T. MEULDERS-KLEIN (dir.), *op. cit., supra* note 118, p. 257 : *« La compétence du JAF n'est pas exclusive »* ; L. CADIET, *art. cit., supra* note 41, p. 48 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, *art. cit., supra* note 49, p. 146. *Adde*, J. MASSIP, *art. cit., supra* note 41, p. 1139. L'auteur ne s'intéresse pas à l'exclusivité de la compétence du juge aux affaires familiales. Mais cela peut être déduit de sa reconnaissance de la compétence accessoire du tribunal de grande instance en matière d'autorité parentale : *« Comme en matière d'aliments, on admettre que la compétence ainsi reconnue, à titre principal, au juge aux affaires familiales pour statuer sur tout ce qui touche à l'autorité parentale ne fait pas obstacle à ce que le Tribunal de grande instance connaisse de ces questions, en vertu de la théorie de l'accessoire, par exemple lorsqu'il est appelé à trancher un procès de filiation ».*

civil employait *« seul compétent »* que ce soit à l'adresse du tribunal de grande instance (alinéa 1) ou du juge aux affaires familiales (alinéa 4). Il est certain que le fait que deux juridictions aient une compétence exclusive atténue la force du caractère exclusif de l'une ou l'autre compétence[1277].

L'article 228 du Code civil ayant fait l'objet d'une abrogation par la loi du 12 mai 2009, c'est essentiellement le Code de l'organisation judiciaire qui peut nous fournir des indications. L'article L. 213-3 de ce code, lorsqu'il s'intéresse aux compétences du juge aux affaires familiales, utilise le terme *«connaît»*. En effet, cet article énonce que *« le juge aux affaires familiales connaît (...) 3° des actions liées a) à la fixation (...) de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants b) à l'exercice de l'autorité parentale »*. Le verbe connaître n'emporte pas un caractère exclusif.

Il convient également de préciser qu'aucune norme substantielle ou procédurale relative aux compétences du juge aux affaires familiales ne semble mettre en place une compétence exclusive de ce dernier.

Enfin, le dernier argument qui permet de soutenir le caractère non exclusif de la compétence du juge aux affaires familiales provient du fait que certains textes viennent expressément consacrer la compétence du tribunal de grande instance pour statuer sur l'exercice de l'autorité parentale ou l'obligation d'entretien incidemment à une procédure principale. Le tribunal pourra, de manière incidente, également confier l'enfant à un tiers ou prononcer une délégation d'autorité parentale. Ainsi, dans le cadre des actions relatives à la filiation, qui sont de la compétence exclusive du tribunal de grande instance[1278], ce dernier a une compétence accessoire dans différents domaines relevant du juge aux affaires familiales. S'il s'agit d'une action aux fins d'établissement de la filiation, le tribunal de grande instance pourra statuer[1279] sur l'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant[1280], compétence qui relève, selon l'article L. 213-3 du Code de

---

[1277] Pour un regard historique sur cette difficulté d'interprétation, *cf., supra* note 94.

[1278] Article 318-1 du Code civil : *« Le tribunal de grande instance, statuant en matière civile est seul compétent pour connaître des actions relatives à la filiation »*.

[1279] Article 331 du Code civil : *« Lorsqu'une action est exercée en application de la présente section, le tribunal statue, s'il y a lieu, sur l'exercice de l'autorité parentale, la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant et l'attribution du nom »*.

[1280] Il convient de noter qu'avant l'abrogation de l'article 340-6 du Code civil par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 et la création de l'article 331 du Code civil, le tribunal de grande instance n'était compétent que pour statuer sur l'attribution du nom et sur l'autorité parentale. Il est d'autant plus intéressant de relever que, dans ce contexte, la compétence du tribunal de grande instance avait été reconnue pour fixer une contribution à l'entretien pour un enfant : *cf.,* CA Paris, 1er juillet 2004, *AJ fam.,* 2004, p. 457 note F. CHENEDE. La cour

l'organisation judiciaire, du juge aux affaires familiales. En matière de contestation de filiation, l'article 337 du Code civil précise que : *« lorsqu'il accueille l'action en contestation, le tribunal peut, dans l'intérêt de l'enfant, fixer les modalités des relations de celui-ci avec la personne qui l'élevait ».* Selon l'article 371-4 du Code civil, cela relève de la compétence du juge aux affaires familiales. Dans le cadre de l'annulation d'un mariage, l'article 202 du Code civil précise dans son alinéa 2 que *« le juge*[1281] *statue sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale comme en matière de divorce ».* L'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire énonce la compétence du juge aux affaires familiales dans une telle situation. Si le tribunal prononce une mesure de retrait de l'autorité parentale, il peut confier l'enfant à un tiers. Selon l'article 373-3 du Code civil, cette action est de la compétence du juge aux affaires familiales. Enfin, le tribunal de grande instance peut également se voir reconnaître expressément une compétence accessoire en matière de délégation d'autorité parentale[1282], compétence du juge aux affaires familiales[1283]. C'est le cas pour la déclaration judiciaire d'abandon[1284], et pour l'annulation de l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat[1285]. Pour cette dernière situation, le tribunal de grande instance pourra également

---

énonce que *« si l'article 372-2-8 du Code civil attribue compétence au juge aux affaires familiales pour statuer sur la contribution des parents séparés à l'entretien de l'enfant, c'est à la condition que la filiation de ce dernier ait déjà été établie »,* mais *« lorsque cette demande de contribution se rattache à l'établissement de la filiation, compétence exclusive du tribunal de grande instance, l'obligation alimentaire qui est la conséquence de la déclaration judicaire de paternité et en est l'accessoire, relève de la compétence de ce tribunal »*.

[1281] Le juge désigne ici le tribunal de grande instance car lui seul est compétent en matière d'annulation de mariage.

[1282] Pour une interprétation qui, bien que relevant la compétence accessoire du tribunal de grande instance dans le cadre de l'article 350 du Code civil et L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles, retient le caractère exclusif de la compétence du juge aux affaires familiales : P. SALVAGE-GEREST, *JCl Proc. civ., cit. supra* note 825, n° 104 : *« Dans l'hypothèse où la délégation fait suite à une déclaration judiciaire d'abandon sur le fondement de l'article 350 du Code civil, c'est le tribunal de grande instance, saisi de la question principale, qui demeure compétent (...). Il en est de même en cas d'annulation de l'arrêté d'admission d'un mineur en qualité de pupille de l'État (...). Sous ces réserves, c'est maintenant le juge aux affaires familiales qui a compétence exclusive en la matière »*. Il nous semble que l'existence même de réserves a comme effet de dénier le caractère exclusif d'une compétence.

[1283] Article 1202 alinéa 2 du Code de procédure civile : *« Les demandes de délégation de l'autorité parentale sont portées devant le juge aux affaires familiales du lieu où demeure le mineur »*.

[1284] Alinéa 5 de l'article 350 du Code civil : *« Lorsqu'il déclare l'enfant abandonné, le tribunal délègue par la même décision les droits d'autorité parentale sur l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance, à l'établissement ou au particulier qui a recueilli l'enfant ou à qui ce dernier a été confié »*.

[1285] Article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles : *« L'admission en qualité de pupille de l'Etat peut faire l'objet d'un recours, formé dans le délai de trente jours suivant la date de l'arrêté du président du conseil général devant le tribunal de grande instance, par les parents, en l'absence d'une déclaration judiciaire d'abandon ou d'un retrait total de l'autorité parentale, par les alliés de l'enfant ou toute personne justifiant d'un lien avec lui, notamment pour avoir assuré sa garde, de droit ou de fait, et qui demandent à en assumer la charge. S'il juge cette demande conforme à l'intérêt de l'enfant, le tribunal confie sa garde au demandeur, à charge pour ce dernier de requérir l'organisation de la tutelle, ou lui délègue les droits de l'autorité parentale et prononce l'annulation de l'arrêté d'admission. Dans le cas où il rejette le recours, le tribunal peut autoriser le demandeur, dans l'intérêt de l'enfant, à exercer un droit de visite dans les conditions qu'il détermine »*.

organiser un droit de visite avec le demandeur si le recours de ce dernier en annulation est rejeté. L'organisation du droit de visite relève de la compétence du juge aux affaires familiales par le biais de l'article 371-4. En revanche, si les parents sont les demandeurs, le fondement de la compétence du juge aux affaires familiales est plus difficile à trouver pour organiser un droit de visite en cas de rejet du recours. Cela se rapproche plus de la compétence du juge des enfants qui peut, selon l'article 375-7 du Code civil, fixer un droit de visite pour les parents lorsque l'enfant est placé.

561. La nature de la compétence du juge aux affaires familiales en matière d'administration légale, de tutelle et d'émancipation.- Il convient également de se poser la question de la nature de la compétence du juge aux affaires familiales lorsqu'il exerce les fonctions du juge des tutelles des mineurs. La réponse doit tenir compte du statut à multiples facettes du juge des tutelles des mineurs[1286]. En effet, lorsque le juge aux affaires familiales est président du conseil de famille, il intervient en tant qu'organe de la tutelle. Dans cette hypothèse, la compétence accessoire du tribunal de grande instance ne peut jouer. Cette question ne peut se poser que lorsque le juge de tutelles intervient en tant que juridiction. Dans un premier temps, il convient de relever qu'aucun élément textuel ne semble conduire au caractère exclusif de la compétence du juge des tutelles. En effet, l'article L. 213-3-1 du Code de l'organisation judiciaire énonce que *« le juge aux affaires familiales exerce les fonctions de juge des tutelles des mineurs. Il connaît : 1° De l'émancipation ; 2° De l'administration légale et de la tutelle des mineurs ; 3° De la tutelle des pupilles de la nation ».* Le verbe « connaître » n'entraîne pas automatiquement un caractère exclusif[1287]. Dans le Code civil, aucune indication allant dans le sens du caractère exclusif ne peut être relevée.

Cependant, il est à rappeler que, dans le cadre d'une tutelle[1288], le législateur prend soin de réserver l'ouverture de la tutelle au juge des tutelles bien que le tribunal de grande instance peut désigner un tiers pour la requérir. Il semble que c'est un indice assez fort de la volonté du législateur de laisser cette matière exclusivement au juge des tutelles ou pour être précis au juge aux affaires familiales, exerçant les fonctions de juge des tutelles des mineurs.

[1286] V. LARRIBAU- TERNEYRE, M. AZAVANT, *Rép. proc. civ, cit., supra* note 67, n° 38 et ss.
[1287] Pour une comparaison en matière d'autorité parentale et de contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants, *cf., supra* par. n° 560.
[1288] *Cf., supra* par. n° 459 et ss.

B. Le conflit apparent entraîné par la compétence « potentielle » du tribunal de grande instance

562. Les compétences concernées par la compétence « potentielle ».- A côté de cette compétence accessoire, le tribunal de grande instance détient une « compétence potentielle ». En effet, l'article L. 213-4 du Code de l'organisation judiciaire énonce que : *« le juge aux affaires familiales peut renvoyer à la formation collégiale du tribunal de grande instance qui statue comme juge aux affaires familiales. Ce renvoi est de droit à la demande des parties pour le divorce et la séparation de corps. La formation collégiale comprend le juge qui a ordonné le renvoi ».* Il convient de se demander si ce renvoi à la formation collégiale concerne toutes les compétences du juge aux affaires familiales. Afin de répondre à cette interrogation, il convient de s'intéresser tout d'abord à la place de l'article L. 213-4 dans le Code de l'organisation judiciaire. Cet article est le dernier article d'une sous-section intitulée *« juge aux affaires familiales »* qui comprend 3 articles. Le premier article est relatif, pour ce qui nous intéresse, aux compétences en matière d'autorité parentale et d'obligation d'entretien attribuées au juge aux affaires familiales. Le second article est consacré aux nouvelles compétences du juge aux affaires familiales en matière d'administration légale, de tutelle et d'émancipation.

Etant donné la place de l'article consacré à la collégialité, il paraît évident que cette compétence potentielle s'applique aux différentes compétences du juge aux affaires familiales précisées aux articles L. 213-3 et L. 213-3-1 du Code de l'organisation judiciaire. Ainsi, le renvoi à la collégialité concerne, selon nous, également le juge aux affaires familiales lorsqu'il connaît de la tutelle, de l'administration légale et de l'émancipation. Il est nécessaire de rappeler qu'il faut différencier le juge aux affaires familiales, exerçant les fonctions de juge des tutelles des mineurs lorsqu'il agit en tant qu'organe du conseil de famille ou lorsqu'il est une juridiction. Ce n'est que dans la seconde hypothèse que la question de la compétence « potentielle » du tribunal de grande instance peut être étudiée.

Il reste à traiter de la délégation d'autorité parentale. Elle n'apparaît pas de manière expresse dans les articles consacrés à la compétence du juge aux affaires familiales. Il convient alors de considérer qu'elle est comprise dans l'ensemble plus vaste intitulé *« actions liées à l'exercice de l'autorité parentale »* de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire. Ainsi, la délégation de l'autorité parentale pourrait être concernée par le renvoi à la collégialité.

563. Juge aux affaires familiales ou tribunal de grande instance ?.- Lorsque le renvoi à la collégialité est opéré : s'agit-il du juge aux affaires familiales en formation collégiale ou du tribunal de grande instance ? La question a son importance car les compétences et les pouvoirs diffèrent selon la réponse donnée. Pour certains auteurs[1289], même lorsqu'il y a recours à la formation collégiale, c'est toujours dans ce cas du juge aux affaires familiales dont il est question. Selon l'article L. 213-4 du Code de l'organisation judiciaire, le juge, certes, *«peut renvoyer à la formation collégiale du tribunal de grande instance»*, mais la formation collégiale *«statue comme juge aux affaires familiales».* La confusion initiale de l'article est clarifiée par la conclusion. Ainsi, ce n'est pas le tribunal de grande instance qui statuerait mais le juge aux affaires familiales qui statue collégialement. Cependant, le même argument peut être utilisé pour démontrer le contraire. En effet, la première partie de l'alinéa 1er de l'article L. 213-4, qui indique que le juge aux affaires familiales *« peut renvoyer à la formation collégiale du tribunal de grande instance »* peut être privilégiée. Placée en tête de l'article et non à la fin, cette proposition n'en serait que plus importante. S'il est admis, avec la technique du renvoi à la collégialité[1290] que c'est le tribunal de grande instance qui statue[1291], alors il détient une compétence certaine en matière d'autorité parentale et d'obligation d'entretien. S'il n'y a donc pas de conflit de compétence *proprio sensu* entre le juge aux affaires familiales et le tribunal de grande instance, il y a néanmoins un partage de compétence qui pourrait donner l'apparence d'un conflit.

