



HAL
open science

Le pluralisme juridictionnel en droit de la famille

Magali Lardeux

► **To cite this version:**

Magali Lardeux. Le pluralisme juridictionnel en droit de la famille. Droit. Université de Toulon, 2015. Français. NNT : 2015TOUL0096 . tel-01363890

HAL Id: tel-01363890

<https://theses.hal.science/tel-01363890>

Submitted on 12 Sep 2016

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.



**École doctorale Droit et Science Politique de Montpellier n° 461
Centre d'Études et de Recherche sur les Contentieux (EA 3164)**

THÈSE

présentée par :

Magali LARDEUX

soutenue le : **17 décembre 2015**

pour obtenir le grade de Docteur en Droit
Spécialité : Droit privé et Sciences criminelles

**LE PLURALISME JURIDICTIONNEL EN DROIT DE
LA FAMILLE**

Thèse dirigée par :

Madame PAILLET Élisabeth, Professeur émérite, Université de Toulon.

JURY :

Monsieur ÉGÉA Vincent, Professeur, Université d'Aix-Marseille, rapporteur

Madame CORPART Isabelle, Maître de conférences HDR, Université de Haute-Alsace, rapporteur

Madame DOUCHY-OUDOT Méлина, Professeur, Université de Toulon

Madame PAILLET Élisabeth, Professeur émérite, Université de Toulon, directeur de la thèse

Monsieur SEBAG Laurent, Vice-président au Tribunal de grande instance de Marseille

Année universitaire 2015-2016

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À mes parents

À Franck

À madame le Professeur Élisabeth PAILLET, pour la confiance qu'elle m'a accordée en me confiant ce sujet de thèse, pour sa patience et pour toutes les précieuses discussions que nous avons eues.

Principales abréviations

AFDI	Annuaire français de droit international
aff.	affaire
al.	alinéa
AJ fam.	Actualité juridique Famille
ALD	Actualité législative Dalloz
AN	Assemblée Nationale
Ann. fac.	Annales de la faculté de droit de...
art.	Article
ASE	Aide sociale à l'enfance
Ass. plén.	Assemblée plénière
Bull. civ.	Bulletin de la Cour de cassation
c/	contre
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
CCNE	Comité consultatif national d'éthique
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
Cf.	confer
ch.	Chambre
chron.	chronique
civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Circ.	Circulaire
COJ	Code de l'organisation judiciaire
Cons. const.	Conseil constitutionnel
contra.	Solution contraire
Conv. EDH	Convention Européenne des Droits de l'Homme
CPC	Code de procédure civile
crim	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CSP	Code de la santé publique
D.	Dalloz
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
(dir.)	Sous la direction de
Doc. fr.	Documentation française
Dr. fam	Revue Droit de la famille
Dr. Patr	Droit et patrimoine
éd.	édition
Gaz. Pal.	Gazette du palais
ibid	<i>ibidem</i> , Au même endroit
infra	Ci-dessous
JAF	Juge aux affaires familiales
JAM	Juge aux affaires matrimoniales
J.-Cl	JurisClasseur (civil, pénal...)
JCP éd. G.	Juris-classeur périodique, édition générale (Semaine juridique)
JCP éd. N.	Juris-classeur périodique, édition notariale
J.O.	Journal officiel
L.	Loi
LEDF	L'essentiel de droit de la famille et des personnes

LPA	Les Petites Affiches
n°	Numéro
o.	Ordonnance
obs.	Observation
op. cit.	<i>opere citato</i> , cité précédemment
PMA	Procréation médicalement assistée
PUF	Presses universitaires de France
rapp.	Rapport
Rép. civ.	Répertoire Dalloz de droit civil
Rép. pr. civ.	Répertoire Dalloz de procédure civile
RJPF	Revue juridique personnes et famille
RLDC	Revue Lamy droit civil
RRJ	Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
s.	Suivant(e)s
S.	Recueil Sirey
som.	Sommaire
Spéc.	Spécifiquement
Supra	Ci-dessus
t.	Tomme
TA	Tribunal administratif
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
UE	Union européenne
V.	Voir
V°	<i>verbo</i> , Au mot

Sommaire

PREMIÈRE PARTIE

PLURALISME JURIDICTIONNEL ET PROTECTION DE LA FAMILLE

TITRE 1 : Un pluralisme renouvelé

Chapitre 1 : Un juge de la famille modelé

Chapitre 2 : Des juges de la famille imposés

TITRE 2 : Un pluralisme dépassé

Chapitre 1 : Les aménagements avec le juge

Chapitre 2 : Les aménagements sans le juge

DEUXIÈME PARTIE

PLURALISME JURIDICTIONNEL ET PROTECTION DE L'ENFANT

TITRE 1 : Les juges de l'enfant

Chapitre 1 : Un pluralisme nécessaire

Chapitre 2 : Un pluralisme à articuler

TITRE 2 : L'enfant juge

Chapitre 1 : L'enfant associé

Chapitre 2 : L'enfant entendu

Introduction générale

« *Pluralitas non est ponenda sine necessitate* »¹. Les multiples ne doivent pas être utilisés sans nécessité

1. Lorsqu'au sein d'une famille le recours à la justice devient nécessaire, la spécificité du droit de la famille, les intérêts en présence laissent entrevoir un particularisme, le pluralisme juridictionnel.

2. Le terme de pluralisme nécessite que l'on tente de le définir tant le pluralisme est une notion transversale. Le pluralisme, du latin *plures*, signifie plusieurs, la pluralité, c'est-à-dire la diversité. On parle ainsi de pluralisme politique, religieux, culturel, ou juridique. Le pluralisme est un « système reconnaissant l'existence de plusieurs modes de pensée, de comportement, d'opinions politiques et religieuses, de plusieurs partis politiques, etc. C'est l'existence même de ces courants de pensée »². Le pluralisme repose sur l'idée d'une identité plurielle, le pluralisme du « moi ». Chaque individu se conçoit à travers un prisme qui le présente sous différents aspects. Selon l'expression bambara³ « *Maa ka maaya ka ca a yere kono* »⁴, « Les personnes de la personne sont multiples dans la personne ». En effet, chaque personne possède plus d'un profil. C'est cette idée que défendront les peintres cubistes par exemple, Pablo Picasso au premier chef. Le mouvement d'art contemporain se termine par le pluralisme, c'est l'âge d'or de la multiplicité, la « Mondrian » isation⁵.

3. En philosophie le pluralisme est une doctrine qui admet la nécessité de solliciter plusieurs principes pour expliquer la constitution du monde, et affirme que les êtres qui le

¹ Le rasoir d'Ockham ou rasoir d'Occam est un principe de raisonnement philosophique entrant dans les concepts de rationalisme et de nominalisme. Son nom vient du philosophe franciscain Guillaume d'Ockham (XIV^e siècle). On l'appelle également principe de simplicité, principe d'économie ou principe de parcimonie (*lex parsimoniae*). Il peut se formuler comme suit : *Pluralitas non est ponenda sine necessitate* « Les multiples ne doivent pas être utilisés sans nécessité ».

² V° « Pluralisme », Dictionnaire, « Petit Larousse », 2015.

³ Le bambara est une langue nationale du Mali. D'autres pays d'Afrique de l'Ouest parlent également cette langue ou dialecte, principalement des pays voisins du Mali, comme le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, la Guinée

⁴ C. EBERHARD « Penser le pluralisme juridique de manière pluraliste – Défi pour une théorie interculturelle du droit » in Cahiers d'anthropologie du droit, 2003, p. 42.

⁵ Piéter Cornelis MONDRIAN, né le 7 mars 1872 à Amersfoort aux Pays-Bas et mort le 1^{er} février 1944 à New York aux États-Unis, est un peintre néerlandais reconnu comme un des pionniers de l'abstraction.

composent ne peuvent être réduits à une substance unique⁶. Le pluralisme philosophique s'oppose ainsi au monisme et au dualisme.

4. En religion, il existe une théologie du pluralisme religieux qui fut élaborée par le jésuite Jacques DUPUIS. L'auteur propose dans son ouvrage « Vers une théologie chrétienne du pluralisme religieux »⁷ la recherche de la signification que revêt la pluralité des traditions religieuses à l'intérieur du dessein de Dieu sur l'humanité. Pour BERGSON, « chaque dieu déterminé est contingent, alors que la totalité des dieux, ou plutôt le dieu en général, est nécessaire. La mythologie du polythéisme implique un monothéisme latent, où la multitude de divinités n'existent que secondairement, comme représentatives du divin »⁸. Du point de vue de la mythologie grecque, « Le pluralisme de l'Olympe, comme le pluralisme juridique, ne s'est pas fait sans douleur [...] Le droit n'apparaît qu'après la violence et à cause d'elle : sans violence, pas de droit, mais dans le chaos, pas de droit non plus »⁹. Le pluralisme des divinités permet à chaque citoyen d'adresser ses prières au Dieu le plus apte à y apporter une réponse, cela garantit l'équilibre, le cosmos. Le polythéisme, la multiplicité des dieux, légitimait ainsi la variété des modèles. De la naissance des titans, enfants de Gaia et d'Ouranos et père et mère des premiers dieux de l'Olympe, à la naissance des demi-dieux, presque tous issus des amours du dieu tout puissant Zeus, on constate en effet que cette pluralité de dieux, garantissait l'ordre du cosmos, contre le retour du Chaos dont étaient issus Gaia et Ouranos¹⁰. Ainsi, l'unité dans la diversité caractérise l'idée pluraliste. La volonté d'apporter la réponse la plus adaptée à chaque situation paraît ainsi être le moteur du pluralisme.