Paragraphe 2. L'absence de conflit apparent avec le juge des enfants

564. La compétence exclusive du juge des enfants.- Lorsqu'il s'agit de s'intéresser à la compétence du juge des enfants, il convient de retenir une compétence exclusive ne

---

[1289] J. MIGUET, *JCl Proc. civ.,* v° Fasc 214-2, « Tribunal de grande instance- Juge aux affaires familiales » (1993 – Mise à jour 1999), n°18 : *« Du point de vue juridictionnel, ce n'est pas le tribunal de grande instance qui statue mais le Juge aux affaires familiales, simplement il statue collégialement et non à juge unique »* ; C.WATINE-DROUIN, *art. cit., supra* note 49, p. 566 : *« Lorsque la formation collégiale est appelée, sur renvoi, à intervenir, elle le fait, non pas en qualité de tribunal de grande instance, mais en qualité de Juge aux affaires familiales statuant collégialement, c'est à dire avec les mêmes pouvoirs que le juge unique et dans les mêmes conditions de représentation pour les parties »* ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, *art. cit., supra* note 49, p. 148 : *« Le tribunal de grande instance statue, en cas de renvoi, comme juge aux affaires familiales ; le juge aux affaires familiales se dédouble donc véritablement, pour prendre tantôt le visage d'un juge unique, d'un soliste, tantôt celui d'un composé de juges, parmi lesquels se fond le soliste ».*

[1290] L. GEBLER, *art. cit., supra* note 831, p. 391. L'auteur précise dans une note de bas de page qu' *« en quatre ans d'exercice en qualité de JAF la collégialité ne (lui) a jamais été demandé ».*

[1291] Cette question ne semble pas avoir donné lieu à une jurisprudence publiée.

permettant pas au tribunal de grande instance de développer une compétence accessoire. En effet, différents éléments peuvent conduire à l'affirmation d'une compétence exclusive du juge des enfants[1292].

En premier lieu, dans le Code civil, si le caractère d'exclusivité n'est pas mentionné dans les dispositions relatives à l'assistance éducative, l'article 375-1 du Code civil énonce cependant que *« le juge des enfants est compétent, à charge d'appel, pour tout ce qui concerne l'assistance éducative ».* Préciser que la compétence du juge des enfants est *« à charge d'appel »* est un indice du caractère exclusif de sa compétence. En effet, cela semble indiquer que la compétence du juge des enfants ne peut être remise en cause que par la voie classique de l'appel.

Ensuite, les travaux parlementaires de la loi du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale ont été l'occasion d'affirmer le caractère exclusif de cette compétence. En effet, lors de la séance du 9 avril 1970, lorsqu'il fut question de la conciliation des compétences du juge des enfants et de celles du juge compétent pour le divorce, dans la période d'après-divorce, le garde des Sceaux a rappelé *« un principe auquel nous ne voulons aucunement toucher, celui de la compétence exclusive du juge des enfants en matière d'assistance éducative »*[1293].

Enfin, la Cour de cassation, dans un arrêt du 10 mai 1995[1294], énonce au visa de l'article 375-1 du Code civil, que *« le pouvoir d'ordonner des mesures d'assistance éducative appartient au seul juge des enfants ».* En l'espèce, la Cour d'appel, sur appel d'une ordonnance du juge aux affaires matrimoniales, avait accordé un droit de visite à des grands parents et pour faciliter l'exercice de ce droit avait ordonné une mesure d'assistance éducative. En cela, *« la cour d'appel, qui n'était pas saisie d'une procédure d'assistance éducative, a excédé ses pouvoirs ».*

565. Une limite à la compétence exclusive du juge des enfants ?.- Une seule hypothèse soulève un doute s'agissant de la compétence exclusive du juge des enfants. C'est celle dans laquelle le tribunal de grande instance organise un droit de visite avec les parents. Cela fait suite à l'hypothèse dans laquelle les parents ont été déboutés de leur demande d'annulation de l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat de leur enfant[1295]. Il est certain que cette

[1292] Dans ce sens, V. LARRIBAU TERNEYRE, *Rép. Proc. civ. cit., supra* note 51, n° 441 : *« L'article 375-1 du code civil attribue compétence exclusive au juge des enfants pour tout ce qui concerne l'assistance éducative ».*
[1293] JOAN, 10 avril 1970, séance du 9 avril 1970, p. 888.
[1294] Cass., 1e civ., 10 mai 1995, RTD*Civ.,* 1995, p. 614, note J. HAUSER.
[1295] *Cf., supra* par. n° 560.

compétence du tribunal de grande instance se rapproche de celle du juge des enfants lorsqu'il organise les droits de visite des parents par rapport à un enfant placé. Si cette interprétation est retenue, le tribunal de grande instance aurait une compétence dans le domaine exclusif du juge des enfants, l'assistance éducative.

Hormis cette hypothèse assez marginale, la compétence du juge des enfants est donc qualifiée d'exclusive, si bien que la compétence accessoire du tribunal de grande instance ne peut être invoquée ici.

566. L'étude d'une compétence « potentielle » du juge des enfants.- Au contraire du juge aux affaires familiales, il n'existe pas de dispositions mettant en œuvre un renvoi à la collégialité du tribunal de grande instance, ainsi, la question du rapport entre le juge des enfants et le tribunal de grande instance n'est pas envisagée en termes de conflit même apparent.

Conclusion de la Section 2

567. Un conflit apparent uniquement avec le juge aux affaires familiales.- Lorsque le tribunal de grande instance met en œuvre sa compétence accessoire et « potentielle », il doit uniquement se confronter au juge aux affaires familiales. En effet, la compétence du juge des enfants est exclusive et il n'y a pas de renvoi prévu à la collégialité du tribunal de grande instance. Si en toute hypothèse, il n'y a pas avec le juge aux affaires familiales de conflit de compétence *stricto sensu*, le partage de compétence entraîne une apparence de conflit.

Conclusion du Chapitre 2

568. Des conflits apparents et un conflit réel.- En matière d'autorité parentale, le tribunal de grande instance développe une présence discrète mais transversale à l'ensemble des matières relevant de l'autorité parentale. Cela se traduit essentiellement par des conflits apparents. Ce n'est qu'avec le juge des enfants que se développe un conflit réel.

569. Modification proposée.- Ainsi, c'est essentiellement par rapport aux relations entre le juge des enfants et le tribunal de grande instance que des modifications peuvent être proposées en matière d'amélioration des dispositifs de communication entre ces deux juridictions[1296].

[1296] *Cf., supra* par. n° 555.

Conclusion du Titre 2

570. Des conflits limités ou apparents.- Si le tribunal de grande instance est omniprésent en matière de filiation, il n'a qu'une place résiduelle en matière d'autorité parentale. Cependant, les conséquences en termes de conflits sont quasiment identiques. En effet, il y a très peu de conflits réels.

571. La présence discrète du tribunal de grande instance.- Il convient également de constater que le tribunal de grande instance n'est pas un juge central contrairement au juge aux affaires familiales qui doit composer avec les autres juridictions qui l'entourent. Le tribunal de grande instance est soit omniprésent, soit distancié. Il n'a pas à gérer de nombreux conflits.

572. L'enseignement de la rareté des conflits.- La rareté des conflits permet en négatif de relever les domaines dans lesquels la compétence est stable et non contestée et où les limites sont claires. Lorsqu'il y a conflit, c'est peut- être qu'il y a une instabilité. Lorsqu'il est question du tribunal de grande instance, les limites de sa compétence sont stables.

Conclusion de la deuxième partie

573. Les juridictions en présence.- A l'heure des conclusions, il convient de retenir la présence de différentes juridictions ayant à connaître des affaires découlant des relations entre les parents et les enfants. Il y a le juge aux affaires familiales, le juge des enfants, le juge des tutelles, le tribunal de grande instance, le juge du tribunal d'instance, le président du tribunal de grande instance[1297]. Parmi ces juridictions, deux d'entre elles détiennent une place particulière. Il s'agit du juge aux affaires familiales et du tribunal de grande instance qui sont deux pôles centraux avec toutefois des incidences différentes en termes de conflits.

574. Les conflits.- En matière de filiation, les conflits réels de compétence sont peu nombreux et peuvent être résolus facilement. En revanche, les conflits trouvent leur apothéose dans les rapports entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale et ces conflits sont renouvelés avec les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales en matière de tutelle, d'administration légale et d'émancipation.

575. Un binôme juge aux affaires familiales- juge des enfants à maintenir.- Le binôme juge aux affaires familiales-juge des enfants doit demeurer afin de faire respecter la limite entre le fonctionnement conflictuel de l'autorité parentale et le dysfonctionnement entraînant un danger pour l'enfant. Entre le juge aux affaires familiales et le juge aux enfants, le conflit est de l'essence de leur relation. Car l'intérêt se confond avec le danger et vice-versa. C'est le risque d'une coexistence de juges mais il semble que ce risque doit être accepté dans l'intérêt des justiciables. Cependant, le juge des enfants ne doit pas empiéter sur les compétences du juge aux affaires familiales.

En outre, si c'est le juge aux affaires familiales qui était choisi pour centraliser l'ensemble des compétences en matière d'autorité parentale, le juge des enfants perdrait la dimension civile de son office. Garder les deux juges permet, par ricochet, de maintenir la spécificité du juge des enfants. Le juge des enfants est, en effet, compétent en matière civile et pénale pour appréhender de manière spécifique la protection de l'enfant.

[1297] Il faut également tenir compte du juge de proximité jusqu'à sa suppression le 1er janvier 2015.

Enfin, pour simplifier les relations entre le juge des enfants et le juge aux affaires familiales, il faut peut-être faire appel à d'autres mesures que l'assistance éducative lorsqu'il s'agit de restreindre ou de retirer l'autorité parentale.

576. Une coexistence de juridictions non problématique.- Dans l'ensemble de la matière étudiée, il convient de noter que sur nombre de questions, il s'agit plus de partage de compétence entre les différentes juridictions que de conflits réels de compétence d'attribution. Le démontrer permet de dire que la coexistence des différentes juridictions n'est pas si problématique et qu'elle est même nécessaire lorsqu'il s'agit du juge aux affaires familiales et du juge des enfants en matière d'exercice de l'autorité parentale s'agissant de la personne de l'enfant.

Conclusion générale

577. Des questions de nature diverses.- Au terme de l'étude des conflits de compétence d'attribution en droit de la famille, nous pouvons constater que les questions soulevées sont de nature diverses. Certes, des questions de compétence sont apparues, mais elles s'accompagnent également de questions de droit substantiel.

578. Des questions de compétence.- Tout d'abord, les conflits réels et les conflits apparents posent un problème de compétence. Dans la quasi-totalité des hypothèses, il y a une hésitation, pour une même demande, entre la compétence du juge aux affaires familiales et celle d'une autre juridiction. Cependant, la compétence du juge aux affaires familiales n'est pas toujours retenue, d'autres juges pouvant intervenir en matière familiale.

Si nous admettons qu'il n'y a pas un juge unique de la famille, y a t-il au moins un juge central ? La réponse diverge selon qu'il s'agit du contentieux des couples ou de celui se déroulant dans le cadre des relations parent-enfant. Dans la première hypothèse, le juge aux affaires familiales est effectivement le juge central[1298]. Il doit toutefois tenir compte de la compétence du juge des tutelles des majeurs lorsqu'il s'agit de protéger l'un des membres du couple et de celle du tribunal de grande instance qui gère les fondements de la relation de couple. Dans les relations parent-enfant, le rôle central du juge aux affaires familiales se concentre sur l'autorité parentale. Toutefois, les nombreux conflits réels entre le juge des enfants et le juge aux affaires familiales illustrent l'articulation délicate entre l'autorité parentale et la protection de l'enfant. Au contraire, en matière de filiation le tribunal de grande instance est prédominant, ce qui laisse peu de place aux conflits de compétence d'attribution.

Différentes modifications ont été proposées dans cette étude dans le souci d'améliorer la répartition des compétences. Tel est le cas notamment lorsqu'il est suggéré d'exclure du contentieux des couples le président du tribunal de grande instance[1299]. Des propositions ont également été faites de transmettre à d'autres organes que des juridictions certaines compétences en matière de procréation médicalement assistée[1300].

Le fait qu'il y ait plusieurs juges entraîne des difficultés d'ordre procédural. Il s'agit alors de réfléchir à des mécanismes qui permettraient de les atténuer, tant il est impérieux d'améliorer les relations entre les juges. Notons que des solutions commencent à être mises en

[1298] Pour améliorer ce rôle central, une modification conséquente de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire a été proposée. *Cf., supra* par. n° 312.
[1299] *Cf., supra* par. n° 235.
[1300] *Cf., supra* par. n° 541.

place : le magistrat coordinateur en matière familiale, les règles de communication entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants[1301] en sont des exemples.

Plus particulièrement, pour le juge aux affaires familiales, la question de l'extension des compétences interroge sa spécialisation, l'unification des règles de procédure[1302], et la recevabilité des demandes incidentes[1303].

579. Les questions de droit substantiel.- Outre les conflits réels et apparents, il existe des pseudo-conflits dont le principal enseignement est que les différences de statut entre les couples résistent à un juge central. Les pseudo-conflits illustrent la dichotomie entre les principes affichés en matière de droit substantiel, (des couples aux statuts différents), et les principes affichés en matière d'organisation judiciaire, (un juge pour toutes les catégories de couples). Au contraire, lorsqu'il s'agit du contentieux des relations entre parent et enfant, la question du statut n'a pas de conséquences s'agissant des conflits de compétence d'attribution.

« Si le traitement judiciaire du contentieux familial ne peut être envisagé à partir de considérations tirées du seul droit de la famille »[1304], il faut toutefois soulever les bonnes questions de droit substantiel. Tous les pseudo-conflits sont l'indice que la solution doit être trouvée en interrogeant le droit substantiel et non pas dans la mise en œuvre de nouvelles répartitions des compétences entre les juges. Dans un pseudo-conflit, c'est d'un seul juge dont il est question.

580. Des projets et des réformes en cours.- A l'heure des différentes réformes[1305] proposées en droit substantiel de la famille, en matière d'organisation judiciaire et de procédure, quel peut être l'intérêt d'une telle recherche sur les conflits de compétences d'attribution en droit de la famille ? Les conclusions issues de cette étude n'auront-elles plus aucune valeur à la prochaine réforme ? Au contraire, nous pensons que les questions resteront de même nature. Il y a tout d'abord de réelles questions de compétence qui surgissent à l'occasion de conflits réels ou apparents. Ceux-ci peuvent être réglés par des réformes de

[1301] *Cf., supra* par. n° 357 et ss.
[1302] *Cf., supra* par. n° 426 et ss.
[1303] *Cf., supra* par. n° 134.
[1304] L. CADIET, « A la recherche du juge de la famille », in M-T. MEULDERS-KLEIN (dir.), *op. cit., supra* note 118, p. 270.
[1305] A titre d'illustration, proposition n° 1856 relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 1er avril 2014; projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans le domaine de la justice et des affaires intérieures a été enregistré à

l'organisation judiciaire. Ensuite, il y a les pseudo-conflits qui relèvent, eux, du droit substantiel.

L'étude a également l'intérêt de démontrer que les modifications de l'organisation judiciaire ne peuvent être élaborées uniquement au regard des compétences d'attribution en distribuant autrement les compétences entre les juges, sans inclure une réflexion plus approfondie sur les dispositions de droit substantiel *stricto sensu*. Il est d'autant plus important de le souligner que les rapports demandés par le Ministère de la Justice prônent régulièrement l'institution d'une juridiction unique pour le contentieux familial, c'est-à-dire une solution uniquement d'ordre procédural ou d'organisation judiciaire.