5. En sciences sociales, le pluralisme est un système d'organisation politique qui reconnaît et accepte la diversité des opinions et de leurs représentants. Le pluralisme est une doctrine qui admet la coexistence d'éléments culturels, économiques, politiques, religieux, sociaux différents au sein d'une collectivité organisée. On parle ainsi de pluralisme juridique, politique, scolaire, syndical. Le pluralisme est un cadre d'interaction dans lequel différents groupes peuvent coexister et interagir. Le pluralisme est dans le sens le plus large une tendance qui admet la multiplicité d'opinions dans un système politique.

⁶ Centre national de ressources textuelles et lexicales, <http://www.cnrtl.fr/>.

⁷ J. DUPUIS, « Vers une théologie chrétienne du pluralisme religieux », Paris, Cerf, 1997.

⁸ H. BERGSON, « Les deux sources de la morale et de la religion (1932) », PUF, 2013, p. 211.

⁹ Ph. MALAURIE, « La mythologie et le droit », *Defrénois*, 15 août 2003, n°15, p. 951. À propos de la naissance des dieux, lorsque Cronos tua son propre père, Ouranos afin de délivrer sa mère Gaia de son emprise, et de libérer ses frères et sœurs, les titans. À son tour, Zeus, enfant des titans Cronos et Rhéa, tua son père afin de délivrer ses frères et sœurs, les premiers dieux de l'Olympe.

¹⁰ L. FERRY, « La sagesse des mythes » Plon, 2008, p. 253.

6. Toutefois, le terme même de pluralisme est d'usage relativement récent. Le philosophe allemand Christian WOLFF l'utilisait pour la première fois vers 1720¹¹ pour désigner les types de la pensée philosophique afin d'éliminer la dichotomie du corps et de l'esprit. Le philosophe Jean WAHL signale l'apparition du terme de pluralisme dès 1833¹². Mais il n'apparaît dans les dictionnaires français qu'en 1932. Les pluralistes ont posé de manière nouvelle le problème de l'un et du multiple, ils ont ainsi formulé ce qu'ils appellent « une nouvelle théorie de la réalité »¹³. Aujourd'hui le pluralisme est partout, il irradie le droit. La Cour européenne des droits de l'homme a clairement affirmé que le pluralisme était inhérent à la démocratie, le pluralisme est une des conditions nécessaires à l'existence d'une démocratie et réciproquement, un droit démocratique est nécessaire à la garantie du pluralisme¹⁴. Le Conseil constitutionnel l'a qualifié d'objectif à valeur constitutionnelle¹⁵. La jurisprudence des différentes juridictions certifie ainsi que le pluralisme est aujourd'hui considéré comme un des éléments indispensables à l'existence d'une démocratie. Les seules limites acceptées au pluralisme seraient celles qui préviendraient une atteinte à la démocratie.

7. L'émergence de la réflexion sur le pluralisme juridique remonte à la fin du XIXe siècle. À cette époque, des auteurs tels que DURKEIM, DUGUIT, GURVITCH ont mis en évidence le rôle de la société dans la création du droit¹⁶, le rôle des forces sociales. Au début du XXe siècle, les concepts se sont affinés. En 1917, SANTI ROMANO publie en Italie un livre sur « l'ordre juridique »¹⁷. Traduit tardivement en France, SANTI ROMANO est considéré comme un représentant éminent du pluralisme juridique¹⁸. Pour ce juriste, « le pluralisme juridique est intra-étatique en prenant acte du fait que l'ordre juridique des états modernes doit s'appréhender comme un ensemble complexe et plus ou moins intégré d'ordres juridiques partiels, et non comme un ordre indistinctement homogène »¹⁹. Ce courant

¹¹ Christian WOLFF, né à Breslau le 24 janvier 1679, mort à Halle le 9 avril 1754, est un philosophe, juriste et mathématicien.

¹² J. WAHL, « Les philosophes pluralistes d'Angleterre et d'Amérique, les empêcheurs de penser en rond », (1920), réédition, Le Seuil, 2005, p. 403.

¹³ G.-H. HOWISON, cité par J. Wahl, *op. cit.*

¹⁴ CEDH Kokkinakis c/ Grèce, 25 mai 1993, §31, « Grands arrêts du droit de la Cour européenne des droits de l'homme », PUF, 2007, n°54.

¹⁵ Décision n° 89-271, DC du 11 janvier 1990, cons. 12, Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel, p. 24.

¹⁶ Notamment l'école sociologique du droit, avec Durkheim, qui sera suivi par Duguit.

¹⁷ SANTI ROMANO, « L'ordre juridique », traduction française de Ordinamento giuridico par F. et P. Gothot, Dalloz, 2^{ème} éd. 2002., p. 106.

¹⁸ Sur les pluralismes juridiques, J. MORET-BAILLY, « Ambitions et ambiguïtés des pluralismes juridiques », *in* Revue Droits, t. 35, Ordre juridique 2 /, p. 195. Les écrits de A.-J. Arnaud tiennent une place importante dans la réflexion contemporaine sur le pluralisme juridique, notamment « Entre modernité et mondialisation. Leçons d'histoire de la philosophie du droit de l'Etat », 2e éd., LGDJ, 2004, p. 267 s.

¹⁹ J.-G. BELLEY, « Pluralisme juridique », *in* Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, A.-J. ARNAUD (dir.), LGDJ, 1993.

influencé par le droit international privé accorde une grande importance à l'étude des rapports de droit qui s'établissent entre les ordres juridiques à l'intérieur comme à l'extérieur de l'administration étatique. SANTI ROMANO a essayé « de faire entrer dans le monde juridique ce fait de l'ordre social que l'on tenait généralement pour antécédent au droit », ²⁰ car pour cet auteur l'ordre juridique « n'est pas la somme arithmétique de règles » ²¹. Il en a déduit qu'un ordre juridique se trouve dans chaque institution, elle-même définie comme organisation, structure, attitude de la société. Il existerait donc ainsi autant d'ordres juridiques que d'institutions, cette théorie permettant d'expliquer la multiplication des ordres juridiques infra-étatique constitués en marge des États ²². Il parle de *relevance* ou d'« *irrelevance* » pour signaler si un ordre tient compte ou non de l'existence d'un autre ²³. Georges GURVITCH s'appuie sur l'expérience moderne et l'histoire pour formuler une hypothèse de pluralisme juridique. Le monisme correspondait à une situation politique, à la création des grands États modernes. L'époque moderne a remis ce monisme en question, la diversité a envahi le milieu juridique, « l'unité du droit s'affirme d'une façon purement immanente et se réalise dans la pluralité des faits normatifs équivalents et des foyers divers de l'expérience juridique ²⁴ ». On retrouve bien sûr des éléments de pluralisme juridique dans diverses théories, les unes tendent à la reconnaissance des pouvoirs à certaines institutions qui peuvent être l'expression du pouvoir de l'employeur ou de l'Église (par exemple avec les éléments pluralistes de la théorie de l'institution d'HAURIOU ²⁵, qui définit le droit comme un processus : « le droit est un enjeu et donc nécessitant de la pression en permanence » : le droit comme création continue), tandis que d'autres visent à permettre aux syndicats de se voir reconnaître une forme de pouvoir normatif, « l'égalité c'est le respect du pluralisme » ²⁶.

8. Le point commun des différentes théories que l'on peut trouver du pluralisme juridique est la charge polémique manifestée à l'encontre des théories du monisme étatique ²⁷ de CARRÉ DE MALBERG ²⁸ ou de la théorie de KELSEN ²⁹ qui assimilent largement le droit à l'État. Le débat autour du pluralisme des ordres juridiques est dirigé contre « la prétention

²⁰ V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », Recueil Dalloz 2006, p. 2279.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

²³ SANTI ROMANO, *op. cit.*, p. 107.

²⁴ GURVITCH Georges, « L'Expérience juridique et la Philosophie pluraliste du droit ».

²⁵ E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 1995, n°30-31.

²⁶ G. LYON-CAEN, « Droit syndical et mouvement syndical », *Dr. soc.* 1984, p. 5.

²⁷ D. TERRÉ, « Le pluralisme et le droit », *ARSP*, t. 49, 2005, p. 69.

²⁸ CARRÉ DE MALBERG, « Contribution à la théorie générale de l'État », Dalloz, 2003, p. 23.

²⁹ H. KELSEN Hans, « La démocratie, sa nature, sa valeur », 1re éd., 1920, 2^{ème} éd., en français, Sirey, 1932, Réimpression Economica, 1988, pp. 16 et 37.

de l'ordre étatique à vouloir concentrer la production du droit à l'égard de tous ses destinataires et donc à réguler l'ensemble des sphères sociales »³⁰. Mais il est vrai que le pluralisme juridique a reçu une petite consécration à travers l'idée que l'ordre juridique évolue. L'ordre juridique évolue et la nature organique du système juridique est parfois soulignée : « le système, tel qu'il est décrit, apparaîtra à beaucoup comme un monstre semblable à l'État : il vit, rejette les incompatibles, attire les complémentaires, et surtout s'auto reproduit³¹ ». Les développements potentiels de l'ordre juridique sont également mis en relief : « le système juridique n'est pas un ordre immanent et immuable. L'ordre juridique est dans l'histoire, en instance, en devenir³² ». L'évolution de l'ordre juridique se réalise également par le recours à d'autres ordres, comme l'ordre social, ou l'ordre moral, s'il présente des lacunes³³. « Quelle que soit son analyse, le caractère évolutif de l'ordre juridique suppose d'admettre le jeu combiné du pluralisme juridique et de la dynamique du droit »³⁴. Comme le pluralisme lui-même, le renouvellement des sources du droit n'est pas seulement infra-étatique. Il est également supra-étatique.