581. La solution du tribunal de la famille.- Il est vrai que devant le nombre et la nature des conflits, il convient de se demander si le tribunal de la famille pourrait être la solution aux conflits. Déjà, en 1966, le colloque des Institut d'Etudes Judiciaires qui se tenait à Rennes et qui portait sur *« Les juridictions familiales au service de l'enfance »* souleva l'idée d'une *« juridiction nouvelle qui (...) connaîtrait de tous les litiges concernant le droit de la famille et de l'enfance »*[1306]. Ce souhait d'une juridiction unique en matière familiale est toujours d'actualité comme le montre le rapport présenté par Didier Marshall[1307] en 2013 au Ministre de la justice[1308].

Si un tribunal unique de la famille venait à être créé, la question des limites de son intervention continuerait à se poser[1309]. Tout d'abord, le juge des enfants est souvent exclu des propositions portant sur ce type de tribunal[1310]. Ensuite, même si une juridiction unique de la

---

la Présidence du Sénat le 27 novembre 2013. L'article 2 du projet de loi est relatif à l'articulation de la procédure de divorce et la liquidation-partage des intérêts patrimoniaux.

[1306] L. CADIET, *art. cit., supra* note 41, p. 36.

[1307] D. MARSCHALL, premier président de la Cour d'appel de Montpellier (dir.), *Les juridictions du XXIe siècle*, Rapport à Madame la garde des sceaux, ministre de la justice, 2013.

[1308] Notons toutefois que la solution de la juridiction unique n'est pas toujours proposée. Le rapport dirigé par S. GUINCHARD (*op. cit., supra* note 11) ne retenait pas la solution d'une juridiction unique en matière familiale. *Adde,* rapport d'information n° 404 (2013-2014) de C. TASCA et M. MERCIER, Commission des lois du Sénat, « Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges », déposé au Sénat le 26 février 2014. La première proposition du rapport prône le maintien du juge aux affaires familiales: *« Conserver le périmètre actuel de compétence du juge aux affaires familiales en maintenant séparées les fonctions de juge des enfants et de juge aux affaires familiales et en conservant l'attribution des tutelles-mineurs au juge aux affaires familiales et celle des tutelles-majeurs au juge d'instance »*.

[1309] En Belgique, une loi du 30 juillet 2013 a créé le tribunal de la famille et de la jeunesse. L'entrée en vigueur est prévue le 1er septembre 2014. Certes, sa compétence est très large (mariage, divorce, liquidation-partage, filiation, succession, protection des mineurs en danger et délinquants…). Pourtant, les limites apparaissent déjà à travers les compétences du juge de paix qui connaît des incapacités.

[1310] Tel est le cas dans l'une des dernières propositions émises en termes de réorganisation juridictionnelle. *Cf.,* D. MARSCHALL, premier président de la Cour d'appel de Montpellier (dir.), *op. cit., supra* note 1307,

famille était créée, cette question aujourd'hui de conflits de compétence d'attribution serait réglée en termes de procédure. C'est donc à l'intérieur du tribunal que ce travail de répartition des litiges se ferait, mais n'est-ce pas exclure le justiciable de son affaire sous couvert de simplification des choses ? N'est-il pas nécessaire qu'il soit acteur de sa démarche ? La question de la place du justiciable se pose d'autant plus que les attentes de ce dernier dans leur rapport à la justice se trouvent au cœur des différentes réflexions engagées[1311]. Il faudrait alors convoquer d'autres disciplines que le droit, telles la sociologie et la philosophie du droit, pour envisager une réforme de l'organisation judiciaire en matière familiale.

p. 34: *« Pour rendre l'organisation judiciaire plus lisible pour le justiciable et pour redonner cohérence aux contentieux civil, familial, pénal, économique, social et de proximité, une juridiction unifiée, souvent départementale et disposant d'un greffe unique, le tribunal de première instance, sera construite autour« de sept blocs de compétences définissant le périmètre d'autant de juridictions - une juridiction de proximité : le tribunal de proximité - six juridictions spécialisées : le tribunal civil, le tribunal familial, le tribunal de l'enfance, le tribunal pénal, le tribunal commercial, le tribunal social »*.

[1311] Christiane Taubira, ministre de la Justice, a présenté le 10 septembre 2014 en Conseil des ministres une série de mesures intitulées *« J.21 – La justice du 21ème siècle »* visant à améliorer la justice du quotidien. Les objectifs affichés sont de : *« faciliter les démarches des justiciables et de rendre la justice plus accessible aux citoyens, aux élus et aux représentants de la société civile »*. Ces propositions ont été rendues à la suite de différents rapports dont ceux de D. MARSCHALL (*op. cit., supra* note 1307), A. GARAPON (*op. cit., supra* note 11) et P. DELMAS-GOYON (dir.), *Le juge du XXIe siècle- Un citoyen acteur, une équipe de justice*, La documentation française, 2013.

Bibliographie

1. Ouvrages, thèses et monographies

ALBIGES C., (dir.), *L'autorité parentale et ses juges,* Litec, 2004.

ATIAS C., L'indivision, Edilaix, 2e éd., 2010.

AUDOUARD C., *La chambre de la famille,* Thèse dactyl., Lyon, 1968.

BARANGER T. et NICOLAU G., *L'enfant et son juge- La justice des mineurs au quotidien,* Hachette Littératures, 2008 (Préface D. SALAS).

BARRIERE BROUSSE I. et DOUCHY-OUDOT M., (dir.), *Les contentieux familiaux. Droit interne, international et européen*, Lextenso éditions, 2013.

BASTARD B. et MOUHANNA C., *L'avenir du juge des enfants éduquer ou punir,* Erès, 2010.

BATTEUR A., *Droit des personnes et des incapacités,* LGDJ, 3e éd., 2007.

BATTEUR A., *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés,* LGDJ, 6e éd., 2012.

BAUER M., FOSSIER T. et PECAUT-RIVOLIER L., *La réforme des tutelles. Ombres et lumières*, Dalloz, 2006.

BENABENT A., *Droit de la famille,* Montchrestien*,* 2e éd., 2012.

BONFILS Ph. et GOUTTENOIRE A., *Droit des mineurs*, Dalloz, 2e éd., 2014.

BONNET V., *Droit de la famille*, Larcier, 4e éd., 2014.

BRUGGEMAN M., L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale, PUAM, 2002 (Préface C. NEIRINCK).

BRUNETTI-PONS C., (dir.), *La notion juridique de couple*, Economica, 1998.

BRUN-WAUTHIER A-S., *Régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux des couples non mariés***,** Larcier, 3e éd., 2013.

CABRILLAC R., *Droit des régimes matrimoniaux,* LGDJ, 8e éd., 2013.

CADIET L. et JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, Litec, 8e éd., 2013.

CADIET L., NORMAND J. et AMRANI-MEKKI S., *Théorie générale du procès,* PUF, 2e éd., 2013.

CARBONNIER J., *Droit civil, T 2, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 21e éd., 2002.

CARBONNIER J., *Droit civil, T1 : Les personnes : personnalité, incapacités, personnes morales*, PUF, 2000, 21e éd. refondue pour *« Les personnes »* ; 17e éd. refondue pour « Les incapacités ».

CATALA P., *Famille et patrimoine*, PUF, 2000.

CHAMPENOIS-MARMIER M-P. et FAUCHEUX M., *Le mariage et l'argent*, PUF, 1981.

CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif,* Montchrestien, 13e éd., 2008.

CICILE-DELFOSSE M-L., Le lien parental, LGDJ, 2003 (Préface F. TERRE).

COMMAILLE J., *Familles sans justice? Le droit et la justice face aux transformations de la famille,* Le Centurion, 1982.

CORNU G. et FOYER J., *Procédure civile*, PUF, 3e éd., 1996.

CORNU G., (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 10e éd., 2014.

CORNU G., *Droit civil, La famille*, Montchrestien, 9e éd., 2006.

CORNU G., *La réforme du divorce, Cours de DEA de droit privé*, 1979, vol. 2.

CORNU G., *Linguistique juridique,* Montchrestien, 3e éd., 2005.

COUCHEZ G. et LAGARDE X., *Procédure civile*, Sirey, 17e éd., 2014.

COURBE P. et GOUTTENOIRE A., *Droit de la famille*, Dalloz, 6e éd., 2013.

CROZE H., MOREL C. et FRADIN O., *Procédure civile- Manuel pédagogique et pratique*, Litec, 4e éd., 2008.

DEBBASCH C. et RICCI J-C., *Contentieux administratif*, Dalloz, 7e éd., 2001.

DELAPORTE-CARRE C., *L'articulation des institutions de protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Dalloz, 2008 (Préface D. GUTMANN).

DELHAY F., *La nature juridique de l'indivision- Contributions à l'étude des rapports de la notion d'indivision avec les notions de société civile et de personnalité morale*, LGDJ, 1968 (Préface J. PATARIN).

DELMAS-GOYON P., (dir.), *Le juge du XXIe siècle- Un citoyen acteur, une équipe de justice*, La documentation française, 2013.

DOUCHY-OUDOT M., *Procédure civile,* Gualino, 6e éd., 2014.

DUVERGIER J-B., *Lois, décrets, ordonnances, réglemens, avis du Conseil-d'état (1788-1830),* Tome premier, Imprimerie A. Guyot, Paris, 1834.

EGEA V., *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010 (Préface A. LEBORGNE).

FAGES B., *Droit des obligations*, LGDJ, 4e éd., 2013.

FAVIER Y. et FERRAND F., (dir.), *La justice des mineurs en Europe- Une question de spécialité ?* Stämpfli, Intersentia, 2011.

FLOUR J. et CHAMPENOIS G., *Les régimes matrimoniaux*, A. Colin, 2e éd., 2001.

FRANCOIS-LAUGIER M-C., *L'argent dans le couple et la famille*, Petite Bibliothèque Payot, 2007.

GARAPON A., PERDRIOLLE S., BERNABE B. et KADRI C., *La prudence et l'autorité- L'office du juge au XXIe siècle*, Rapport de l'IHEJ, 2013.

GAREIL L., *L'exercice de l'autorité parentale,* LGDJ, 2004 (Préface L. LEVENEUR).

GARNOT B., (dir.), *La justice et l'histoire- Sources judiciaires à l'époque moderne (XVIe, XVIIe, XVIIIe siècles)*, Bréal, 2006.

GRIMALDI M., (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz, 5e éd., 2015-2016.

GUINCHARD S., (dir.), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée,* La documentation française, 2008.

GUINCHARD S., CHAINAIS C. et FERRAND F., *Procédure civile- Droit interne et droit de l'Union européenne,* Dalloz, 31e éd., 2012.

GUINCHARD S., MONTAGNIER G., VARINARD A. et DEBARD T., *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 12e éd., 2013.

HAUSER J. et HUET-WEILLER D., *Traité de droit civil, La famille. Dissolution de la famille*, LGDJ, 1991.

HAUSER J. et HUET-WEILLER D., *Traité de droit civil, La famille. Fondation et vie de la famille,* LGDJ, 2e éd., 1993.

HERON J. et LE BARS T., *Droit judiciaire privé,* Montchrestien, 5e éd., 2012.

HILT P., *Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme,* PUAM, 2004 (Préface F. GRANET-LAMBRECHTS).

HUYETTE M., *Guide de la protection judiciaire de l'enfant*, Dunod, 4e éd., 2009.

JOBARD-BACHELLIER M-N., BACHELLIER X. et BUK LAMENT J., *La technique de cassation*, Dalloz, 8e éd., 2013.

JULIEN P. et FRICERO N., *Procédure civile,* LGDJ, 4e éd., 2011.

KIMMEL A., *Juge de l'autorité parentale : compétence et pouvoir*, Thèse. Toulouse I. dactyl., 1996.

LABBEE X., *Le droit commun du couple,* Presses Universitaires du Septentrion, 2e éd., 2010.

LEFEBVRE-TEILLARD A., *Introduction historique au droit des personnes et de la famille,* PUF, 1996.

LEMOULAND J-J., *Droit de la famille*, Ellipses, 2014.

LEVENEUR L., *Situations de fait et droit privé*, LGDJ, 1999 (Préface M. GOBERT).

LIENHARD C., *Le rôle du juge aux affaires matrimoniales*, Economica, 1985 (Préface D. HUET-WEILLER).

LINDON R. et BENABENT A., *Le droit du divorce,* Litec, 1984.

LIPINSKI P., *La liquidation dans le régime de la séparation de biens,* LGDJ, 2002 (Préface G. CHAMPENOIS).

MALAURIE Ph. et AYNES L., *Les régimes matrimoniaux*, Defrénois, 4e éd., 2013.

MALAURIE Ph. et FULCHIRON H., *La famille*, Defrénois, 4e éd., 2011.

MALAURIE Ph., *Les successions, les libéralités*, Defrénois, 5e éd., 2012.

MARSCHALL D., (dir.), *Les juridictions du XXIe siècle*, Rapport à Madame la garde des sceaux, ministre de la Justice, 2013.

MASSIP J., *Le nouveau droit du divorce*, Defrénois, 2005.

MASSIP J., *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009.

MAZEAUD H., L., J. et CHABAS F., *Leçons de droit civil, tome I, vol. 3, La famille*, 7e éd. Par L. LEVENEUR, Montchrestien, 1995.

MILLARD E., *Famille et droit public. Recherches sur la construction d'un objet juridique,* LGDJ, 1995 (Préface J-A. MAZERES).

MOTULSKY H., *Ecrits, Etudes et notes de procédure civile,* Dalloz, 2010.

MURAT P., (dir.), *Droit de la famille,* Dalloz, 6e éd, 2014-2015.

PERROT R., *Institutions judiciaires,* Montchrestien, 15e éd., 2012.

POMART C., *La magistrature familiale,* L'Harmattan, 2003 (Préface F. DEKEUWER-DEFOSSEZ).

REVEL J., *Les régimes matrimoniaux,* Dalloz, 6e éd., 2012.

ROYER J-P., JEAN J-P., DURAND B., DERASSE N. et DUBOIS B., *Histoire de la justice en France,* PUF, 4e éd., 2010.

SOLUS H. et PERROT R., *Droit judiciaire privé*, Sirey, t. 2, 1973.

STRICKLER Y., *Les biens,* PUF, 2006.

SZRAMKIEWICZ R., *Histoire du droit français de la famille,* Dalloz, 1995.

TERRE F. et FENOUILLET F., *La famille*, Dalloz, 8e éd., 2011.

TERRE F. et FENOUILLET F., *Les personnes.- Personnalité-Incapacité-Protection*, Dalloz, 8e éd., 2012.

TERRE F. et SIMLER Ph., *Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 6e éd., 2011.

THERY Ph., *Pouvoir juridictionnel et compétence*, Thèse dactyl., Paris II, 1981.

VASSEUR-LAMBRY F., La famille et la convention européenne des droits de l'homme, L'Harmattan, 2000 (Préface F. DEKEUWER-DEFOSSEZ).

VIAL G., *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, Dalloz, 2008 (Préface P. MURAT).

2. Articles et chroniques

ANTONINI-COCHIN L., Le paradoxe de la fidélité, *D.* 2005, Chron., p. 23.

ATIBACK A., L'intérêt de l'enfant dans les procédures d'assistance éducative, *Dr fam.,* 2006, Etude 18.

AUTEM D., La communication entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles, *LPA,* 2010, n° 121, p. 4.

AVENA-ROBARDET V., Nouveauté : la mesure judiciaire d'investigation éducative, *AJ fam.,* 2011, p. 126.

AZAVANT M., Décret du 17 décembre 2009 relatif à la procédure devant le Juge aux affaires familiales en matière de régimes matrimoniaux et d'indivisions, *Dr fam.,* 2010, Comm. 42.

BARBE E. et LA-MESTA M., Communication de pièces entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles, *AJ fam.,* 2009, p. 480.

BEN HADJ YAHIA S., *Rép. Civ.,* Dalloz, v° Concubinage (2010-Mise à jour 2013).

BENABENT A., Feue la filiation légitime, *Justice & Cassation*, Dalloz, 2011, p. 27.

BENOIST O., « Penser le pluralisme », in O. BENOIST, H. ISAR , (dir.), *Pluralismes, Pluralisme,* PUAM, 2011, p.11.

BERNIGAUD S., Les enjeux de la réforme de la protection de l'enfance, *Dr. fam.,* 2007, Etude 23.

BESSIERE C., MILLE M. et MINOC J., Face au contentieux de masse : les stratégies professionnelles des JAF, *JCP éd. G,* n°26, 27 juin 2011, 771.

BLANCHARD C., La SCI après le prononcé du divorce. Le droit des sociétés, *AJ fam.,* 2014, p. 229.

BLERY C., Articulation des contentieux: étude des propositions de la commission Guinchard en matière de compétence civile, *Procédures,* 2008, Etude 8.

BLERY C., Plaidoyer pour une simplification des règles internes de compétence en matière judiciaire, *Procédures*, 2008, Etude 3.

BLERY C., Répartition des compétences entre le tribunal de grande instance et le tribunal d'instance- A propos du décret du 29 décembre 2009, *JCP éd. G,* n° 5, 1er février 2010, 107.

BOLZE A., Les rapports patrimoniaux des couples en dehors de la communauté légale, *Dr. fam*., 2001, Chron., 5.

BONNET G., « Les comptes de l'indivision », in *L'indivision, Journée nationales. Tome VII/ Bordeaux*, Dalloz 2005.

BOSSE-PLATIERE H., *Rép. Civ.,* Dalloz, v° Actes de l'état civil (2010- Mise à jour 2012).

BOUIX A. et SLAMA S., La fabrique d'un infra-droit d'exclusion, *AJ fam.,* 2014, p. 84.

BRUGGEMAN M., Administration *ad hoc* du mineur : reddition sans condition de la Cour de cassation, *Dr. fam.,* 2006, Etude 28.

BRUGGEMAN M., Procédure familiale : une coopération nouvelle entre les juges du mineur ? *Dr fam.,* 2009, Alerte 39.

BUAT-MENARD E., Le partage du régime matrimonial devant le Juge aux affaires familiales: état des lieux au lendemain d'une réforme, *AJ fam.*, 2010, p. 157.

BUAT-MENARD E., Pouvoirs liquidatifs du juge du divorce : suite ou fin d'un imbroglio procédural ? *AJ fam.,* 2012, p. 607.

CADIET L., « A la recherche du juge de la famille », in M-T. MEULDERS-KLEIN (dir.), *Familles et Justice,* Bruylant (Bruxelles) et LGDJ (Paris), 1997, p. 235.

CADIET L., « Le juge unique en question » in C. BOLZE, Ph. PEDROT, *Les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux?*, Dalloz, 1996, p. 5.

CADIET L., « Les métamorphoses de la juridiction familiale », in *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Economica, 1995, p. 33.

CALLU M-F., « Les rapports personnels entre époux », in R. NERSON (dir.), *Mariage et famille en question,* CNRS, 1979, t. 2, p. 5.

CARBONNIER I., *JCl Civil code,* « Art 371 à 387 », v° Fasc. 10, « Autorité parentale.- Exercice de l'autorité parentale » (2012-Mise à jour 2013).

CARBONNIER J., « Préface » in A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 1997, p. 13.

CARIO R., « L'enfant exposé aux violences familiales : contextualisation », in R. CARIO (dir.), *L'enfant exposé aux violences familiales- Vers un statut spécifique ?,* L'harmattan, 2012, p. 11.

CARON-DEGLISE A., La loi du 12 mai 2009 modifie les règles de procédure applicables au droit des personnes et de la famille, *RJPF*, juillet-août 2009, p. 12.

CASEY J., L'article 267 du Code civil : d'une symphonie inachevée à une symphonie fantastique, *Gaz. Pal.,* 28 mai 2011, n° 148, p. 7.

CASEY J., Le JAF liquidateur: quel rôle pour l'avocat? *AJ fam.,* 2010, p. 163.

CASEY J., Liquidation et pouvoirs du JAF : une circulaire discrète mais ferme !, *Gaz. Pal.,* 11 septembre 2010, n° 254, p. 7.

CASEY J., Procédure de divorce et liquidation du régime matrimonial.- Le divorce de la raison et du possible ?, *Dr. Fam.*, 2008, Etude 1.

CASTAGNE S., Mariage, PACS, concubinage- Analyse comparative, *JCP éd. N,* 2008, Etude 1325.

CASTELLA C., L'échange d'informations entre le juge des enfants et le juge aux affaires familiales, *AJ fam.,* 2013, p. 475.

CATALA P., « L'indivision entre époux » in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud,* Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 185.

CHABOT G., *Rép. Proc. civ.,* Dalloz, v° Tribunal d'instance (organisation et compétence civile) (2013).

CHAILLOU P., Le juge des enfants est-il compétent pour statuer sur le droit de visite des grands parents ou de tiers dans le cadre de la procédure d'assistance éducative ? *AJ fam,* 2007, p. 222.

CHAPUS R., « Qu'est ce qu'une juridiction? La réponse de la juridiction administrative » in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 265.

CHAUVET E., « Le point de vue du juge des enfants » in C. ALBIGES (dir.), *L'autorité parentale et ses juges,* Litec, 2004, p. 129.

CHAZAL J-P., « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Etudes de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 279.

CHEYNET DE BEAUPRE A., « Homme et femme il les créa », Retours sur l'égalité dans le droit de la famille, *D.* 2008, Chron., p. 1216.

CHOUK A., Compétence et organisation des juridictions, *AJ fam.,* 2010, p. 420.

CICILE-DELFOSSE M-L., Plaidoyer pour le rétablissement du changement judiciaire du nom de famille, *Dr. fam.,* 2014, Etude 11.

COMBRET J. et BAILLON-WIRTZ N., Liquidation et partage après divorce : une réforme urgente *s'impose, Dr. fam.,* 2013, Etude 6.

COMMAILLE J., « Les formes de justice comme régulation de la famille, questions sociologiques posées par les tribunaux de famille sous la Révolution française » in I. THERY, C. BIET (dir.), *La Famille, la loi, l'Etat*, Imprimerie nationale Editions, 1989, p. 274.

COQUEMA J-M. et BARTHELET Ch., Analyse comparée de la nature juridique du mariage, du PACS et du concubinage, *JCP éd. N,* n° 11, 19 mars 2010, 1127.

CORPART I., *Rép. Civ.,* Dalloz, v° Emancipation, (2007- Mise à jour 2010).

COUZIGOU-SUHAS N. et LE LEVIER Y., Les habilitations judiciaires entre époux: une figure libre d'assistance a la personne vulnérable à promouvoir, *AJ fam.,* 2006 p. 198.

COUZIGOU-SUHAS N., Elaboration d'un canevas liquidatif de règlement de régime matrimonial: rappel de quelques principes, *AJ fam.*, 2002, p. 294.

CREMONT G., Divorce: techniques et difficultés du partage amiable, *Defr.*, 1999, p. 321.

CRESP M., Le droit des personnes et de la famille de demain : un droit sans juge ? *AJ fam.,* 2014, p. 107.

CROZE H., « L'intervention judiciaire dans la famille », in R. NERSON (dir.), *Mariage et famille en question,* CNRS, 1979, t. 2, p. 171.

CROZE H., Les (non-) conséquences procédurales du pacte civil de solidarité, *Procédures*, 2000, Chron., 2.

DAVID S. et ROTH C., La liquidation du régime matrimonial dans le divorce par consentement mutuel, *AJ fam.*, 2010, p. 167.

DEISS A., Le juge des enfants et la santé des mineurs, *JCP éd. G,* 1983, I, 3125.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F., « La simplification du droit de la filiation, modèle d'une simplification du droit de la famille », in J. POUSSON, F. RUEDA (dir.), *Qu'en est- il de la simplification du droit ? Actes du colloque des 26 et 27 novembre 2009*, LGDJ, Presses de l'Université Toulouse I Capitole, 2010, p. 291.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F., Le nouveau droit de la filiation : pas si simple !, *RLDC,* novembre 2005, p. 34.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F., Les aspects civils de la loi relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, *RLDC*, octobre 2010, p. 43.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F., PACS et famille- Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé, RTD*Civ.,* 2001, p. 529.

DESDEVISES Y., *JCl Proc. civ.,* v° Fasc. 126-7, « Demande en justice- Demandes incidentes » (2011).

DESLOGES P., La compétence du juge des enfants en matière de réglementation du droit de visite, *AJ fam.,* 2010, p. 530.

DESPRES I., « La compétence du juge aux affaires familiales : quelques problèmes de technique législative» in *Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Litec, Dalloz, 2006, p. 85.

DOUCHY-OUDOT M., Quelle protection contre les violences au sein des couples ? *Procédures*, 2010, Etude 9.

DOUCHY-OUDOT M., *Rép. Proc. civ.,* Dalloz*,* v° Compétence (2010-Mise à jour 2014).

DOUCHY-OUDOT M., *Rép. Proc. civ.*, Dalloz, v° Demande reconventionnelle (2013).

DOUCHY-OUDOT M., *Rép. Proc. civ.,* Dalloz, v° Filiation (2010).

DURAND E., La vie de l'enfant après la séparation des parents- Illustrations concrètes par un juge des enfants, *AJ fam.,* 2010, p. 18.

EISENMANN C., Sur la compétence des juridictions, *D.* 1948, Chron., p. 49.

EMANE A., Les créances entre époux, *JCP éd. N,* 1994 Doc., p. 309.

ESCHYLLE J-F. et HUYETTE M., *JCl Civil code*, « Art. 371 à 387 », v° Fasc. 21, « Autorité parentale.- Assistance éducative.- Modalités- Effets» (2009 -Mise à jour 2011).

ESCHYLLE J-F. et HUYETTE M., *JCl Civil code,* « Art 371 à 387 », v° Fasc. 20, « Autorité parentale.- Assistance éducative.- Champ d'application. Conditions » (2008-Mise à jour 2010).

ETIEMBLE A., Les mineurs isolés étrangers en France, *Migrations Etudes*, 2002, n°109, p. 1.

EUDIER F., Un décret organise la communication des pièces entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles, *RJPF,* juillet-août 2009, p. 23.

FARGE M., Le mieux est-il l'ennemi du bien ? A propos de la représentation des mineurs isolés placés en zone d'attente, *Dr. fam.,* 2006, Etude 34.

FAVIER Y., « Avant propos » in Y. FAVIER, F. FERRAND (dir.,) ; *La justice des mineurs en Europe, une question de spécialité ?,* Intersentia, 2011.

FOLLIOT M., Fallait-il réformer les mesures d'investigation ? Point de vue des professionnels du secteur associatif, *AJ fam.*, 2013, p. 478.

FOSSIER T., « Le pacte civil de solidarité et le tribunal » in *Etudes offertes à J. RUBELLIN-DEVICHI, Des concubinages- Droit interne- Droit international- Droit comparé*, Litec, 2002, p. 107.

FOSSIER T., Le réseau famille, *AJ fam.,* 2008, p. 319.

FRICERO N., A nouvelles familles, nouvelle justice..., *AJ fam.*, 2008, p. 316.

FRICERO N., Protection des victimes au sein des couples : le cadre procédural, *RJPF,* novembre 2010, p. 8.

GABORIAU S., Ombre et lumière, *AJ fam.*, 2008, p. 334.

GAYET J-C., Le coût des enquêtes sociales, des expertises et l'impact sur leur qualité, *AJ fam.,* 2013, p. 471.

GEBLER L., Approche comparée des procédures familiales impliquant l'enfant mineur : juge aux affaires familiales, juge des enfants et juge des tutelles, *AJ fam.,* 2009, p. 477.

GEBLER L., L'enfant et ses juges- Approche transversale des procédures familiales, *AJ fam.,* 2007, p. 390.

GEBLER L., La coparentalité à l'épreuve de la séparation : aspects pratiques, *AJ fam.,* 2009, p. 150.

GEBLER L., La place de l'investigation dans le processus de décision en matière familiale : approche comparée des procédures familiale, *AJ fam.,* 2013, p. 468.

GEBLER L., La problématique du mineur isolé étranger pour le juge des enfants, *AJ fam.,* 2014, p. 90.

GEBLER L., Le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et les grands parents : aspects procéduraux, *AJ fam.,* 2008, p. 144.

GEBLER L., Le nouveau bloc de compétence du juge aux affaires familiales, *AJ fam.,* 2009, p. 256.

GEBLER L., Les points « rencontre », *AJ fam.,* 2013, p. 171.

GIL G., Mésentente conjugale et droit des sociétés, *RJPF*, janvier 2011, p. 8.

GOFFAUX G., Liquidation de la communauté et fixation de la prestation compensatoire, *Dr fam*., 2001, Chron., 1.

GOHIN O., Qu'est ce qu'une juridiction pour le juge français ? *Droits*, 1989, n°9, p. 93.

GOUTTENOIRE A. et FULCHIRON H., *Rép. Civ.,* Dalloz, *v°* Autorité parentale (2012-Mise à jour 2014).

GOUTTENOIRE A., L'enfant dans les procédures judiciaires : un statut en devenir, *AJ fam*., 2003, p. 368.

GOUTTENOIRE A., La prise en compte des violences dans le cadre de l'autorité parentale, *AJ fam.,* 2010, p. 518.

GOUTTENOIRE A., Le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses grands-parents, *AJ fam.,* 2008, p. 138.

GOUTTENOIRE A., *Rép. Proc. civ.,* Dalloz, v° Mineurs (2010-Mise à jour 2012).

GOUTTENOIRE-CORNUT A. et MURAT P., L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant, *Dr. fam.,* 2003, Chron., 1.

GOUTTENOIRE-CORNUT A., « Responsabilité civile et rupture unilatérale du concubinage », in *Etudes offertes à J. RUBELLIN-DEVICHI, Des concubinages- Droit interne- Droit international- Droit comparé*, Litec, 2002, p. 257.

GRANET- LAMBRECHTS F., L'établissement non contentieux de la filiation, *AJ fam.,* 2005, p. 427.

GRANET-LAMBRECHTS F., « Rapport introductif » in C. ALBIGES (dir.), *L'autorité parentale et ses juges,* Litec, 2004, p. 3.

GRANET-LAMBRECHTS F., *JCl Civil code,* « Art 318 à 324 », v° Fasc. unique, « Actions relatives à la filiation. Dispositions générales », (2011-Mise à jour 2013).

GRIDEL J-P., « Regards sur le juge aux affaires familiales », in *Etudes offertes à Pierre Catala: Le droit privé français à la fin du XX^e^ siècle*, Litec, 2001, p. 207.