9. Durant le dernier tiers du XXe siècle, on observe un retour des théories du pluralisme juridique dans le cadre des théories anthropologiques, sociologiques et philosophiques du droit. Le pouvoir d'adopter des normes ne doit pas être monopolisé par l'État, mais doit être exercé par différents acteurs, ce qui permettrait une meilleure expression de la volonté diversifiée du peuple. Jacques VANDERLINDEN ou Norbert ROULAND s'intéressent plus généralement à la multiplicité des droits en présence à l'intérieur d'un même champ social. Pour Norbert ROULAND, « le pluralisme juridique est une représentation théorique suivant laquelle à la pluralité de groupes sociaux correspondent des systèmes juridiques multiples agencés suivant des rapports de collaboration, coexistence, compétition ou négation, suivant les circonstances historiques et sociales »³⁵. Norbert ROULAND relève qu'un pluralisme juridictionnel double de manière fréquente ce pluralisme

³⁰ O. BEAUD, « Ordre constitutionnel et ordre parlementaire. Une relecture à partir de Santi Romano », *in* *Revue Droits*, t. 33, *Ordre juridique*, p. 85.

³¹ J. CARBONNIER, « Sociologie juridique », PUF, *Quadrige* 1994, p. 348 s.

³² G. CORNU, « Introduction, Les personnes, Les biens », 12^e éd., Montchrestien, 2005, n° 70.

³³ Cette idée a été développée par Paul ROUBIER : « A partir du moment où l'ordre juridique présente des lacunes par rapport au concret, il est tout naturel d'aller chercher dans l'ordre social spontané, c'est-à-dire dans le contenu apporté par l'expérience de la vie et les nécessités des relations nouvelles, les éléments qui permettront de combler ces lacunes » : *L'ordre juridique et la théorie des sources du droit*, *in* *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Etudes offertes à G. Ripert*, 1950, LGDJ, p. 19.

³⁴ V. LASSÈRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *op. cit.*

³⁵ N. ROULAND, « L'état français et le pluralisme, histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792 », *op. cit.*

normatif³⁶. Le « pluralisme permet l'expression de la diversité et son maintien »³⁷. Jacques VANDERLINDEN, transforme sa définition du pluralisme en 1993, de la définition du pluralisme juridique de 1972³⁸ comme « l'existence, au sein d'une société déterminée, de mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques », il est passé à « la situation, pour un individu, dans laquelle des mécanismes juridiques relevant d'ordonnements différents sont susceptibles de s'appliquer à cette situation »³⁹. C'est au niveau de l'individu au sens sociologique du terme qu'il faut chercher le pluralisme juridique. L'individu est considéré comme « le point de rencontre de multiples réseaux sociaux »⁴⁰.

10. Pour Jean CARBONNIER, à côté du système juridique pour lequel il n'existe qu'un seul système normatif, il y a une multiplicité d'autre, qu'il appelle le pluralisme des normes⁴¹ : le droit supranational, les lois étrangères, les mœurs, la morale, l'éthique, la religion, etc. « La règle malgré tous les bienfaits qu'elle a apportés n'est peut-être pas la forme nécessaire et éternelle du droit »⁴². Lorsque les individus agissent selon des normes dissidentes, c'est-à-dire non étatiques, même si ceux-ci les croient juridiques, elles ne le sont pas. Les choses ne se passent pas droit contre droit, mais sous-droit contre droit, la portée de ce pluralisme doit être limitée, il est illusoire. Selon Jean CARBONNIER, le « véritable pluralisme » doit alors être trouvé plus loin, « dans l'épaisseur des faits »⁴³, dans la multiplicité des appréciations et interprétations judiciaires d'une même règle de droit. « Le droit est essentiellement multiple et hétérogène. Au même moment, dans le même espace social, peuvent coexister plusieurs systèmes juridiques, le système étatique certes, mais d'autres avec lui, indépendants de lui, éventuellement ses rivaux »⁴⁴. Ce pluralisme est particulièrement nécessaire en France où coexistent des structures familiales variées, ce qu'il appelle la pluralité des types⁴⁵.

11. Le pluralisme juridique est aussi la prise en compte par le droit de la diversité des destinataires du droit afin de garantir l'expression des spécificités de chacun et ce à l'intérieur

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ J. VANDERLINDEN, « Le pluralisme juridique. Essai de synthèse », in *Le pluralisme juridique*, J. Gilissen (dir.), Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1972, p. 19.

³⁹ J. VANDERLINDEN, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *R.R.J.*, 1993, n° 2, p. 583. ; J. VANDERLINDEN, « Les pluralismes juridiques », Bruylant, 2013.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ J. CARBONNIER, « Préface de Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur », *LGDJ*, 10^{ème} éd, 2001, p. 7.

⁴² *Ibid.*

⁴³ D. TERRÉ, « Le pluralisme et le droit », *op. cit.*, p. 81.

⁴⁴ J. CARBONNIER, « Sociologie juridique », *op. cit.*, p. 208.

⁴⁵ J. CARBONNIER, « Essais sur les lois », éd. Defrénois, 1995, p.107.

du système commun. Lauréline FONTAINE dans son article « Le pluralisme comme théorie des normes » distingue deux types de lien entre droit et pluralisme. Dans le premier, l'objectif est de faire en sorte que « les sources du droit soient le produit d'une pluralité de valeurs ou d'intérêts distincts »⁴⁶. Dans le second, « il s'agit plus simplement d'admettre la diversité des sources du droit, ou plus exactement des modes d'expression du droit à travers différents supports ». On peut donc en déduire que l'on entend couramment par pluralisme juridique, l'affirmation selon laquelle le droit n'est pas exclusivement produit par l'État, mais aussi par d'autres sources, non étatiques. Le pluralisme juridique est un courant théorique reposant sur la dénonciation de l'étatisation de la position du droit dans la doctrine classique. L'intérêt est donc d'apporter un contrepois théorique au mythe unitaire de l'ordre juridique⁴⁷. À l'unité de l'ordre juridique s'oppose la pluralité des ordres juridiques. Le pluralisme juridique est un « idéal dépeint par la doctrine »⁴⁸. Christian ATIAS rappelle à cet égard que le pluralisme est « présenté comme un degré supérieur de la démocratie » et qu'il s'agit « d'une véritable doctrine de la législation »⁴⁹. Puis il le définit comme consistant « à traiter tous ces comportements sans instaurer de hiérarchie, de préférence, entre eux, à admettre que, dans les mêmes circonstances, des citoyens d'un même État peuvent être soumis à des régimes différents »⁵⁰. Nous devons aussi rappeler le lien existant entre le pluralisme juridique et la neutralité⁵¹. La loi entend rester neutre face à la diversité des convictions et répond à la variété des idéologies nationales par le pluralisme juridique⁵².

12. Pour les professeurs François OST et Michel van de KERCHOVE il existe une pluralité de conceptions du pluralisme juridique⁵³. Ainsi, le pluralisme « systémique » implique la coexistence d'une pluralité de systèmes juridiques distincts, de même nature ou de nature différente. Le pluralisme « normatif » est conçu comme la coexistence de normes différentes ou de contenus différents. Le pluralisme « judiciaire » est la coexistence d'organes judiciaires différents, telle la coexistence de juridictions pour adultes avec les juridictions spécifiques pour les mineurs. Le pluralisme « jurisprudentiel » vise la coexistence de

⁴⁶ L. FONTAINE, « Le pluralisme comme théorie des normes », actes du colloque de Caen « Droit et pluralisme », Bruylant, 2007, p. 34.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ C. ATIAS, « Philosophie du droit », Coll. « Thémis-Droit privé », Paris, PUF, 1999, p. 349.

⁴⁹ C. ATIAS, *op. cit.*, p. 224.

⁵⁰ C. ATIAS, *op. cit.*, p. 225. Jusqu'à la loi sur le mariage pour tous, cela justifiait la différence de traitement entre couple hétérosexuel et couple homosexuel face au mariage.

⁵¹ C. ATIAS, *Ibid.* p. 226.

⁵² Ph. MALAURIE, « Couple, procréation et parenté » D. 1998, p. 127.

⁵³ F. OST et M. van de KERCHOVE « Le pluralisme, facteur d'effectivité ou d'ineffectivité du droit », *in* Pluralisme juridique et effectivité du droit économique, L. Boy, J-B. Racine, J-J. Sueur (dir.), Larcier, 2011 p. 17.

jurisprudences différentes issues de juridictions d'ordres ou de degrés différents. Le pluralisme « judiciaire » est conçu comme la coexistence de modes de résolution des conflits différents dans la mesure où ceux-ci ne se développent pas en dehors du droit. Le pluralisme juridictionnel peut être entendu comme la coexistence d'acteurs différents exerçant une activité juridictionnelle, c'est-à-dire « dire le droit ».

13. Le pluralisme en matière familiale est fortement teinté de sociologie. La famille qualifiée de traditionnelle est bâtie en référence à ce que les philosophes du droit appellent le droit « moderne », c'est-à-dire l'idée d'un droit fondé sur l'unicité, la permanence, l'universalité⁵⁴. Il découle de cette conception du droit une acception de la justice qui est d'abord une justice qui est là pour dire le droit, c'est une justice « civiliste ». Dans une vision plus moderne de la famille, au sein de laquelle nous intégrons ce que Jacques COMMAILLE appelle les « secondes familles »⁵⁵, c'est-à-dire les familles recomposées, cette conception du droit est bousculée, et répond plutôt à l'idée cette fois-ci de ce que les philosophes du droit appellent le droit « post-moderne », c'est-à-dire marqué par le relativisme, le pluralisme, la flexibilité, la mobilité. Il découlerait de cette conception du droit « post-moderne »⁵⁶ une conception de la justice qui devrait d'abord être fondée sur le pragmatisme, en tenant compte de la réalité sociale⁵⁷. Ce que l'on appelle la justice « humaniste ». Aujourd'hui la famille se décline au pluriel, il ne peut exister un modèle familial unique tant les représentations de la famille sont nombreuses. Dès qu'une nouvelle famille se crée naît une institution⁵⁸, il « est finalement autant d'idées d'œuvre que de groupes familiaux réels »⁵⁹. À l'échelle internationale, il n'existe pas non plus de modèle familial universel, tant les différences d'approche sont grandes s'agissant des formes de vie familiale⁶⁰. Cette pluralité se traduit par une grande diversité des droits de la famille d'un État à un autre.

14. Le droit de la famille désigne l'ensemble des règles qui régissent les rapports entre individus au sein de la famille et est donc tributaire de la civilisation dans laquelle il s'insère⁶¹. Les conceptions de la famille évoluent dans le temps et l'espace et selon les

⁵⁴ Notamment, G.W.F. HEGEL, « Principes de la philosophie du droit », traduction Jean-François Kervégan, PUF, 1998.

⁵⁵ J. COMMAILLE, « Les aspects sociologiques », Petites affiches, 01 octobre 1997, n° 118, p. 9.

⁵⁶ A.J. ARNAUD, « De jeu fini au jeu ouvert. Réflexions additionnelles sur le droit post-moderne », Droit et société, 1991, n° 17-18, p. 38 et s.

⁵⁷ J.-J. LEMOULAND, « Répertoire de droit civil, la famille » Dalloz, juin 2015.

⁵⁸ H. HAMMADI, thèse, *op. cit.*

⁵⁹ E. MILLARD, « Famille et droit public. Recherches sur la construction d'un objet juridique », thèse, LGDJ, 1995.

⁶⁰ A. THURILLET-BERSOLLE, « Droits européens et droit de la famille », thèse, Bourgogne, 2011.

⁶¹ P. GUEZ, « Pluralisme familial et ordre public international », in « Réflexions sur le pluralisme familial », Odile Roy (dir.), Presses Universitaires de Paris Ouest.

époques et les sociétés. La société contemporaine se caractérise par le pluralisme. Ainsi à la diversité des statuts du couple répond une uniformité du statut des enfants tout au moins pour les effets de la filiation⁶². L'indissolubilité du mariage n'existe plus, mais il n'a pour autant pas disparu, « il s'est déplacé du mariage vers la filiation »⁶³. La bienvenue disparition de la distinction enfant légitime enfant naturel a consacré le principe d'égalité⁶⁴ et a fait ainsi disparaître des limites qui s'opposaient à une consécration d'un « pluralisme familial égalitaire »⁶⁵. En effet, les principes qui ont inspiré les lois récentes sont facilement identifiables, égalité entre les différents membres de la famille et liberté dans la création et la rupture du lien du couple. Gérard CORNU relève que « Liberté, égalité, fraternité planent de haut sur la famille »⁶⁶. La famille pourrait même n'être qu'un « lieu banalisé d'hédonisme personnel »⁶⁷.

15. D'ailleurs peut-on définir la famille ? Selon la définition ancienne d'Alain BÉNABENT, « la famille est un groupe de personnes liées entre elles, par des liens fondés sur le mariage et la filiation ». Mais la famille, c'est aussi une réalité sociologique, économique et juridique. Si « nul n'est bon citoyen, s'il n'est bon fils, bon père, bon frère, bon ami, bon époux », ⁶⁸ « la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État »⁶⁹. Le droit de la famille est étroitement lié à l'évolution de la famille elle-même et en l'espace de quelques décennies, le visage de la famille a profondément changé⁷⁰ en France et à dans tous les pays occidentaux. « Famille, les savants d'il y a cent ans se demandaient d'où elle venait ; ceux d'aujourd'hui se demandent plutôt où elle va »⁷¹.

16. Chaque société, chaque époque possèdent sa définition de la famille, « modèle idéal ou complexe »⁷². La structure familiale varie, car la famille est un carrefour d'influences

⁶² Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, J.O. du 6 juillet 2005.

⁶³ I. THÉRY et A.-M. LEROYER, « Filiation, origine, parentalité : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle », *Droit de la famille*, septembre 2014, p. 8.

⁶⁴ N. COUDOING, « Les distinctions dans le droit de la filiation », thèse, Toulon 2007.

⁶⁵ M.-F. NICOLAS-MAGUIN, « Premières réflexions sur le pluralisme familial » *in* *Réflexions sur le pluralisme familial*, Odile Roy (dir.), Presses Universitaires de Paris Ouest.

⁶⁶ G. CORNU, « Droit civil : la famille », Montchrestien, 9^e éd, 2006, p. 19.

⁶⁷ J. HAUSER, « La famille, le temps et la durée, *in* *Annales de droit de Louvain* », vol. 59, Bruylant, 1999, n° 1-2, p. 191.

⁶⁸ Constitution du 5 Fructidor An III, Directoire - France, 22 août 1795 Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen.

⁶⁹ Article 8 de la déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948 à Paris.

⁷⁰ P. BLOCHE, V. PÉCRESSÉ, « Rapport fait au nom de la mission d'information sur la famille et les droits des enfants » ; Assemblée nationale, rapport n° 2832, 2 tomes, Doc. fr. 2006.

⁷¹ J. CARBONNIER, « Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur », L.G.D.J., 10^e éd, 2001, p. 279.

⁷² E. DURKHEIM, « Introduction à la sociologie de la famille », 1888.

d'ordre économique, social, religieux, philosophique. Le droit romain⁷³ distingue la *familia* comprenant uniquement les personnes habitant sous le même toit, de la *gens*, plus vaste, comprenant les descendants par les mâles d'un ancêtre commun, le *pater familias* qui dispose d'un pouvoir absolu tant sur les membres que sur le patrimoine de la famille. En raison des conquêtes, du commerce et de la permissivité des mœurs, les familles romaines ont éclaté et la puissance paternelle a donc décliné. En effet, le droit de vie et de mort sur les enfants fut limité, ainsi que le mariage des enfants contre leur volonté, tout comme le droit de les déshériter, etc.⁷⁴. Les premiers siècles du Moyen Âge sont dominés par l'application du principe de personnalité des lois⁷⁵ et par les coutumes barbares, c'est-à-dire essentiellement germaniques. Chez les francs, la famille connaît des originalités par rapport au droit romain. Le mariage est par exemple « un mariage à l'achat » et c'est au mari de verser une dot, le *wittimon*, aux parents de son épouse. Par ailleurs, ce mariage se distingue par sa stabilité, la rupture unilatérale n'est possible que dans des cas très limités notamment pour adultère ou sorcellerie⁷⁶. La puissance paternelle, le *mundium*, est plus orientée dans la protection de la famille que vers sa domination. À la fin du Moyen Âge, se dessinent par conséquent les traits d'un droit familial qui n'est pas très éloigné du nôtre⁷⁷, car des concepts essentiels du droit contemporain de la filiation, de l'autorité parentale et du mariage sont alors forgés. Sous l'ancien régime, la famille fait l'objet de compromis entre l'idéologie royale et la religion catholique, notamment en matière de mariage de filiation⁷⁸. La famille, telle que du moins le droit la construisait, restait à la fin de l'ancien régime une famille de type patriarcale, placée sous l'autorité du chef de famille, mari et père, héritier du *pater familias* romain.

17. La Révolution française a alors marqué une rupture en droit de la famille, comme dans bien d'autres domaines. Sous la bannière des principes de liberté, d'égalité et de laïcité⁷⁹,

⁷³ La civilisation romaine aura régné sur les contours de la Méditerranée de 753 avant J.-C. à 476 J.-C. et aura élaboré un droit qui lui a survécu.

⁷⁴ M.-H. RENAUT, Sur cette évolution, « Histoire du droit de la famille », Ellipses, 2003

⁷⁵ Système juridique selon lequel plusieurs lois sont susceptibles d'être appliquées sur un même territoire, en raison de la coexistence de groupes ethniques différents

⁷⁶ M.-H. RENAUT, « Histoire du droit de la famille », *op. cit.*, p.22.

⁷⁷ Sera élaborée la preuve que constitue la possession d'état, sur la combinaison de trois éléments : *nominatio, tractatus, fama*. Il y a présomption de paternité du mari, *pater is est quem nuptiae demonstrant*. Le Droit canonique érigera par ailleurs l'obligation alimentaire pour corollaire nécessaire de la filiation.

⁷⁸ S'agissant du mariage, le roi s'opposait à l'église en tentant d'imposer l'idée d'un mariage civil. S'ils avaient un lien familial avec celui ou celle qui les avait reconnus, les enfants naturels ne pouvaient hériter. Mais à défaut d'être reconnus, les enfants naturels étaient admis à rechercher la paternité naturelle afin d'obtenir des aliments. En tout état de cause, les enfants étaient encore soumis à une quasi-toute-puissance paternelle sous l'ancien régime : correction, incarcération et exhérédation étaient le lot commun de nombreux enfants à cette époque.