GRIDEL J-P., «Le juge aux affaires familiales» in C. BOLZE, Ph. PEDROT, *Les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux?* Dalloz, 1996, p. 53.

GRIMALDI M., Le sort du logement après le décès, *Gaz. Pal.*, 20 septembre 2007, n° 263, p. 13.

GROSLIERE J-C., Le juge aux affaires matrimoniales (ou l'homme-orchestre du divorce), *D.* 1976, Chron., p. 73.

GRUA F., Les divisions du droit, RTD*Civ.,* 1993, p. 59.

GUTMANN D., « L'objectif de simplification du langage législatif », in N. MOLFESSIS, *Les mots de la loi*, Economica, 1999, p. 73.

HALPERIN J-L., « La composition des tribunaux de famille sous la Révolution ou « les juristes, comment s'en débarrasser? » » *in* I. THERY, C. BIET (dir.), *La Famille, la loi, l'Etat*, Imprimerie nationale Editions, 1989, p. 292.

HAUSER J., « La loi, le juge et la volonté dans les réformes de droit de la famille » in *Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Litec et Dalloz, 2006, p. 155.

HAUSER J., « Le contentieux familial en France : la forme et le fond », in M-T. MEULDERS-KLEIN (dir.), *Familles et Justice,* Bruylant (Bruxelles) et LGDJ (Paris), 1997, p. 87.

HAUSER J., Compétence tutélaire : la pétaudière normative ! (circ. du 4 août 2009, n° SJ-09-276- AB1/040809), RTD*Civ.,* 2009, p. 700.

HAUSER J., Des filiations à la filiation, *RJPF,* septembre 2005, p. 6

HAUSER J., *JCl Civil code*, « Art. 311-19 et 311-20 », v° Fasc. unique, « Filiation.- Identification génétique- Procréation médicalement assistée » (2006- Mise à jour 2013).

HAUSER J., Unification procédurale et unification fondamentale, *Les personnes et la famille, Bulletin du CERFAP*, mai 2012, n° 13.

HERAIL J., *JCl,* Liquidation-partage, Fasc. 220 : « Divorce.- Divorce par consentement mutuel.- Convention réglant les conséquences du divorce » (2005-Mise à jour 2014).

HILT P., Les créances au sein du couple : des créances ordinaires ? *AJ fam.,* 2006, p. 231.

HILT P., Preuves en droit de la famille : la preuve de l'existence d'un couple, *AJ fam.,* 2007, p. 452.

KARSENTY D., L'apparition des nouveaux droits fondamentaux de procédure en matière de mise en état , *JCP éd. G,* 2007, I, 160.

KIMMEL-ALCOVER A., L'assistance éducative et les parents du mineur : entre confiance et défiance, *RDSS*, 2013, p. 132.

KORNPROBST M., *Rép. Civ.*, Dalloz, v° Aliments (2005- Mise à jour 2012).

KROSS J-C., De «L'homme orchestre» au « virtuose»? Ou les impressions subjectives de lecture de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993, *Gaz. Pal.,* 1993, Doc. p. 1154.

LA MESTA M., LEBORGNE J. et BARBE E., Communication de pièces entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles- Présentation du décret n° 2009-398 du 10 avril 2009, *AJ fam.,* 2009, p. 216.

LABBEE X., L'aide matérielle a-t-elle un caractère alimentaire ?, *JCP éd. G, 2008,* I, 197.

LABBEE X., La judiciarisation du PACS et du concubinage, *D.* 2009, p. 2053.

LABBEE X., Le PACS et le rapport Guinchard, *D.* 2008, p. 2354.

LABBEE X., Reconstruire la famille : le droit commun du couple, *LPA,* 20 décembre 2007, n° 254, p. 4.

LABRUSSE-RIOU C., *Rép. Civ.*, Dalloz, v° Filiation (1e généralités) (2009-Mise à jour 2012).

LAFOND J., L'autorisation judiciaire de vendre un bien indivis (C. civ., art. 815-5-1 nouveau), *JCP éd. N,* n° 21, 21 mai 2009, 1180.

LAMARCHE M. et LEMOULAND J-J., *Rép. Civ.*, Dalloz, v° Mariage (4e effets) (2014).

LAMARCHE M., Exemples de droit de la famille pour un cours d'introduction générale du droit : n'appliquons pas la loi ! *Dr. fam.,* 2009, Focus 67.

LAMARCHE M., Mineurs isolés étrangers en France : quand l'intérêt supérieur de l'enfant doit être mis en pratique, *Dr. fam.,* 2010, Alerte 35.

LARRIBAU-TERNERYRE V., La fronde à la circulaire confirmée concernant les pouvoirs liquidatifs du JAF*, Dr. fam.,* 2012, Comm. 179.

LARRIBAU-TERNEYRE V. et AZAVANT M., *Rép. Proc. civ.,* Dalloz, v° Administration légale et tutelle (2012).

LARRIBAU-TERNEYRE V., Infortune et regrets (à propos de la loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures: suite...), *Dr fam.*, 2009, Etude 33.

LARRIBAU-TERNEYRE V., *JCl Civil code*, v° Fasc 5, « Art 266 à 285-1 », (2006 – Mise à jour 2010).

LARRIBAU-TERNEYRE V., Le juge aux affaires familiales (commentaire de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 instituant le juge aux affaires familiales et du décret d'application n°94-42 du 14 janvier 1994), *ALD*, 1994, p. 141.

LARRIBAU-TERNEYRE V., Le juge aux affaires familiales devient le juge des intérêts patrimoniaux des concubins et des partenaires, *Dr fam.,* 2009, Comm. 66.

LARRIBAU-TERNEYRE V., Les apports de la loi du 12 mai 2009 de simplification du droit sur le contentieux familial et le droit des personnes et de la famille, *Dr fam.,* 2009, Etude 29.

LARRIBAU-TERNEYRE V., Les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales : cadrage ou verrouillage ? (à propos de la circulaire du 16. 06 .2010 (n° civ/10/10) ayant pour objet la présentation de l'article 14 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 et du décret n° 2009-1591 du 17 décembre 2009), *Dr. fam.,* 2011, Etude 5

LARRIBAU-TERNEYRE V., Opérations de liquidation après divorce: précisions, *Dr fam.*, 2010, Etude 3.

LARRIBAU-TERNEYRE V., Quand le décret du 10 avril 2009 organise la circulation de l'information entre le juge des enfants, le juge aux affaires familiales et le juge des tutelles, *Dr fam.,* 2009, Repère 5.

LARRIBAU-TERNEYRE V., *Rép. Proc. civ.,* Dalloz, v° Autorité parentale (2005- Mise à jour 2013).

LAZIMI G., Enfants exposés aux violences dans le couple, *La revue du praticien Médecine Générale*, Tome 24, n° 851, du 29 novembre au 3 décembre 2010, p. 852.

LE BARS T., «Juge unique/collégialité», in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 683.

LE BATTEUR A., L'indemnité d'occupation et la jouissance exclusive d'un bien indivis par un époux pendant la procédure de divorce, *Dr. fam.,* 2001, Chron., 14.

LECUYER H., « Rapport de synthèse », in C. ALBIGES (dir.), *L'autorité parentale et ses juges*, Litec, 2004, p. 153.

LEMOULAND J-J., Le couple en droit civil, *Dr. Fam.,* 2003, Chron., 22.

LEMOULAND J-J., *Rép. Civ.,* Dalloz, v° Famille (2005- Mise à jour 2013).

LEPROVAUX J., L'avenir de la présomption de paternité entre égalité des filiations et égalité des couples, *RJPF*, février 2008, p. 8.

LIENHARD C., « La nouvelle part des acteurs de la justice familiale » in *Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Litec, Dalloz, 2006, p. 201.

LIENHARD C., Les nouvelles actions dont le juge aux affaires familiales peut être saisi en matière d'autorité parentale, *AJ fam.,* 2002, p.128.

LIENHARD C., *Rép. Proc. civ.*, Dalloz, v° Juge aux affaires familiales (2011).

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

MAIZY M-B., Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 : extension des attributions du juge aux affaires familiales et nécessaire réorganisation en juridiction, *AJ fam.,* 2010, p. 106.

MARIENBURG-WACHSMANN A., Protection de la personne de l'enfant contre ses parents, *AJ fam,* 2007, p. 81.

MASSIP J., Les modifications apportées au droit de la famille par la loi du 8 janvier 1993, *Gaz. Pal.,* 1993, II, Doct. p. 1120.

MASSIP J., Les nouvelles attributions du juge aux affaires familiales en matière de régimes matrimoniaux et d'indivision, *JCP éd. N*, 2011, Etude 1086.

MATUTANO E., Les normes du couple, un droit positif fragmenté pour un concept socialement uniforme, *R. R. J.,* PUAM, 2011-3, p. 1299.

MAUGAIN G., Les nouvelles attributions du juge aux affaires familiales et leurs répercussions, *Droit et procédures,* 2011, n° 1, p. 8.

MAUGIER-VIELPEAU L., Le nouvel article 267-1 du Code civil- Une modification de la procédure de divorce passée inaperçue, *JCP éd. N,* 2009, Actu 699.

MAURY F., Brèves réflexions sur la liquidation d'une indivision après rupture d'un concubinage, *D*. 2002, p. 1581.

MEULDERS-KLEIN M-T., «Famille», in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 511.

MIGUET J., *JCl Proc. civ.,* v° Fasc. 214-5, «Tribunal de grande instance- Juge aux affaires familiales», (1993- Mise à jour 1999).

MIRABAIL S., Les différents rôles de la possession d'état en matière de filiation, *Dr. fam.,* 2014, Etude 2.

MIRABAIL S., Repenser l'action à fins de subsides, *Dr. fam.,* 2011, Etude 19.

MURAT P., L'action de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la possession d'état, *Dr fam.,* 2006, Etude 5.

MURAT P., La participation de l'enfant aux procédures relatives à l'autorité parentale. : bref regard sur la diversité des situations, *Dr. fam.,* 2006, Etude 31.

MUZNY P., « Approches théoriques du pluralisme », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, p. 14.

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

NAUDIN E., « Du Code civil au Code de procédure civile : la procédure de changement de régime matrimonial et les tiers » in *Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr, De code en code*, Dalloz, 2009, p. 561.

NEIRINCK C. et BRUGGEMAN M., Les aménagements consensuels que les couples appliquent à leur rupture sont-ils d'essence contractuelle ? *R. R. J.*, PUAM, 2009-1, p. 93.

NEIRINCK C., *JCl Civil code*, « Art. 371 à 387 », v° Fasc. 40, « Autorité parentale- retrait » (2010).

NEIRINCK C., La dualité de régime de l'administrateur ad hoc des mineurs, *JCP éd. G,* 2000, I, 228.

NEIRINCK C., Le couple et la contractualisation de la rupture, *R. R. J.,* PUAM, 2009-1, p. 107.

NEIRINCK C., *Rép. Civ.,* Dalloz, v° Enfance (2008-Mise à jour 2013).

NORMAND J., « Droit judiciaire de la famille et contrat », in D. FENOUILLET, P. De VAREILLES-SOMMIERES (dir.), *La contractualisation de la famille*, p. 211.

PAILLET M., « Le juge administratif, juge unique », in C. BOLZE, Ph. PEDROT, *Les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux?* Dalloz, 1996, p. 93.

PARCHEMINAL H., Le Juge aux affaires familiales. Nouveau juge des conflits familiaux (loi n° 93-22, 8 janvier 1993), *JCP éd. G,* 1994, I, 3762.

PECAUT-RIVOLIER L., La réforme des tutelles : suite et… fin ?, *AJ fam.,* 2010, p. 72.

PERINET-MARQUET H., « Le juge et l'indivision », in Association H. CAPITANT, *L'indivision,* Journées nationales, Tome VII Bordeaux, Dalloz, 2005, p. 15.

PERROT R., « Préface », in M-T. MEULDERS-KLEIN (dir.), *Familles et Justice,* Bruylant (Bruxelles) et LGDJ (Paris), 1997, p. 15.

PHILIPPE C., Régimes matrimoniaux et altérations des facultés mentales, *Dr. fam.,* 2006, Etude 24.

PIERRE-MAURICE S., Référé et référé en la forme devant le JAF, *AJ fam.,* 2013, p. 481.

POIVEY-LECLERCQ H., Le droit de la famille après la loi n°2009-526 du 12 mai 2009, *RJPF*, juillet-août 2009, p. 8.

POIVEY-LECLERCQ H., Un nouveau juge délégué aux affaires familiales, *AJ fam.*, 2008, p. 321.

POMART-NOMDEDEO C., Volte-face législative, ou chronique de la mort annoncée du principe de survie du couple parental au-delà du couple conjugal, *LPA,* 2011, n° 108, p. 8.

POUSSON-PETIT J. et RUEDA F., « Préface » in J. POUSSON, F. RUEDA, *Qu'en est-il de la simplification du droit ? Actes du colloque des 26 et 27 novembre 2009*, LGDJ, Presses de l'Université Toulouse I Capitole, 2010, p. 11.

PROTHAIS A., Le droit commun palliant l'imprévoyance des concubins dans leurs relations pécuniaires entre eux, *JCP éd. G,* 1990, I, 1440.

RAYMOND G. et CICILE-DELFOSSE M-L., *JCl Civil code*, « Art. 143 à 147 », v° Fasc. 10, « Mariage.- Les conditions à réunir dans la personne des époux » (2014).

RAYMOND G., De la réalité de l'absence de couple parental à la fiction de l'unité du couple parental. Commentaire de la loi n°87-570 du 22 juillet 1987, *JCP éd. G,* 1987, I, 3299.

RAYMOND G., *Rép. Civ.,* Dalloz, v° Assistance éducative, (2010-Mise à jour 2014).

RAYMOND G., *Rép. Civ.,* Dalloz, v° Administration légale et tutelle, (2009-Mise à jour 2013).

REDON M., Délinquance sexuelle et autorité parentale : une réforme attendue, *AJ Pénal*, 2006, p. 34.

REXAND-POURIAS N., Les relations entre grands-parents et petits-enfants depuis la loi du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale, *JCP éd. G,* 2003, 1, 100.

RIVIER M-C., « Juridiction » in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice,* PUF, 2004, p. 702.

ROTH C., Droit de visite et d'hébergement des grands-parents : pour deux réformes textuelles, *AJ fam.,* 2010, p. 430.

ROTH C., Du jugement de divorce à l'introduction de l'instance en partage: clarifications sur un entre-deux parajudiciaire, *AJ fam.,* 2010, p. 154.

SACE J., « Rapport général », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille*, Tome 34, Economica, 1988, p. 597.

SALVAGE-GEREST P., *JCl Civil code*, « Art. 389 à 393 », v° Fasc. 10, « Minorité- Cas d'ouverture des différents régimes », (2008-Mise à jour 2010).

SALVAGE-GEREST P., *JCl Proc. civ.,* v° Fasc. 925, « Filiation et subsides », (2007).

SALVAGE-GEREST P., *JCl Proc. civ.,* v° Fasc. 935, « Autorité parentale », (2007-Mise à jour 2012).

SALVAGE-GEREST P., Le juge des affaires familiales (De L'homme orchestre du divorce à l'homme orchestre de l'autorité parentale), *Dr. Fam*., 2003, Chron., 12.