⁷⁹ La laïcité apparaît en premier lieu à travers le décret du 20 septembre 1792, qui retira la tenue des actes de l'État civil au clergé pour la confier aux municipalités. La laïcité se poursuit ensuite à travers le mariage civil et les pratiques de baptême civique à la mairie. Enfin, la laïcité transparait avec le rétablissement de l'adoption, institution longtemps combattue par l'église, mais suscitant par ses origines antiques un certain engouement de la part des révolutionnaires.

les révolutionnaires ont posé les bases d'un nouveau droit de la famille, en totale rupture avec celui de l'ancien régime. La liberté devient le principe, non seulement entre les époux, mais aussi entre parents et enfants. Entre les époux, la liberté prend la forme du divorce, rétabli par la loi du 22 septembre 1792, après avoir été interdit pendant le Moyen Âge et l'ancien régime. Le divorce est alors possible soit par consentement mutuel, soit à la demande de l'un des époux dans divers motifs tels que l'incompatibilité d'humeur, démence, adultère ou condamnations pénales de l'autre conjoint. Entre les parents et les enfants, la liberté devient également la règle, la puissance paternelle cesse avec la majorité de l'enfant laquelle est avancée à 21 ans. Par ailleurs, l'exercice de la puissance paternelle est désormais partagé avec la mère, quand ce n'est pas avec le tribunal de famille présidé par le juge de paix et composé de membres de la famille compétents notamment en matière de droits de correction. Cependant l'égalité dans le couple est plus apparente que réelle, car à l'exception notable du divorce, la femme est en effet placée sous la puissance maritale. À l'inverse, l'égalité est rétablie entre l'enfant naturel et l'enfant légitime. Sauf dans le cas où il s'agit d'un enfant adultérin, l'enfant naturel bénéficie ainsi de la même vocation successorale que l'enfant issu du mariage. Par ailleurs, l'égalité est rétablie dans les héritages en général, les aînés ne sont plus privilégiés par rapport aux cadets⁸⁰ ni les frères par rapport à leurs sœurs⁸¹. Sous l'influence des Lumières, deux grandes idées prirent leur essor au XVIII^e siècle et modifièrent la vision de la famille : l'individualisme et la recherche du bonheur. La famille du Code civil repose toute entière sur le mariage. Promulgué en 1804, le Code civil est un texte de compromis entre les principes révolutionnaires et les traditions de l'ancien régime. Il marque un retour à l'ordre en matière familiale, il conserve les principaux acquis de la Révolution, mais restaure l'autorité dans la famille. Le Code Napoléon revient donc à une famille qualifiée de traditionnelle, fondée sur le mariage et la filiation légitime. La Restauration va concilier les principes révolutionnaires avec le rétablissement de la monarchie. Mais avec le retour du catholicisme comme religion d'État, le divorce est aboli par la loi du 8 mai 1816 dite loi Bonald⁸². Le droit de la famille ne connaîtra plus d'évolution significative jusqu'à la troisième république⁸³ et va alors connaître une évolution qui s'est poursuivie jusqu'à nos jours.

⁸⁰ Décret du 4 août 1789 relatif à l'abolition des privilèges.

⁸¹ Décret du 17 nivôse an II relatif aux donations et successions.

⁸² La Restauration son combat pour la monarchie vaut à Bonald une reconnaissance officielle et une grande influence à ses idées. Créé chevalier de Saint-Louis, il joue un rôle politique actif. Il est nommé au Conseil royal de l'Instruction publique par Louis XVIII pendant les Cent-Jours. Dès 1815, élu à la Chambre des députés par le département de l'Aveyron, il propose une loi interdisant le divorce traité de « poison révolutionnaire ». La loi Bonald qui est votée le 8 mai 1816 rétablit la séparation de corps et reste en vigueur jusqu'en 1884.

⁸³ 1875

18. Au milieu du XX^e siècle, les bouleversements politiques, économiques et sociaux, l'évolution des mentalités et des comportements, les grandes crises sociales créèrent peu à peu une rupture entre la famille traditionnelle et les réalités nouvelles. En France comme dans toute l'Europe, une reconstruction d'ensemble s'imposait⁸⁴.

19. Ainsi, préoccupé par l'idée d'harmoniser le droit avec l'évolution des mœurs et de la société, le gouvernement du général de Gaulle, sous l'impulsion de son garde des Sceaux, Jean FOYER, confia à Jean CARBONNIER, le soin de préparer les grandes réformes du droit de la famille. Les gouvernements suivants firent de même, l'ensemble se montrant cohérent⁸⁵. Furent successivement réformés la tutelle des mineurs et l'émancipation⁸⁶, les régimes matrimoniaux⁸⁷, les incapacités des majeurs⁸⁸, l'autorité parentale⁸⁹, la filiation⁹⁰, la majorité⁹¹ et le divorce⁹². Les « lois CARBONNIER » se caractérisent par l'attention portée aux réalités sociales : elles furent précédées d'enquêtes sociologiques et démographiques⁹³. Elles sont également marquées par le souci d'équilibre, certaines innovations sont révolutionnaires, mais sont tempérées par « un jeu subtil d'exceptions ». Notamment l'enfant adultérin appelé à la succession de ses père et mère, lorsqu'il entrait en concurrence avec les victimes de l'adultère, n'avait droit qu'à la moitié de ce qu'il aurait eu s'il avait été légitime ; de même, il pouvait être exclu du partage par un allotissement anticipé⁹⁴. Ses droits étaient reconnus, mais dans le souci de ne pas heurter les familles « légitimes ».

20. Trois grands principes animent les réformes des années 1960-1970 : la liberté, l'égalité⁹⁵, le pluralisme⁹⁶. Reprenant l'héritage révolutionnaire, les « lois CARBONNIER » donnèrent plus de liberté aux individus. La puissance paternelle fut abolie au profit de

⁸⁴ Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, « Évolution du droit de la famille », Defrénois, 15 juillet 2009 n° 13, p. 1347.

⁸⁵ J. CARBONNIER, « Essais sur les lois et Droit et passion du droit sous la V^e République », 2^e éd. 1995, p. 12.

⁸⁶ Loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation, J.O. du 15 décembre 1964.

⁸⁷ Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, J.O. du 14 juillet 1965.

⁸⁸ Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, J.O. du 4 janvier 1968.

⁸⁹ Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, J.O. du 5 juin 1970.

⁹⁰ Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, J.O. du 5 janvier 1972.

⁹¹ Loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 fixant à dix-huit ans la majorité, J.O. du 7 juillet 1974.

⁹² Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, J.O. du 14 juillet 1975.

⁹³ J. CARBONNIER, « Essais sur les lois et Droit et passion du droit sous la V^e République », *op. cit.*, p. 12.

⁹⁴ J. CARBONNIER, « La famille », PUF, coll. Thémis, 21^e éd., 2002, p. 336 et s.

⁹⁵ J. MASSIP, « Liberté et égalité dans le droit contemporain de la famille », Defrénois. 1990, article. 34682.

⁹⁶ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », RTD civ. 1995, p. 249.

l'autorité parentale⁹⁷ ; la femme fut affranchie de l'autorité maritale. Le mouvement de liberté se traduisit également par l'autonomie laissée aux individus et la place faite à leurs choix et à leurs accords. L'égalité touche avant tout les époux. La réforme des régimes matrimoniaux de la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965⁹⁸, parachevée par la loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985⁹⁹, instaure l'égalité des époux dans la gestion et la disposition de leurs biens et ceux de leurs enfants mineurs. Ils choisissent ensemble la résidence de la famille¹⁰⁰, ils assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille¹⁰¹. L'égalité règne aussi entre les parents puisque le principe est celui d'un exercice en commun de l'autorité parentale, le père perd sa qualité de chef de famille. Tout aussi importante est l'égalité instaurée entre enfants légitimes et naturels puisque la loi du 3 janvier 1972¹⁰² affirme que les enfants, qu'ils soient légitimes ou naturels, ont en principe les mêmes droits et les mêmes devoirs. Ils entrent dans la famille de leur auteur.

21. Les « lois CARBONNIER » firent l'objet de retouches afin de tirer toutes les conséquences des principes qu'elles avaient posés. Ces lois étaient des lois d'équilibre, la règle s'adoucissant par ses tempéraments. Du fait principalement du dynamisme des principes de liberté et d'égalité et de l'évolution des mœurs. Ainsi, la loi précitée du 23 décembre 1985 vint-elle parfaire la loi du 13 juillet 1965 sur les régimes matrimoniaux, en menant à son terme l'égalité entre époux, y compris en matière de nom de famille. Il en alla de même de la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001¹⁰³ qui mit fin aux discriminations successorales frappant les enfants adultérins. Et parce que le système de la prestation compensatoire imaginé par la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975¹⁰⁴ n'avait pas toujours été compris par le juge, le législateur dut le corriger par la loi n° 2000-596 du 30 juin 2000¹⁰⁵. D'autres réformes eurent pour objectif de répondre à des problèmes nouveaux. La multiplication des séparations, ainsi que l'augmentation des enfants nés hors mariage, a conduit le législateur à porter son attention sur l'autorité parentale dans les familles séparées. Avec la loi n° 87-570 du 22 juillet 1987¹⁰⁶ et celle n° 93-22 du 8 janvier 1993¹⁰⁷, fut posé le principe de l'exercice conjoint de

⁹⁷ La très profonde évolution de fond commandait ce changement, l'idée de pouvoir est remplacée par celle de fonction ; L. LEVENEUR, « Le choix des mots en droit des personnes et de la famille », *op. cit.*, p. 25.

⁹⁸ Loi n°65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, *op. cit.*

⁹⁹ Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs ; J.O. du 26 décembre 1985.

¹⁰⁰ Article 215 du Code civil.

¹⁰¹ Article 213 du Code civil.

¹⁰² Loi n°72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, J.O. du 5 janvier 1972.

¹⁰³ Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral ; J.O. du 4 décembre 2001.

¹⁰⁴ Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce ; J.O. du 12 juillet 1975.

¹⁰⁵ Loi n° 2000-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce ; J.O. du 1^{er} juillet 2000.

¹⁰⁶ Loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale ; J.O. du 24 juillet 1987.

l'autorité parentale dans les familles séparées. Ces textes s'inscrivaient plus généralement dans un ensemble de réformes soucieuses de reconnaître les droits de l'enfant. Par ailleurs, les progrès de la science et les bouleversements qu'ils provoquèrent dans le domaine de la génétique et des biotechnologies eurent un profond retentissement sur la famille, en ce qu'ils touchaient à la procréation, à la vie. Furent élaborées les premières lois « bioéthiques » de 1994¹⁰⁸.

22. Le maître mot est encore et toujours la liberté, qui passe par le pluralisme des statuts. La liberté se combine avec l'égalité : égalité des personnes et égalité des statuts. Le droit contemporain de la famille, comme l'ensemble du droit des personnes, est dominé par la lutte contre les discriminations. Il n'y a discrimination que s'il existe une différence de traitement dans l'exercice ou dans la jouissance d'un droit reconnu, entre deux situations comparables, sans justification objective et raisonnable, c'est-à-dire sans justification poursuivant un but légitime dans une société démocratique et respectant un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but¹⁰⁹.