SAUTEL O., « L'autorité parentale et le juge des enfants,» in C. ALBIGES (dir.), *L'autorité parentale et ses juges*, Litec 2004, p. 91.

SAUVAGE F., Le rôle du notaire dans la mise en œuvre de la vente du bien indivis à la demande des indivisaires majoritaires*, AJ fam.,* 2010, p. 309.

SEMERE T., L'administration de l'indivision, *AJ fam.,* 2010, p. 304.

SERIAUX A., La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris, *RTDCiv.*, 1997, p. 53.

Service des Droits des Femmes et de l'Egalité, Observatoire National de l'Enfance en danger, *Les enfants exposés aux violences au sein du couple, quelles recommandations pour les pouvoirs publics ?*, 2008.

SIMLER Ph. et HILT P., Le nouveau visage du PACS : un quasi mariage, *JCP éd. G,* 2006, I, 161.

SIMLER Ph., La notion de garde de l'enfant (Sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale), RTD*Civ.,* 1972, p. 685.

SLOBODANSKY C., Une nouvelle répartition des contentieux pour une justice apaisée (A propos de la remise du rapport de la commission Guinchard sur la répartition des contentieux), *LPA*, 2008, n°144, p. 4.

SOLUS H., Considérations sur la compétence des juridictions, *D.* 1949, Chron., p. 156.

STORCK M., *JCl Civil code*, « Art. 1536 à 1543 », v° Fasc. 20, « Séparation de biens- Gestion des patrimoines des époux. Dissolution- Liquidation du régime » (2012- Mise à jour 2014).

TERRE F., « Au cœur du droit, le conflit », in W. BARANES, M-A, FRISON-ROCHE (dir.), *La justice- L'obligation impossible*, Autrement, 1994, p. 100.

TESTU F-X., *Rép. Civ.,* Dalloz, v° Indivision (1997- Mise à jour 2010).

THERY I., « Les désarrois du démariage » in H-P. JEUDY (dir.), *Tout négocier- Masques et vertiges des compromis*, Autrement, 1996, p. 75.

THERY Ph., « Compétence », in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique,* 2003, p. 247.

TISSERAND-MARTIN A., « La protection légale du logement familial : modèle pour un droit commun des couples ? », *in Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr, De code en code*, Dalloz, 2009, p. 829.

TRAVADE-LANNOY S., La SCI et le prononcé du divorce- Les pouvoirs du juge du divorce, *AJ fam.,* 2014, p. 226.

VAN DE KERCHOVE M., « Rien n'est simple, tout se complique. La complexité, limite à la simplification du droit » in J. POUSSON, F. RUEDA (dir.), *Qu'en est- il de la simplification du droit ? Actes du colloque des 26 et 27 novembre 2009, LGDJ*, Presses de l'Université Toulouse I Capitole, 2010, p. 105.

VARAUT J-M., « Indépendance », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice,* PUF, 2004, p. 622.

VAREILLE B., « L'indivision et les couples » in Association H. CAPITANT, *L'indivision,* Journées nationales, Tome VII Bordeaux, Dalloz, 2005, p. 1.

VUITTON X., *JCl Proc. civ.,* v° Fasc. 214-5, «Tribunal de grande instance- Juge aux affaires familiales», (2013).

WACHSMANN P., « Pluralisme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008, p. 769.

WATINE-DROUIN C., « Du juge aux affaires matrimoniales au juge aux affaires familiales », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot: Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs?*, Dalloz, 1995, p. 557.

WATINE-DROUIN C., *JCl Civil code*, « Art. 388-1 et 388-2 », v° Fasc. unique, « Minorité.- Audition du mineur en justice.- Défense de ses intérêts » (2009- Mise à jour 2011).

WIEDERKEHR G., « Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires » *in Etudes à la mémoire du professeur Alfred RIEG, Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Bruylant (Bruxelles), 2000, p. 883.

WIEDERKEHR G., « Qu'est ce qu'un juge? » in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot: Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs?*, Dalloz, 1996, p. 575.

3. Jurisprudence

ABADIE L.,
Cass., 1e civ., 20 mars 2013, *Dr. fam.,* 2013, Comm. 97.

AUROY N.,
Cass., 1e civ., 9 juin 2010, *D.* 2010, p. 2092.

AUTEM D.,
Cass., 1e civ., 9 juin 2010, *LPA,* 2011, n° 107, p. 17.

BEIGNIER B.,
Cass., 1e civ., 9 décembre 2003, *Dr. fam.,* 2004, Comm. 40.

BENABENT A.,
CA Paris, 10 juillet 1985, *D.* 1986, I. R, p. 109.

BERNIGAUD S.,
Cass., 1e civ., 23 février 1994, *JCP éd. G,* 1994, II, 22341.

BLANC A-M.,
Cass., 1e civ., 22 octobre 2002, *RJPF,* février 2003, p. 23.

BINET J-R.,
CA Lyon, 2 juillet 2013, *Dr. Fam.,* 2013, Comm. 132.

BOICHE A.,
Cass., 1e civ., 20 mars 2013, *AJ fam.,* 2013, p. 388.

BOULOUIS J. et CHEVALLIER R-M.,
CJCE, 30 juillet 1966, VAASEN GÖBBELS, *Grands arrêts de la cour de justice des communautés européennes*, t.1, Dalloz, 6e éd., 1994, p. 111.

BREMOND V.,
Cass., 1e civ., 4 juin 2009, *JCP éd. N*, n° 45, 6 novembre, 2009, 1304.

BRENNER C.,
Cass., 1e civ., 12 avril 2012, *D.* 2012, p. 2011.

BRETON A.,
Cass., 1e civ., 7 juin 1988, *D.* 1989, Juris., p. 141.

BRUGGEMAN M.,
Cass., 1e civ., 25 mars 2009, *RDSS*, 2009, p. 550.

BUAT-MENARD E.,
Cass., 1e civ., 7 novembre 2012, n° 11-10449, *AJ fam.,* 2013, p. 57.

BUGADA A.,
TGI Marseille, ordonnance du juge aux affaires familiales 9 mars 2000, *JCP éd. G,* 2001, II, 10590.

CASEY J.,
Cass., 1e civ., 12 avril 2012, *Gaz. Pal.,* 23 juin 2012, n° 175, p. 7.

CHAMPENOIS G.,
Cass., 1e civ., 11 décembre 2001, *Defr.,* 2002, p. 401.

CHENEDE F.,
Cass., 1e civ., 6 février 2008, *AJ fam.,* 2008, p. 166.
Cass., 1e civ., 4 juillet 2007, *AJ fam.,* 2007, p. 362.
Cass., 1e civ., 28 novembre 2006, *AJ fam,* 2007, p. 33.
CA Paris, 1er juillet 2004, *AJ fam.,* 2004, p. 457.

CORPART I.,
Cass., avis, 24 mars 2014, *RJPF*, juin 2014, p. 31.

TGI Lille, 3e ch., 21 février 2006, *Dr fam.,* 2006, Comm. 141.

CROZE H.,
TGI Agen, JAF, 17 avril 1997, *Dr. fam.,* 1998, Comm. 5.

DAVID S.,
Cass., 1e civ., 12 avril 2012, *AJ fam.,* 2012, p. 403.
Cass., 1e civ., 1 juillet 2009, *AJ fam.*, 2009, p. 400.
Cass., 1e civ., 22 mars 2005, *AJ fam.*, 2005, p. 232.

DESNOYER C.,
Cass., crim., 28 février 1996, *D.* 1997, Somm. p. 280.

DEVERS A.,
Cass., avis, 26 juin 2006, *Dr fam.,* 2006, Comm., 179.

DOUCHY-OUDOT M.,
Cass., 1e civ., 7 novembre 2012, n° 12-17394, *Procédures*, 2013, Comm. 19.
Cass., 1e civ., 7 novembre 2012, n° 11-17377, *Procédures*, 2013, Comm. 19.
Cass., 1e civ., 7 novembre 2012, n° 11-10449, *Procédures*, 2013, Comm. 19.
Cass., avis, 1er mars 2004, *D.* 2005, p. 1826.
Cass., 1e civ., 17 octobre 2007, *Procédures,* 2008, Comm. 50.
Cass., 1e civ., 11 juillet 2006, *D.* 2007, p. 2693.
Cass., 1e civ., 14 novembre 2007, *Procédures* 2008, Comm. 47.

DOURIS M.,
CA Aix-en-Provence, 1er juin 2012, *AJ fam.,* 2013, p. 177.
CA d'Aix en Provence, Chambre spéciale des mineurs, 28 octobre 2011, *LPA*, 2012, n° 195, p. 5.

DURAND E.,
Cass, 1e civ., 9 juin 2010, *AJ fam* 2010, p. 325.

DUTHEILLET DE LAMOTHE O.,
Concl. sous
CE 21 février 1968, Ordre des avocats à la Cour de Paris et autres, *D.* 1968, p. 223.

EUDIER F.,
Cass., 1e civ., 9 juin 2010, *RJPF*, octobre 10, p. 28.
Cass., 1e civ., 14 novembre 2007, *RJPF*, février 2008, p. 25.
Cass., 1e civ., 11 juillet 2006, *RJPF,* décembre 2006, p. 20.

FAGES B.,
CA Paris, 11 janvier 2000, *RJPF,* mai 2000, p. 16.

FAVIER Y.,
CA Paris, 24e ch. B, 7 décembre 2004, Juris-Data n° 2004-272251 et CA Paris, 24ième ch. B, 7 décembre 2004, Juris-Data n° 2004-272311, *JCP éd. G,* 2005, II, 10122.

FOSSIER T.,
TI Saint-Omer, 3 mai 1989, *JCP, éd. N,* 1990, II, 21514.

GALLMEISTER I.,
Cass., 1e civ., 25 mars 2009, *AJ fam.,* 2009, p. 225.

GARE T.,
Cass. 1e civ., 28 novembre 2007, *RJPF*, février 2008, p. 24.
Cass. 1e civ., 17 octobre 2007, *RJPF,* janvier 2008, p. 24.

GARNIERI S.,
Conseil constitutionnel Décision n° 99-419, DC du 9 novembre 1999, *D.* 2000, Somm., p. 424.

GOUTTENOIRE A.,
Cass., 1e civ., 9 juin 2010, *D.* 2011, p. 2000.
Cass., 1e civ., 25 mars 2009, *D.* 2009, p. 1918.
Cass., 1e civ., 22 novembre 2005, *Dr. fam.,* 2006, Comm. 28.
Cass., 1e civ., 8 novembre 2005, *Dr. fam.,* 2006, Comm. 28.
Civ., 1e civ., 25 octobre. 2005, *Dr. fam.* 2006, Comm. 77.
Cass., 1e civ., 14 mars 2006, *Dr. fam.,* 2006, Comm. 144.
Cass., avis, 1er mars 2004, *Dr. fam.,* 2004, Comm. 142.

GRANET F. et STRICKLER Y.,
Cass., 1e civ., 18 mai 2005, *JCP éd. G,* 2005, II, 10081.

GRANET-LAMBRECHTS F.,
Cass., 1e civ., 6 février 2008, *D.* 2009, p. 773.

GROSLIERE J-C.,
CA Dijon, 23 janvier 1981, *D.*1981, Juris., p. 344.

HAUSER J.,
Cass., avis, 24 mars 2014, RTD*Civ.,* 2014, p. 336.
Cass., 1e civ., 11 septembre 2013, RTD*Civ.,* 2013, p. 826.
Cass., 1e civ., 12 avril 2012, RTD*Civ.,* 2012, p. 519.
Cass., avis, 13 septembre 2010, RTD*Civ.,* 2010, p. 759.
Cass., 1e civ., 9 juin 2010, RTD*Civ* 2010, p. 546.
Cass., 1e civ., 4 juillet 2007, RTD*Civ*., 2007, p. 751.
Cass., 1e civ., 22 mai 2007, RTD*Civ.,* 2007, p. 761.
Cass., avis, 26 juin 2006, RTD*Civ.,* 2006, p. 752.
Cass., 1e civ., 22 novembre 2005, RTD*Civ.,* 2006, p. 101.
CE, 27 juillet 2005, RTD*Civ.,* 2005, p. 753.
Cass., 1e civ., 6 juillet 2005, RTD*Civ.,* 2005, p. 767.
Cass., 1e civ., 22 mars 2005, RTD*Civ.,* 2005, p. 374.
Cass., avis, 1er mars 2004, RTD*Civ.*, 2004, 498.
CA Versailles, 11 septembre 2003, RTD*Civ.,* 2004, p. 77.
CA Douai, 27 février 2003, RTD*Civ.,* 2003, p. 684.
Cass., 2e civ., 6 juin 2002, RTD*Civ.,* 2002, p. 492.

TGI Marseille, ordonnance du juge aux affaires familiales 9 mars 2000, RTD*Civ*., 2001 p. 868.
Cass., 1e civ., 23 février 1999, RTD*Civ*, 1999, p. 601.
CA Caen, 10 décembre 1998, RTD*Civ*, 1999, p. 829.
Cass., 2e civ, 2 décembre 1997, RTD*Civ*., 1998, p. 359.
Cass., 1e civ., 10 juillet 1996, RTD*Civ.,* 1997, p. 410.
Cass., 1e civ., 10 mai 1995, RTD*Civ.,* 1995, p. 614.
Cass., 1e civ., 4 janvier 1995, RTD*Civ*., 1995, p. 347.
Cass., 1e civ., 13 décembre 1994, RTD*Civ.,* 1995, p. 599.
Cass., 1e civ., 23 février 1994, RTD*Civ.,* 1994, p. 341.

HEBRAUD P.,
Obs. à la RTD*Civ* 1967, p. 264, p. 207.

HERAIL J.,
Cass., 2e civ, 22 janvier 1992, *JCP éd. G,* 1993. II. 22031.

HILT P.,
Cass., 1e civ., 7 novembre 2012, n° 11-17377, *AJ fam.,* 2013, p. 55.
Cass., 1e civ., 1er février 2012, *AJ fam.,* 2012, p. 152.
Cass., 1e, civ., 17 février 2010, *JCP éd. G,* 2010, n° 9, 1er mars 2010, 243.
Cass., 1e civ., 9 décembre 2009, *AJ fam.*, 2010, p. 47.
Cass., 1e civ., 22 mai 2007, *AJ fam.,* 2007, p. 360.

HOVASSE H.,
Cass., 1e civ., 11 mai 1976, *D.* 1976, Juris., p. 521.

HUET-WEILLER D.,
Cass., 1e civ., 7 juin 1989, *D.* 1989, Somm. p. 362.
CA Paris, 2 février 1989, *D.* 1989, Somm., p. 364.
TGI Colmar, 4 janvier 1988, *D.* 1989, Somm. p. 362.
Cass., 1e civ., 13 avril 1988, *D.* 1988, Somm. p. 339.
Cass., 1e civ., 12 mai 1987, *D.* 1988, Somm. p. 401.
TI Poitiers, 8 juillet 1982, *D.* 1983. I. R, p. 328.
Cass., 1e civ., 7 octobre 1980, *D.* 1981, I. R, p. 298.
TGI Cayenne, 4 janv. 1978, *D.* 1980. I. R, p. 65.
TGI de Dieppe, 13 juin 1974, *D.* 1975, Juris. p. 71.