23. Le pluralisme familial est consacré, coexistent dans la société contemporaine plusieurs types de famille¹¹⁰. La famille est la cellule de base de la société au sein de laquelle le mariage est la « plus ancienne coutume de l'humanité ¹¹¹ ». Dans une conception traditionnelle, la famille repose donc sur le mariage et la filiation¹¹². Et Alain SÉRIAUX de rappeler que « pour la science comme pour la conscience, la famille occupe une très légitime place dans le cœur de chaque juriste »¹¹³. Au modèle unique du couple fondé sur le mariage se succède une pluralité de couples également reconnus en tant que forme juridique, créatrice de droits et de devoirs. Fruit de l'histoire et de la culture occidentale, la famille traditionnelle qualifiée de légitime est restée durant des décennies le seul modèle de famille acceptable en raison même de sa stabilité. En dépit des évolutions sociologiques la famille traditionnelle constitue toujours aujourd'hui un référentiel, notamment pour le législateur,¹¹⁴ mais n'est plus considérée comme le modèle de référence. Plus généralement, l'évolution législative

¹⁰⁷ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, J.O. du 9 janvier 1993.

¹⁰⁸ Trois lois furent promulguées : Loi n° 94-548 du 1er juillet 1994 relative au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, J.O. du 30 juillet 1994.

¹⁰⁹ F. Sudre, « Droit européen et international des droits de l'homme », n°s 184 et s.

¹¹⁰ F. DE SINGLY « Enfant adultes : vers une égalité de statuts ? » Universalis, 2004, p.17.

¹¹¹ G. CORNU, « Droit civil, La famille », *op. cit.*, p.7

¹¹² A. BÉNABENT, « Droit civil, La famille », Montchrestien, coll. Domat, 2^e éd., 2012, p.1 *op. cit.*

¹¹³ A. SÉRIAUX, « Le juriste face au droit de la famille », *op. cit.*

¹¹⁴ En droit patrimonial de la famille et en droit fiscal.

contemporaine vise à consacrer un véritable modèle familial fondé sur la notion de couple¹¹⁵. La famille est désormais construite sur le couple, « couple qui s'est substitué au ménage »¹¹⁶.

24. La société française se caractérise donc par ses diversités. Face à la pluralité des modes de vie en famille et à la diversité des aspirations individuelles, le législateur n'entend plus imposer un type de famille, mais laisser une certaine latitude aux individus. Le pluralisme législatif se traduit par la pluralité des statuts¹¹⁷. L'emploi du pluriel exprime la volonté d'une diversité juridique. Nous pouvons prendre l'exemple des réformes du divorce à travers les lois du 11 juillet 1975¹¹⁸ et du 26 mai 2004¹¹⁹ qui peuvent apparaître comme l'expression d'un pluralisme légal, appliqué au divorce. Le pluralisme est alors vu comme un « rééquilibrage des pouvoirs au profit du citoyen s'inscrivant dans un projet de société plus démocratique »¹²⁰ où l'égalité entre les membres de la famille est consacrée à travers notamment une pluralité d'intervenants et où les volontés individuelles trouvent leur place. Se dégage ainsi une volonté de maintenir des rapports équitables au sein de la famille sous l'égide du droit privé, face à l'État¹²¹. « La famille n'est pas un groupe social comme les autres », souligne une sociologue¹²². La famille a une importante fonction politique : les édits royaux proclamaient déjà que « les familles sont les séminaires de l'État » et Portalis, lors des travaux préparatoires du Code civil, avait repris l'idée dans une formule célèbre en disant que « les familles sont les pépinières de l'État ». La sociologie contemporaine souligne toujours que « s'interroger sur la famille, c'est s'interroger sur le fondement de l'ordre social ¹²³ ».

25. La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013¹²⁴ ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe est venue bouleverser les définitions de la famille. La question de l'intérêt de la société à organiser le droit de la famille en fonction de l'altérité sexuelle a été au cœur des débats¹²⁵. Le droit européen avait invité le législateur à suivre cette voie de l'égalisation des couples hétérosexuels et homosexuels en notant que même s'il n'existe pas de consensus européen concernant le mariage des personnes de même sexe, le droit au

¹¹⁵ J.-J. LEMOULAND, « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », D. 1997, chron., p. 133. ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « A propos du pluralisme des couples et des familles », LPA, 28 avril 1999, p. 29. ; D. TERRÉ, « Le pluralisme et le droit », ARSP, t. 49, 2005.

¹¹⁶ J. CARBONNIER, « Essais sur les lois », *op. cit.* p. 183.

¹¹⁷ J.-J. LEMOULAND, « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », D. 1997, chron., p. 133.

¹¹⁸ Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *op. cit.*

¹¹⁹ Loi n° 2004 - 439 du 26 mai 2004 relative au divorce, J.O. du 27 mai 2004.

¹²⁰ J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, 2e éd., 1995, Defrénois, p. 181.

¹²¹ J.-J. LEMOULAND, « Répertoire de droit civil, la famille » Dalloz, *op. cit.*

¹²² I. THERY « Droit, famille et vie privée, le pari du débat » Commentaire n°83, 1998, p. 827.

¹²³ R. LENOIR « Généalogie de la morale familiale », Le Seuil, 2003.

¹²⁴ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, J.O. du 18 mai 2013.

¹²⁵ I. CORPART, « Les revendications parentales des couples homosexuels : de l'homoparentalité à l'homoparenté », RJPF 2012-4, p. 7.

mariage consacré par l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme ne doit pas en toutes circonstances être limité au mariage entre deux personnes de sexes opposés¹²⁶.

26. Il est vrai que la structure familiale entretient un rapport analysé par Jaques COMMAILLE comme étroit avec la politique. La proximité du rapport entre familles et identités politiques a été analysée sous divers angles¹²⁷. Notamment, pour Emmanuel TODD le pluralisme des systèmes familiaux serait à l'origine du pluralisme des régimes politiques¹²⁸. « Aujourd'hui plus encore qu'hier, la famille se décline au pluriel. »¹²⁹ Au sein même de notre société, il n'est pas une, mais des manières de fonder, de vivre et de défaire le lien familial. La famille s'affiche en effet sous le signe de la plus grande diversité. Nucléaire ici, étendue là-bas, monoparentale ou recomposée, « elle peut se bâtir autour d'un couple marié ou libre, tantôt hétérosexuel tantôt homosexuel, organiser les relations de ses membres suivant un principe hiérarchique ou au contraire égalitaire, fonder son élargissement sur une généalogie commune, un vécu partagé ou une volonté parentale »¹³⁰. Le phénomène du pluralisme familial découle des conceptions idéologiques, politiques, religieuses, culturelles, économiques, de chacun. « Il trouve encore les causes de son développement dans le jeu des volontés individuelles en la matière et les vicissitudes de la vie auxquelles la famille se trouve confrontée et se trouve amplifié sous l'effet de différents facteurs tels que la mobilité accrue des personnes, la multiplication des unions mixtes, les progrès scientifiques, etc. »¹³¹ À une pluralité familiale devrait répondre, un droit de la famille pluraliste.

27. Chaque individu aspire désormais à l'épanouissement personnel et à la réalisation de ses droits¹³². Le doyen CARBONNIER dénonçait « la pulvérisation du droit en droits subjectifs par l'exaltation permanente des droits de l'homme au risque que tout besoin, tout désir, demande à être reconnu en droits subjectifs¹³³ ». En favorisant expressément la liberté dans la sphère familiale, est consacrée la contractualisation de cette branche du droit. « La contractualisation du droit de la famille est une nécessité, car elle est la marque de la prise en compte par le droit du fait et des réalités sociales. Le constat est fait : nous vivons dans une

¹²⁶ CEDH, 24 juin 2010, aff. 30140/04 Schalk et Kopf/Autriche, JCP G 2010, act. 768, note C. Picheral.

¹²⁷ MILLARD Éric, « Familles et droit public : recherches sur la construction d'un objet juridique », Paris, LGDJ, 1995 ; COMMAILLE Jean et MARTIN Claude, « Les Enjeux politiques de la famille », Paris, Bayard, 1998.

¹²⁸ TODD Emmanuel, « La troisième planète. Structures familiales et systèmes idéologiques », Paris, Éd. Du Seuil, 1983.

¹²⁹ M.-F. NICOLAS-MAGUIN, « Premières réflexions sur le pluralisme familial » in *Réflexions sur le pluralisme familial*, Odile Roy (dir.), Presses Universitaires Paris Ouest.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Ibid.*, p. 5.

¹³³ J. CARBONNIER, « Droit et passion du droit sous la Ve », Flammarion 1996, p. 121 et s.

société communautaire, aussi il est logique que des catégories sociales particulières aient leurs institutions propres »¹³⁴.

28. Le pluralisme des institutions familiales est certain, car l'on doit intégrer la diversité des cas de divorce, la diversité des régimes de protection des personnes vulnérables, des régimes matrimoniaux, des adoptions... etc. et chacune de ces familles et chacun des membres doivent pouvoir trouver dans notre législation un modèle adéquat. Mais nous sommes aussi à la recherche d'un « sur-mesure juridictionnel »¹³⁵. « Dis-moi quelle est la procédure de ton contentieux familial je te dirai quelle est ta famille et, risquons-le, je te dirai quel est ton État »¹³⁶. La société n'impose pas un modèle, elle en présente plusieurs. Le pluralisme traduit donc le refus d'une loi dictée par un idéal et préfère une loi telle que conçue par Montesquieu, « flegmatique, parcellaire, empirique »¹³⁷. « À chacun sa famille, à chacun son droit », écrivait le doyen CARBONNIER pour qui le pluralisme devait s'étudier du point de vue philosophique et politique, philosophie selon laquelle la loi ne saurait se bâtir sur un modèle unique. « À chacun son couple, à chacun son droit », rajoute Bernard BEIGNER¹³⁸.