HUYETTE M.,
Cass., 1e civ., 9 juin 2010, *D.* 2010, p. 2343.
Cass., 1e civ., 26 juin 2001, *D.* 2001, p. 3388.
Cass., avis, 1er mars 2004, *D.* 2004, p. 1627.
Cass., 1e civ., 14 mars 2006, *D.* 2006, p.1947.
Cass., 1e civ., 26 janvier 1994, *D.*1994, Juris., p. 278.

KOUMDADJI A. et LABBEE X.,
TI Lille, 7 décembre 2009, *D.* 2010, p. 69.

LABBEE X.,
TGI Lille, 3e ch., 21 février 2006, *D.* 2006, p. 1350.

LAROCHE DE ROUSSANE P.,
Cass., avis, 9 juillet 1993, *D.* 1994, Juris., p.137.

LARRIBAU-TERNEYRE V.,
Cass., 1e civ., 7 novembre 2012, n° 12-17394, *Dr fam.,* 2012, Comm. 179.
Cass., 1e civ., 7 novembre 2012, n° 11-10449, *Dr. fam.,* 2012, Comm. 179.
Cass., 1e civ., 7 novembre 2012, n° 11-17377, *Dr. fam.,* 2012, Comm. 179.
Cass., 1e civ., 10 octobre 2012, *Dr. fam.,* 2013, Comm. 30.
Cass., 1e civ., 12 avril 2012, *Dr. fam.,* 2012, Comm. 96.
Cass., 1e civ., 26 janvier 2011, *Dr. fam.,* 2011, Comm. 53.
Cass., 1e civ., 1 juillet 2009, *Dr fam.*, 2009, Comm. 125.
Cass., 2e civ., 5 mars 2008, *Dr. fam.,* 2008, Comm. 51.
Cass., 1e civ., 22 mai 2007, *Dr. fam.,* 2007, Comm. 149.
Cass., 1e civ., 11 juillet 2006, *Dr fam.*, 2006, Comm. 207.
CA Aix-en-Provence, 6 novembre 2005, *Dr fam.,* 2005, Comm. 262.
CE 12 octobre 2005, *Dr. fam.,* 2005, Comm. 259.
Cass., 1e civ., 6 juillet 2005, *Dr. fam.,* 2005, Comm. 212.
CA Chambéry, 20 juin 2005, *Dr fam.,* 2006, Comm. 25.
CA Toulouse, 12 avril 2005, *Dr fam.,* 2005, Comm. 262.
CA Pau, 4 avril 2005*, Dr. fam.,* 2005, Comm. 152.
Cass., 1e civ., 22 mars 2005, *Dr fam.*, 2005, Comm. 106.
Cass., 1e civ., 25 novembre 2003, *Dr fam.*, 2004, Comm. 35.

LECUYER H.,
Cass., 2e civ., 6 juin 2002, *Dr fam.*, 2003, Comm. 28.

LE GAC-PECH S.,
Cass., 1e civ., 20 mars 2013, *D*. 2013, p. 1451.

LEMOULAND J-J.,
CA Douai, 27 février 2003, *D.* 2004, Somm. p. 2969.

LEMOULAND J-J. et VIGNEAU D.,
CE 12 octobre 2005, *D.* 2006, p. 1418.

LESBATS C.,
Cass., 1e civ., 7 novembre 2012, *JCP éd. N,* n° 21, 24 mai 2013, 1144.
Cass., 1e civ., 12 avril 2012, *JCP éd. N,* n° 21, 24 mai 2013, 1144.

MARIA I.,
Cass., 1e , civ., 1er février 2012, *Dr. fam.,* 2012, Comm. 53.

MASSIP J.,
Cass., 1e civ., 1er décembre 2010, *JCP éd. N*, n° 20, 20 mai 2011, 1165.
Cass., 1e civ., 4 juillet 2007, *Defr.*, 2007, p. 1637.
Cass., 1e civ., 14 juin 2005, *Defr.,* 2005, p. 1848.

Cass., 1e civ., 22 mars 2005, *Gaz. Pal.*, 18 octobre 2005, n° 291, p. 18.
Cass., 1e civ., 25 janvier 2005, *Defr.*, 2005, p. 1052.
Cass., 2e civ., 6 juin 2002, *Gaz. Pal.,* 17 juin 2003, n° 168, p. 24.
Cass., 1e civ., 5 janvier 1999, *Gaz. Pal.,* 25-26 août 1999, 16.
Cass., 2e civ., 11 décembre 1991, *D.* 1992. Juris., p. 385.
Cass., 2e civ., 5 juin 1991, *D.* 1992, Juris., p. 385.
Cass., 1e civ., 28 mai 1991, *D.* 1992, Juris., p. 121.
Cass., 1e civ., 7 juin 1989, *D.* 1990, Juris. p. 33.
Cass., 1e civ., 16 février 1988, *D.* 1988, Juris. p. 373.
Cass., 1e civ., 26 janvier 1983, *D.* 1983, Juris., p. 436.
Cass., 1e civ., 27 octobre 1981, *D.* 1982, Juris. p. 305.

MATHIEU B. et VERPEAUX M.,
Conseil constitutionnel Décision n° 99-419, DC du 9 novembre 1999, *JCP éd. G,* 2000, I, 261.

MONEGER F.,
CA Versailles, 11 septembre 2003, *RDSS,* 2004, p. 187.

MURAT P.,
Cass., 1e civ., 25 juin 2008, *Dr. fam.,* 2008, Comm. 124.
Cass., 1e civ., 14 novembre 2007, *Dr. fam.,* 2008, Comm. 7.
Cass., 1e civ., 17 octobre 2007, *Dr. fam.,* 2007, Comm. 202.
Cass., 1e civ., 4 juillet 2007, *Dr. fam.,* 2007, Comm. 169.
Cass., 1e civ., 13 mars 2007, *Dr. fam.,* 2007, Comm. 125.
CA Versailles, 29 juillet 2005, *Dr. Fam.,* 2005, Comm. 209.
Cass., 1e civ., 14 juin 2005, *Dr. fam.,* 2005, Comm. 182.
Cass., 1e civ., 26 juin 2001, *Dr. fam.,* 2002, Comm. 3.
CA Colmar 23 juin 2005, *Dr. fam.,* 2005, Comm. 263.

NEIRINCK C.,
CA Caen, 29 mars 2012, Juris-Data n° 2012-019170, *Dr. fam.,* 2012, Comm. 168.

NORGUIN V.,
CA Paris, 20 mai 2008 (Annexe n° 64), *BICC, 15 janvier 2009,* p. 69.
CA Riom, 11 décembre 2007 (Annexe 62), *BICC, 15 janvier 2009,* p. 66.
CA Paris, 4 septembre 2007 (Annexe n°63) ; *BICC, 15 janvier 2009,* p. 69.
CA Caen, 8 mars 2007 (Annexe 75) *BICC, 15 janvier 2009,* p. 71.
CA Riom, 6 mars 2007 (Annexe 59), *BICC, 15 janvier 2009,* p. 66.
CA Riom, 13 février 2007, (Annexe 61), *BICC, 15 janvier 2009,* p. 66.
CA Toulouse, 19 janvier 2007 (Annexe 74), *BICC, 15 janvier 2009,* p. 71.
CA Riom, 19 décembre 2006 (Annexe 58), *BICC, 15 janvier 2009,* p. 66.

NORMAND J.,
Obs. à la RTD*Civ.*, 1983, p. 782.
TGI de la Rochelle, 21 septembre 1976, RTD*Civ.,* 1977, p. 607.
TGI Dieppe, 13 juin 1974, RTD*Civ.,* 1975, p. 770.
TI Rouen, 13 février 1974, RTD*Civ.,* 1975, p. 770.

PATARIN J.,
Cass., 1e civ., 7 juin 1988, RTD*Civ.,* 1989, p. 121.

PONSARD A.,
Cass., 1e civ., 6 janvier 1976, *D.* 1976, Juris., p. 253.

PIERROUX E.,
Cass., 1e civ., 14 mars 2006, *LPA,* 2006, n°181, p.8.

POULIQUEN E.,
Cass., 1e civ., 9 juin 2010, *RLDC,* septembre 2010, p. 46.

RAYMOND G.,
Cass., crim., 28 février 1996, *JCP éd. G,* 1996, II, 22707.

RAYNAUD P.,
Tribunal pour enfant Evry, 8 novembre 1982, *D.* 1983, p. 218.

REVEL J.,
Cass., 1e civ., 7 novembre 2012, n° 11-10449, *D.* 2013, p. 2248.

ROUXEL S.,
Cass., 1e civ., 23 mars 2011, *Dr. fam.,* 2011, Comm. 121.

SALVAGE-GEREST P.,
Cass., 1e civ., 3 novembre 2004, *Dr. fam.,* 2005, Comm. 122.

SARCELET J-D.,
Concl. sous
Cass., avis, 24 mars 2014, n° 13-70010.

SERRA G.,
Cass., 1e civ., 1 juillet 2009, *D.* 2010, p. 1251.

SIMLER Ph.,
Cass., 1e civ., 1 octobre 1985, *JCP éd. N,* 1986, II, 249.

THERY Ph.,
Obs. à la RTD*Civ.,* 2004, p. 546.

THIERRY J-B.,
CA Toulouse, ch. des mineurs, 20 décembre 2006, *Dr. fam.,* 2007, Comm. 81.

TISSERAND-MARTIN A.,
Cass., 1e civ., 9 décembre 2009, *JCP éd. G,* n° 17, 26 avril 2010, 487.
Cass., 1e civ., 4 juin 2009, *JCP éd. G*, n° 44, 26 octobre 2009, 391.

VAREILLE B.,
Cass., 1e civ., 26 octobre 2004, *RTDCiv.*, 2005, p. 447.

CEDH, 3 octobre 2000, Kanoun c/ France, *RTDCiv.*, 2000, p. 891.
Cass, 2e civ., 14 janvier 1998, *RTDCiv.*, 1999, p. 172.
Cass., 1e civ., 14 janvier 1997, RTD*Civ.,* 1997, p. 985.

VERNIERES C.,
Cass., 1e civ., 26 janvier 2011, *AJ fam.,* 2011, p. 274.

WIEDERKEHR G.,
Cass., 1e civ., 17 juin 2009, *JCP éd. G,* n° 44, 26 octobre 2009, 391.

WILLIATTE-PELLITTERI L.,
Cass., 1e civ., 2 avril 2008, *D*. 2009, p. 832.

Non commenté

Cour de cassation

Cass., avis, 25 mars 2013, n° 12-70019, publié au Bulletin.

Cass., 1 e civ., 28 mai 2008, n°07-13074, inédit.

Cass., 1e civ., 25 avril 2007, n°06-17095, inédit.

Cass., 1e civ., 23 janvier 2007, n°06-11502, inédit.

Cass., 1e civ., 28 février 2006, n° 03-19853, publié au Bulletin.

Cass., 1e civ., 17 janvier 2006, n° 04-19053, publié au Bulletin.

Cass., 1e civ., 28 juin 2005, n°04-13663, inédit.

Cass., 1e civ., 25 janvier 2005, n°02-15560, inédit.

Cass., 1e civ., 22 octobre 2002, n° 01-05049, inédit.

Cass., 2e civ., 4 juillet 2002, n° 00-16587, inédit.

Cass., 1e civ., 19 février 2002, n°99-17189, publié au Bulletin.

Cass., 2e civ., 27 septembre 2001, n°99-16705, inédit.

Cass., 2e civ., 11 janvier 2001, n°99-14114, inédit.

Cass., 1e civ., 28 novembre 2000, n° 98-13405, publié au Bulletin.

Cass., 2e civ ., 20 avril 2000, n°98-19293, inédit.

Cass., 2e civ., 17 décembre 1998, n°97-14130, inédit.

Cass., 2e civ., 7 novembre 1988, n°87-17605, publié au Bulletin.

Cass., 1e civ., 22 juillet 1987, n° 86-80039, inédit.

Cass., 1e civ., 7 juillet 1987, n°86-80010, inédit.

Cass., 1e civ., 3 février 1987, n° 86-80016, publié au Bulletin.

Cass., 2e civ., 14 janvier 1987, n° 85-15691, publié au Bulletin.

Cass., 1e civ., 1er octobre 1985, n° 84-12476, publié au Bulletin.

Cass., 1e civ., 29 mai 1985, n° 84-11007, publié au Bulletin.

Cass., 1e civ., 14 mai 1985, n° 84-10437, publié au Bulletin.

Cass., crim., 4 janvier 1985, n° 84-92942, publié au Bulletin.

Cass., 1e civ., 8 novembre 1982, no 80-12309, publié au Bulletin.

Cass., 1e civ., 16 janvier 1979, n° 78-80002, publié au Bulletin.

Cass., 1e civ., 14 mars 1978, n° 77-80011, publié au Bulletin.

Cass., soc., 22 février 1978, n° 76-10363, publié au Bulletin.

Cass., 1e civ., 27 octobre 1964, *D.* 1965, p. 81.

Conseil constitutionnel

Conseil constitutionnel, Décision n° 2011-155 QPC du 29 juillet 2011.

Conseil constitutionnel, Décision n°99-421 DC du 16 décembre 1999.

Cour d'appel

CA Paris, 27 mars 2014, Juris-Data n° 2014-006305.

CA Aix en Provence, chambre spéciale des mineurs, 3 juillet 2013, n° 2013/150.

CA Agen, 16 mai 2013, Juris-Data n° 2013-009716.

CA Versailles, 15 mars 2012, n° 11/02346.

CA Douai, chambre criminelle, 9 février 2011, Juris-Data n° 2011-016020.

CA Caen, chambre 1, section 3, 20 janvier 2011, RG 09/02641.

CA Montpellier, chambre 1, section C, 23 mars 2010, Juris-Data n° 2010-009638.

CA Caen, chambre 1, section 3, 4 mars 2010, Juris-Data n° 2010-023770.

CA Paris, 24e chambre, 27 mars 2008, RG 07/00663.

CA Toulouse, chambre 1, section 2, 13 février 2007, Juris-Data n° 2007-334361.

CA Amiens, chambre spéciale des mineurs, 6 septembre 2007, Juris-Data n° 2007-345472.

CA Aix en Provence, chambre des mineurs, 3 octobre 2003. Disponible sur www.huyette.net.

CA Riom, 16 septembre 2003, Juris-Data n° 2003-224126.

CA Riom, 16 juillet 2002, Juris-Data n° 2002-194062.

CA Paris, 11 janvier 2002, *D.* 2002, I. R, p. 3241.

CA Rennes, 10 septembre 2001, Juris-Data n° 2001-161851.

CA Lyon, 18 juin 2001, chambre des mineurs. RG n° 62/01, arrêt n°125/01.

CA Grenoble, chambre des mineurs, 2 mars 2001. Disponible sur www.huyette.net .

CA Bordeaux, 4 octobre 2000, Juris-Data n° 2000-127884.

CA Reims, 18 mai 2000, Juris-Data n° 2000-123791.

CA Nîmes, 7 mars 1995, Juris-Data n° 1995-030011.

CA Paris, 20 mai 1994, Juris-Data n° 1994-021548.

CA Versailles, chambre des mineurs, 18 décembre 1987, Juris-Data n° 1987-048279.

CA Douai, 12 juillet 1984, Juris-Data n° 1984- 042717.