29. Chaque société, entendue en tant que groupe d'êtres humains, fonctionne selon un usage cohérent qui est la loi du groupe¹³⁹. Au pluralisme normatif correspond un pluralisme juridictionnel. Pluralisme juridictionnel entendu, au moins dans une première approche comme la coexistence de plusieurs juridictions dans un même système. Juridictionnel signifie, « relatif à une juridiction »¹⁴⁰. Et la juridiction désigne la *jurisdictio*, le pouvoir de dire le droit¹⁴¹, « c'est un pouvoir, celui de faire des actes ayant en droit le caractère de jugement »¹⁴². Mais c'est avant tout, une fonction, la fonction juridictionnelle. Ainsi, le terme juridiction, entendu comme fonction, se confond alors avec le pouvoir juridictionnel ou l'acte juridictionnel qui en est sa manifestation.

¹³⁴ F.-J. PANSIER « De la contractualisation du droit de la famille en général et du droit du mariage en particulier » Gaz. Pal. 1999, 1, doctrine 287.

¹³⁵ L. CADIET, « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in Mélanges G. Wiederkehr, « De Code en Code », Dalloz, 2009, p. 65.

¹³⁶ J. HAUSER, « Le contentieux familial en France : la forme et le fond », in M.-T. MEULDERS-KLEIN (dir.), Familles & Justice, justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé, Bruylant (Bruxelles) et LGDJ, 1997, p. 87.

¹³⁷ J.-J. LEMOULAND, « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? » Recueil Dalloz 1997, p. 133.

¹³⁸ B. BEIGNIER, « A chacun su couple, à chacun son droit », Dr. Famille, 2010, n°7, p. 11.

¹³⁹ F. HERITIER-AUGE, « Don et utilisation de sperme et d'ovocytes. Mères de substitution. Point de vue fondé sur l'anthropologie », in Génétique, procréation et droit, Actes Sud, 1985, pp.237-252.

¹⁴⁰ Dictionnaire « Larousse ». <http://www.larousse.fr/encyclopedie/juridictionnel>.

¹⁴¹ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), « Lexique des termes juridiques », Dalloz, 22 édition, 2014-2015, p. 670, V° *Jurisdiction*.

¹⁴² CORNU et FOYER, *op. cit.*

30. Dans un sens organique, la juridiction désigne « les organes qui sont dotés de ce pouvoir »¹⁴³. Dans une conception classique de l'organisation judiciaire, les juridictions sont ordonnées en une pyramide stable. La pyramide stable est devenue un « réseau dynamique de relations nouées entre les juridictions »¹⁴⁴. En 1928, Francesco CARNELUTTI affirmait qu'il n'y a pas « pour la science procédurale de problème plus grave que celui qui concerne la détermination de la fonction juridictionnelle »¹⁴⁵. Le rôle de la doctrine dans la qualification de juridiction est important, car, « la notion de juridiction en tant que fonction constitue nécessairement une construction doctrinale, un discours tenu sur le droit »¹⁴⁶. La doctrine, aidée de la jurisprudence, a dû dégager les critères de la juridiction, quand la nécessité s'en faisait ressentir. Les constitutionnalistes situent la juridiction par rapport au pouvoir exécutif et législatif. La juridiction est alors appréhendée comme un pouvoir, comme une autorité. Quant à la doctrine administrative, elle s'y est intéressée pour marquer l'autonomie de la fonction juridictionnelle par rapport à la fonction administrative. Pour Loïc CADIET, la réflexion civiliste a évolué au gré des besoins propres au procès civil. C'est la raison pour laquelle les travaux concernant la notion de juridiction se sont principalement articulés autour de la distinction des fonctions contentieuse et gracieuse.

31. Dès lors, le rôle du juge dans la promotion et l'homologation des accords entre membres de la famille ravive aujourd'hui cet intérêt. En droit privé, la notion de juridiction est liée à la chose jugée, à l'*imperium*, elle est alors au cœur de la procédure. En matière civile, il s'agit de savoir si l'organe doit trancher un litige ou seulement dire le droit. La matière gracieuse caractérisée par l'absence de litige impliquerait que le juge n'ait pas à trancher entre deux positions opposées, mais qu'il dise le droit. Cette conception de l'activité juridictionnelle limiterait ainsi la juridiction à la seule activité contentieuse du juge. En dépit de quelques résistances¹⁴⁷, le débat semble se résoudre dans le sens d'une incorporation de la matière gracieuse à la notion de juridiction. Comme le rappelle Soraya AMRANI-MEKKI, « Les nombreux débats doctrinaux sur cette matière gracieuse ont pourtant abouti à un consensus aujourd'hui sur le fait que le juge exerce bien une mission juridictionnelle en matière gracieuse, il dit le droit et ses décisions sont susceptibles de recours. Réduire le rôle du juge au contentieux est une déformation de la perception de la justice »¹⁴⁸.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, « Théorie générale du procès », *Thémis droit*, PUF, 2013, p. 395

¹⁴⁵ F. CARNELUTTI, « Litè e funzione processuale », *Riv. dir. proc. civ.* ; 1928, 1, p. 23.

¹⁴⁶ M.-C. RIVIER, v° Juridiction, *in* L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004.

¹⁴⁷ H. VIZIOZ, *op. cit.*

¹⁴⁸ S. AMRANI-MEKKI, « La déjudiciarisation », *Gaz. Pal.* 5 juin 2008, p. 28.

32. Une importante partie de la doctrine s'est attachée à définir les critères de l'acte juridictionnel, les uns tenant à la forme de l'acte, les autres, les critères matériels, tenant à la nature de l'acte. C'est une combinaison des deux qui a été retenue¹⁴⁹. L'acte juridictionnel est un acte émanant d'une juridiction possédant l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire, ainsi, l'acte gracieux, si fréquent en matière familiale, est de nature juridictionnelle. « Il est impossible de nier aujourd'hui que la juridiction gracieuse soit partie intégrante de la fonction juridictionnelle »¹⁵⁰. « Le juge n'a pas un pouvoir juridictionnel de constater, d'une part, et un pouvoir de décision de nature différente, d'autre part. Il n'a normalement pouvoir de constater que pour décider. La constatation et la décision sont indissociables et constituent un acte unique »¹⁵¹. Un acte est juridictionnel lorsque le juge remplit la fonction attendue par les parties qui le saisissent, celle de dire le droit, et il est en conséquence une manifestation de volonté du juge et une manifestation de volonté des parties¹⁵².

Cependant, la Cour de Justice des Communautés Européennes a indiqué qu'un jugement d'homologation ne faisait pas partie de la fonction juridictionnelle¹⁵³ car il est nécessaire que le juge prenne une décision pour qu'il y ait acte juridictionnel. Toutefois, le critère de la décision est impropre à déterminer à lui seul la notion de juridiction dans la mesure où il conduirait à des exclusions¹⁵⁴. La qualification de juridiction ne devrait pas dépendre du sens de la décision du juge. Ainsi, selon le Code de procédure civile, l'homologation relève de la matière gracieuse, et de manière incontestable, la matière gracieuse relève de la fonction juridictionnelle du juge¹⁵⁵. La matière gracieuse constitue une fonction de juger à part entière, car le juge a la qualité de tiers vérificateur de la légalité et de l'opportunité. Pour Georges WIEDERKEHR, un acte juridictionnel est un acte émanant d'une juridiction possédant l'autorité de la chose jugée et force exécutoire, l'acte gracieux est de nature juridictionnelle. « Il est impossible de nier aujourd'hui que la juridiction gracieuse soit partie intégrante de la fonction juridictionnelle »¹⁵⁶.

¹⁴⁹ S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, « Procédure civile », Dalloz, 32^e éd. 2014.

¹⁵⁰ CORNU et FOYER, *op. cit.* ; M. BANDRAC, « De l'acte juridictionnel, et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas », in « Le juge entre deux millénaires », Mélanges offerts à Pierre Drai, Dalloz, 2000, p. 171

¹⁵¹ G. WIEDERKEHR, « Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires », in Mélanges Alfred Rieg, Bruylant, 2000, p. 886.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ CJCE 19 octobre 1995, Job Centre, aff. C-111/94, Rec. I-3361 : homologation des statuts d'une société pour inscription au registre du commerce et des sociétés.

¹⁵⁴ Par exemple les jugements déclaratoires, comme en matière de nationalité.

¹⁵⁵ V. ÉGÉA, « La fonction de juger en droit contemporain de la famille », *op. cit.* p. 186 s.

¹⁵⁶ G. WIEDERKHER, « Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires », *op. cit.* p. 886. , V. Égéa, « La fonction de juger en droit contemporain de la famille », *op. cit.*

33. Le pluralisme juridictionnel en droit de la famille est alors apprécié comme la coexistence de plusieurs juridictions dans un même système de justice familiale. Cette diversité des juridictions renvoie à l'existence de juridictions de nature différente. L'institution judiciaire doit alors être pensée comme un système global et dynamique, au service des individus¹⁵⁷, afin d'assurer la protection de tous les membres de la famille.