Tribunal de grande instance
TGI Paris, 15 mars 1994, Juris-Data n° 1994-042069.

Juge aux affaires familiales
Juge aux affaires familiales, TGI Strasbourg, ordonnance de protection, 2 décembre 2013, RG 13/05541.

Juge aux affaires familiales, TGI Strasbourg, Ordonnance d'ouverture d'une tutelle d'état, 13 septembre 2011, RG 58-11-A-00324-01.

Juge des enfants
Juge des enfants, TGI Strasbourg, 11 mars 2013, Affaire 413/4016.

Juge des enfants, TGI Strasbourg, 1er décembre 2006, Affaire103/1155.

Juge des enfants, TGI Strasbourg, 18 novembre 2005, Affaire103/1155.

Juge des enfants, TGI Laval, ordonnance du 17 décembre 2002.

Tribunal d'instance
TI Vannes 30 janvier 1974 *Gaz. Pal.* 1974, 1975, I. Somm. 42.

Juge des tutelles
Juge des tutelles, TI de Limoges, 3 octobre 2003, n°2003/121.

Index

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe sauf lorsqu'il est précisé que le renvoi est fait à une note de bas de page.

Autorité parentale
- Contenu : n° 315
- Enseignements des conflits de compétence d'attribution : n° 414
- Juge aux affaires familiales, juge central : n° 481
- Puissance paternelle : note n° 741

Communication entre les juges
- Entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants : n° 357 et ss., 364, 415
- Entre le juge aux affaires familiales faisant fonction de juge des tutelles des mineurs et le juge des enfants : n° 428
- Entre le tribunal de grande instance et le juge des enfants : n° 551, 555
- Magistrat coordinateur : n° 313

Compétence d'attribution
- Définition: n° 4
- Interaction avec le droit substantiel : n° 308

Concubinage
- Définition : n° 32
- Eléments constitutifs : n° 291 et ss.

Conflit de compétence d'attribution
- Conflit réel : n° 19
- Conflit apparent : n° 20
- Définition : n° 17
- Pseudo-conflit : n° 21

Conflit de compétence d'attribution entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants
- Conflit apparent :
  - interdiction de sortie du territoire : n° 375 et ss.
- Conflit réel :
  - conflit encadré de l'article 375-3 alinéa 2 du Code civil : n° 388 et ss.
  - désaccords quant à l'exercice conjoint de l'autorité parentale : n° 369 et ss.
  - fixation du droit de visite des tiers par rapport à un enfant placé : n° 399 et ss.
  - ordonnance de protection : n° 381 et ss.
  - protection des mineurs isolés : n° 463 et ss.

Conflit de compétence d'attribution entre le juge aux affaires familiales et le juge des tutelles des majeurs
- Conflit apparent :
  - autorisation à conclure un Pacs : n° 277
  - autorisation de partage amiable : n° 183 et ss.
  - homologation du changement de régime matrimonial : n° 227
- Conflit réel (fin) :

        - conflits entre tuteur et parent dans le cadre d'une tutelle ouverte sur le fondement de l'article 391 du Code civil : n° 439, 442
        - désaccord quant à la représentation de l'enfant : n° 438, 441, 443
        - désaccord quant à l'autorisation de changement administratif du nom de l'enfant : n° 444 et ss.
- Critère de répartition : n° 312

Conflit de compétence d'attribution entre le juge aux affaires familiales faisant fonction de juge des tutelles des mineurs et le juge des tutelles des majeurs

- Conflit apparent :
    - pourvoir à l'établissement des enfants dans le cadre d'une présomption d'absence : n° 452, 453
- Conflit réel :
    - constat de l'empêchement d'un mineur d'exprimer sa volonté dans le cadre d'une demande de nationalité française : n° 450

Conflit de compétence d'attribution entre le juge aux affaires familiales et le président du tribunal de grande instance

- Conflit réel :
    - désignation d'une personne représentant l'indivisaire défaillant : n° 259
    - mesures provisoires en matière d'indivision entre partenaires et concubins : n° 231
    - mesures provisoires dans le cadre du divorce : note n°317
    - mesures urgentes en matière d'indivision entre partenaires et concubins : n° 231
    - séparation de biens judiciaire : n° 228

Conflit de compétence d'attribution entre le juge aux affaires familiales et le tribunal de grande instance

- Conflit apparent :
    - contribution aux charges du mariage : n° 45, 46
    - dissolution d'une société civile immobilière : n° 164
    - liquidation et partage des intérêts patrimoniaux causés par la nullité du mariage : n° 271
    - ouverture d'une tutelle : n° 459 et ss.
    - renvoi à la collégialité : n° 562, 563.
- Conflit réel :
    - action à fins de subsides : n° 496 et ss.
    - action en nullité des actes contrevenant aux règles des régimes matrimoniaux : n° 64
    - action en nullité de l'article 815-16 du Code civil : n° 79
    - action en nullité du partage des intérêts patrimoniaux des couples : n° 188
    - autorisation judiciaire de vente d'un bien indivis : n° 77
    - contribution aux charges du Pacs : n° 48
    - demande de pension alimentaire à la succession : n° 255
    - demandes relatives à la convention notariée de changement de régime matrimonial : n° 53
    - demande relatives à la prestation compensatoire : n° 133, 134
    - désignation de l'administrateur ad hoc : n° 474 et ss.

    - détermination du régime matrimonial : n° 63, 129 et ss.
    - existence de l'indivision : n° 74
    - existence du concubinage : n° 292
    - hypothèque entre époux : n° 66
    - indivision entre époux : n° 86
    - liquidation anticipé de la créance de participation : n° 67
    - nullité de la séparation de biens judiciaire : n° 55
    - nullité du mariage et liquidation des intérêts patrimoniaux : n° 271
    - nullité du partage : n° 189
- Critère de répartition : n° 272, 287, 312

Conflit de compétence d'attribution entre le juge aux affaires familiales, le tribunal de grande instance et le tribunal d'instance

- Conflit réel :
    - action en responsabilité pour faute de gestion : n° 65
    - action en responsabilité civile délictuelle et contractuelle : n° 174
    - contentieux né des obligations du Pacs : n° 278, 279
    - recouvrement des créances entre époux : n° 180

Conflit de compétence d'attribution entre le juge aux affaires familiales et le tribunal d'instance

- Conflit apparent :
    - attribution préférentielle du droit au bail pour les partenaires de Pacs : n° 282, 283
- Conflit réel :
    - cotitularité du bail entre partenaires de Pacs: n° 284

Conflit de compétence d'attribution entre le tribunal de grande instance et le tribunal d'instance

- Conflit apparent :
    - action en responsabilité liée à la filiation : n° 504, 505

Conflit de compétence d'attribution entre le tribunal de grande instance et le président du tribunal de grande instance

- Conflit réel :
    - action portant sur la rectification des actes d'état civil : n° 507 et ss.

Conflit de compétence d'attribution entre le tribunal de grande instance et le juge des enfants

- Conflit réel :
    - assistance éducative et retrait de l'autorité parentale : n° 549, 550

Conflit de compétence d'attribution entre le tribunal de grande instance, le juge aux affaires familiales et le juge des enfants

- Conflit apparent :
    - unité de procédure pour des mesures relevant de juridictions différentes : n° 547

Conflit de compétence d'attribution entre le tribunal de grande instance, juridiction civile, et le tribunal correctionnel ou cour d'assises
- Conflit apparent :
    - retrait de l'autorité parentale : n° 546

Couples
- Conception large dans le cadre de l'ordonnance de protection : n° 297
- Date d'appréciation du couple : n° 299 et ss.
- Fiancés : n° 295, 296
- Hiérarchie : n° 209
- Juge aux affaires familiales, juge central : n° 311
- Juge aux affaires familiales, juge commun : n° 309
- Juge aux affaires familiales, juge unique : n° 310
- Statuts différents : n° 32
- Statut commun (absence): n° 30, 308

Divorce
- Dimension patrimoniale : n° 119

Enfant
- Danger : n° 332 et ss.
- Intérêt de l'enfant : n° 324 et ss.

Famille
- Définition : n° 3
- Droit de la famille : n° 3

Filiation
- Définition : n° 315
- Différences relatives au fait générateur de filiation : n° 485
- Egalité entre les filiations : n° 484

Indivision
- Mesures palliant au blocage : n° 76
- Notion : n° 70, 71

Intervention judiciaire dans la famille
- Droit positif : n° 6
- Evolution historique : n° 5
- Légitimité : n° 2
- Lisibilité des compétences : n° 24, 25
- Tribunal de la famille : n° 23, 581

Juge aux affaires familiales
- Centralisation des compétences auprès du juge aux affaires familiales : n° 34, 37, 38, 39, 96, 478
- Compétence en matière d'autorité parentale et d'obligation d'entretien : n° 317
- Création : n° 5

- Critère de répartition en droit des couples entre le juge aux affaires familiales et le juge des tutelles : n° 237, 267
- Critère de répartition en droit des couples entre le juge aux affaires familiales et le tribunal de grande instance : n° 254, 264, 267
- Juge central : n° 311, 481
- Juge commis : n° 262
- Limite à la centralisation : n° 97, 285, 286
- Modification de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire : n° 57, 98, 196, 204, 239, 265, 307, 312
- Modification de l'article L. 213-3-1 du Code de l'organisation judiciaire : n° 434, 457
- Nature de la compétence en matière d'autorité parentale et d'obligation d'entretien : n° 560
- Nature de la compétence en matière d'administration légale, de tutelle et d'émancipation : n° 561
- Pouvoirs limitatifs au moment du prononcé du divorce : n° 135, 137, 144
- Recevabilité des demandes incidentes : n° 134
- Relations patrimoniales : n° 41
- Transfert des compétences du juge des tutelles au juge aux affaires familiales : n° 423, 424

Juge des enfants
- Accès facilité : n° 351 et ss.
- Compétence en matière d'autorité parentale : n° 338 et ss.
- Compétence exclusive : n° 564, 565

Juge des tutelles des majeurs
- Critère d'intervention : n° 214
- Critère de répartition en droit des couples entre le juge aux affaires familiales et le juge des tutelles : n° 237, 267
- Dénomination : note n° 985
- Modification de l'article L. 221-9 du Code de l'organisation judiciaire : n° 240

Juge des tutelles des mineurs
- Dénomination : note n° 985
- Difficultés engendrées par les différentes dénominations : n° 434
- Utilisation de la nouvelle dénomination : n° 430, 431, 432

Juge du tribunal d'instance
- Compétence pour la délivrance de l'acte de notoriété : n° 522, 541
- Nature de l'acte de notoriété : n° 528

Juridiction
- Collégialité : n° 13
- Critère de l'institution par la loi : n° 10, 11
- Définition : n° 8, 16
- Nom : n° 9
- Fonctionnelle : n° 14, 15
- Indépendance : n° 14
- Organique : n° 14, 15

Liquidation et partage des intérêts patrimoniaux
- Causes différentes selon les trois types de couple : n° 102
- Compétence du tribunal de grande instance en cas de divorce avant la loi du 12 mai 2009 : n° 111
- Compétence du juge aux affaires familiales en cas de divorce après la loi du 12 mai 2009 : n° 113
- Compétence du tribunal de grande instance en cas de décès : n° 252
- Dimension affective des opérations : n° 121
- Notions cadres : n° 125
- Pouvoirs du juge aux affaires familiales : n° 110, 114
- Renvoi aux règles de partage en matière successorale : n° 258

Mariage
- Définition : n° 32

Notion cadre
- définition : n° 322

Obligation d'entretien
- définition : n° 315

Pacs
- Définition : n° 32
- Nature juridique : n° 49, 279

Pseudo-conflit
- Attribution préférentielle au moment du prononcé du divorce : n° 139 et ss.
- Attribution préférentielle du droit au bail entre concubins : n° 160 et ss.
- Conflit relatif à la présomption de paternité : n° 531 et ss.
- Contribution aux charges du concubinage: n° 91
- Définition: n° 21
- Désignation d'un notaire au prononcé du divorce : n° 146 et ss.
- Etendue des pouvoirs du juge aux affaires familiales au prononcé du divorce : n° 135 et ss.
- Jouissance gratuite du logement après le prononcé du divorce : n° 138

Président du tribunal de grande instance
- Exclusion de la compétence en droit des couples : n° 235, 267
- Compétence en matière d'assistance médicale à la procréation : n° 523, 541
- Nature de l'acte de recueil de consentement en matière d'assistance médicale à la procréation: n° 526
- Nature de l'autorisation d'accueil d'un embryon : n° 529
- Transfert de compétence en matière d'autorisation pour un mineur émancipé souhaitant être commerçant : n° 431

Régime matrimonial
- Notion : n° 59
- Mesures de crise : n° 60

Tribunal de grande instance

- Action en constatation de la possession d'état : n° 515
- Annulation de la reconnaissance de filiation : n° 512 et ss.
- Annulation des délibérations du conseil de famille : n° 553
- Critère de répartition en droit des couples entre le juge aux affaires familiales et le tribunal de grande instance : n° 254

Anna MATTEOLI

Les conflits de compétence d'attribution en droit de la famille

Résumé

Les juges appelés à connaître des affaires familiales sont nombreux. Le juge aux affaires familiales, le juge des enfants, le juge des tutelles, le tribunal d'instance et de grande instance, le juge du tribunal d'instance, le président du tribunal de grande instance ont tous une part de compétence. Les compétences de ces différentes juridictions peuvent s'entrecroiser et ainsi créer des conflits de compétence d'attribution. Afin d'appréhender de manière raisonnée les questions soulevées, nous proposons de distinguer trois types de conflits : les conflits réels, les conflits apparents et les pseudo-conflits. Les conflits réels naissent lorsque deux juridictions, ayant un pouvoir juridictionnel identique, peuvent se déclarer compétentes pour une même affaire. Dans les conflits apparents, les juridictions semblent avoir les mêmes compétences et un pouvoir juridictionnel identique, mais l'étude des dispositions légales clarifie leur intervention et évite le conflit. En présence de pseudo-conflits, il ne s'agit pas de compétence mais de pouvoir. L'étude des conflits est importante car si la pluralité de juridictions évite une standardisation des rapports familiaux, une meilleure lisibilité des compétences s'impose en droit de la famille.

Mots-clés : Conflits de compétence d'attribution – Droit de la famille – Juge aux affaires familiales – Parent-enfant – Couple

Abstract

In France, many judges and courts intervene in family. Sometimes it becomes very difficult to know to which judge or court one must turn to. All these courts and judges may be in competition for the same matter, thus creating confusion and conflicts of jurisdiction between themselves. In order to study the outcome of these conflicts, we suggest to distinguish between three types of conflicts: real conflicts, seeming conflicts and pseudo-conflicts. Real conflicts occur when two courts having the same jurisdictional power decide that they are both capable to judge the same case. Seeming conflicts occur each time two courts seem to have the same jurisdiction but further study of legal provisions quickly shows that all conflict is easily avoided. Pseudo conflicts are related to the power to judge. In other words there is no legal base enabling the judge or court (no matter which) to render a decision. Studying these conflicts is important. Indeed, a plurality of courts and judges is necessary so that family cases are not always tried in a standard way. Nevertheless it is also necessary to have a clear view of the different jurisdictions involved in family law.

Key words : Conflicts of jurisdiction based on *ratione materiae* – Family law – Parent-child – Couple