34. Dès lors, le souci de protection et le souci d'équilibre sont l'expression de la fonction juridictionnelle. D'une part, la protection peut être entendue comme la préservation de la personne d'un mal, d'un danger mais aussi comme la valorisation du développement de son autonomie. L'effectivité du droit permet en effet d'ériger des barrières afin de préserver le lien familial et les intérêts des membres de la famille et plus généralement les intérêts de la famille. La procédure doit se montrer adaptée à l'organisation judiciaire de la vie familiale, et par là même, assurer une mission de protection. À titre d'exemple, certains principes directeurs du procès souffrent de dérogations dans la matière familiale notamment l'absence de publicité des débats en chambre du conseil, ce qui paraît justifié par la nature intime des situations familiales, ou encore le principe du contradictoire en matière d'assistance éducative. D'autre part, comme a pu l'écrire MOTULSKY « le but du droit étant l'harmonie sociale, son action consiste nécessairement à prévenir et à sanctionner une rupture d'équilibre »¹⁵⁸. Le droit processuel assure la cohérence substantielle du droit de la famille à travers un mouvement de balancier¹⁵⁹. Les pouvoirs d'organisation du juge sont grandement tempérés par le respect des grands principes de droit processuel, qui eux-mêmes se trouvent parfois contraints à l'adaptation à la matière familiale. Le juge prend parfois des libertés avec les textes pour réguler les relations familiales par les notions à contenu variable. L'article 377 du Code civil et sa formule « lorsque les circonstances l'exigent » n'avaient peut-être pas été écrits pour régler la situation de l'enfant élevé au sein de sa cellule familiale par un couple homosexuel¹⁶⁰.

35. Le droit judiciaire privé évolue au rythme de ces matières. « Dès qu'apparaissent de nouvelles matières (...) le législateur s'empresse de créer des juridictions qui connaîtront spécialement des litiges qu'elles font naître »¹⁶¹. Les nombreuses réformes législatives ont ainsi abouti à l'éclatement des compétences d'attribution et des procédures à suivre. Quel juge est compétent ? Telle est la première question qui se pose pour le citoyen confronté au droit.

¹⁵⁷ L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.* p. 396.

¹⁵⁸ H. MOTULSKY, « Principes d'une réalisation méthodique du droit privé » Dalloz, 2002.

¹⁵⁹ V. EGEA, « La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille », *op. cit.*

¹⁶⁰ Civ. 1^{re}, 24 fév. 2006 qui admet une délégation d'autorité parentale dans un couple de partenaires pacsés au nom de l'intérêt de l'enfant.

¹⁶¹ H. SOLUS et R. PERROT, « Droit judiciaire privé, t. I, Introduction, notions fondamentales, organisation judiciaire », Sirey, 1961.

En effet, les compétences d'attribution varient, en fonction des matières, mais aussi en fonction des moments de la vie familiale. À l'occasion de la réforme du divorce de 1975, le législateur a instauré un juge spécifique, le juge aux affaires matrimoniales¹⁶² et sa compétence se limitait au divorce sur requête conjointe et aux questions de l'après-divorce. Le lien entre le fond et la procédure est ainsi mis en évidence par cette scission des compétences, « à divorce consensuel, juge gracieux ; à divorce contentieux, juge de droit commun »¹⁶³. Alors qu'il est aisé pour le justiciable de penser qu'un seul juge intervient en la matière, le juge aux affaires familiales. Il est vrai que les réformes tendent à concentrer en ses seules mains tout le contentieux inhérent à la famille. L'intervention judiciaire dans le droit de la famille a acquis une spécificité conduisant à une spécialisation croissante des juges œuvrant dans cette matière. Or, certains litiges relèvent de la compétence exclusive du Tribunal de grande instance où la collégialité est la règle, tandis que la compétence dévolue aux juges uniques concerne alors le juge aux affaires familiales, le juge des enfants, le juge des tutelles.

36. Le pluralisme juridictionnel en droit de la famille peut s'expliquer par différents facteurs. Tout d'abord l'aménagement du contentieux correspond aux exigences du respect de l'ordre public qui demeure en principe en droit de la famille¹⁶⁴. Ainsi, le contentieux de la famille relevait traditionnellement de la compétence du Tribunal de grande instance, juridiction collégiale de droit commun en raison de l'indisponibilité de l'état des personnes. Cette compétence, avec le temps, s'est révélée moins adaptée tant en raison de l'importance du contentieux à traiter qu'en raison de sa spécificité et de la recherche d'une plus grande efficacité. En effet la technicité de certains contentieux a justifié qu'ils soient attribués à un juge spécialisé. Et de la même manière, la délicatesse de certaines matières, directement liées à l'intimité des personnes notamment explique le recours à un juge spécialisé. Ces préoccupations ont conduit à enlever au Tribunal de grande instance de nombreuses compétences en matière familiale pour les confier à diverses juridictions spécialisées, souvent des juges uniques pour répondre à un souci d'efficacité et de proximité tel que le juge des enfants, le juge des tutelles créé à l'occasion de la réforme de l'administration légale et de la tutelle, juge aux affaires matrimoniales créé à l'occasion de la réforme du divorce à travers la loi précitée du 11 juillet 1975. En effet, la spécialisation de ces deux magistrats repose sur la

¹⁶² J.-C. GROSLIÈRE, « le juge aux affaires matrimoniales (ou l'homme orchestre du divorce) », D. 1976, Chron. p. 73.

¹⁶³ F. NIBOYET, « L'ordre public matrimonial », LGDJ, 2008, p. 338.

¹⁶⁴ M. AZAVANT, « L'ordre public et l'état des personnes », thèse, Pau, 2002 ; H. HAMADI, « Recherches sur l'ordre public familial », thèse, Toulon, 2009.

personne du justiciable en cause. « L'identité de juridiction n'interdit pas la diversification »¹⁶⁵.

37. La dispersion des compétences en est alors le constat. La loi du 8 janvier 1993¹⁶⁶ a tenté d'y remédier en remplaçant le juge aux affaires matrimoniales par le juge aux affaires familiales en donnant à ce dernier davantage de compétences que n'en avait le juge aux affaires matrimoniales. Le juge aux affaires familiales est ainsi devenu compétent pour connaître du divorce, de la séparation de corps et de leurs conséquences, des actions liées à la fixation de l'obligation alimentaire et à l'obligation d'entretien, de la contribution aux charges du mariage, à l'exercice de l'autorité parentale, pour statuer sur les mesures urgentes prévues à l'article 220-1 du Code civil lorsqu'un époux met en péril les intérêts de la famille.

38. On note toutefois que le regroupement des compétences familiales autour du juge aux affaires familiales demeurait incomplet. Spécialement, l'essentiel du contentieux patrimonial de la famille lui échappait toujours au profit du Tribunal de grande instance qui restait la juridiction compétente en matière de liquidation et de partage. Même dans le domaine extrapatrimonial, diverses compétences étaient maintenues à la juridiction collégiale. D'autres juges spécialisés conservaient également des compétences en matière familiale. Notamment, le juge des enfants, compétent pour les mesures d'assistance éducative, le juge des tutelles pour ce qui concerne la gestion du patrimoine des mineurs et l'émancipation. Il a fallu attendre la loi de simplification du droit du 12 mai 2009¹⁶⁷ pour étendre de manière considérable les compétences du juge aux affaires familiales. Le juge aux affaires familiales connaît par la suite de tout le contentieux relatif aux régimes matrimoniaux, de la séparation de biens judiciaires (sous réserve de la compétence du président du Tribunal de grande instance et du juge des tutelles des majeurs), du contentieux relatif au divorce et à la séparation de corps et à leurs conséquences, du changement de nom. Il connaît également du contentieux relatif au fonctionnement des indivisions entre concubins et partenaires, ainsi que de celui de la liquidation de ces indivisions, des obligations alimentaires et des conflits relatifs aux enfants de ces couples. Le juge aux affaires familiales devient également le juge des tutelles des mineurs. Le juge d'instance demeure compétent pour connaître des mesures de protection juridique des majeurs, dont le régime a été profondément rénové par la loi du 5 mars 2007¹⁶⁸.

¹⁶⁵ C. DOST, « Collégialité et juge unique dans le droit judiciaire privé », thèse, Bordeaux, 1999, n° 427.

¹⁶⁶ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relatif à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, *op. cit.*

¹⁶⁷ Loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, J.O. du 13 mai 2009.

¹⁶⁸ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, J.O. du 6 mars 2007.

39. Néanmoins, la spécialisation du juge aux affaires familiales n'ayant pas pour autant résolu le problème de l'inflation du contentieux familial, on s'est interrogé sur l'utilité qu'il pourrait y avoir à recourir à des formes de déjudiciarisation, aux formes alternatives de règlement des différends familiaux. Dans toutes les procédures familiales, le juge aux affaires familiales a pour première mission de tenter de concilier les parties. « Avocats, notaires, magistrats doivent pleinement avoir conscience que l'application d'une règle de droit ne suffit pas à résoudre les conflits notamment familiaux, dans lesquels notamment l'affectif et les passions sont en jeu. L'idéal est que, notamment dans le domaine familial, avocats, notaires et magistrats consentent à quitter la culture juridique française qui considère que le conflit doit permettre l'émergence d'un vainqueur et d'un vaincu, voire de deux vaincus, mais rarement de deux vainqueurs¹⁶⁹. » Le juge doit donc être un pacificateur, un conseiller, un médiateur, avec toute une gamme de pouvoirs, prenant en compte les éléments sociaux et psychologiques de la situation en cause. Son office évolue.

40. L'office du juge est son rôle dans la direction du procès civil, ses pouvoirs et ses limites. « L'office, c'est la fonction envisagée à la fois sous l'angle des pouvoirs qu'elle confère et des devoirs qu'elle impose »¹⁷⁰, il est « le foyer de sens de la fonction de juger »¹⁷¹. D'un point de vue formel, l'office du juge repose sur l'organe, la procédure et l'indépendance, et les critères substantiels sont la *disputatio* et la *juridictio*. L'office du juge en droit de la famille est en prise avec la société, la fonction de juger constitue « d'un point de vue méthodologique, une grille de lecture des mutations du droit de la famille. »¹⁷². La jurisprudence des juges aux affaires familiales suit et accompagne les évolutions de la société française contemporaine,¹⁷³ mais bien loin de la peur du « gouvernement des juges ». Ce sont par exemple les réflexions à propos du concubinage, du divorce par consentement mutuel, de la résidence alternée ou encore de la délégation de l'autorité parentale à un concubin homosexuel qui auront permis de faire évoluer le droit de la famille. En effet, dans une société en mutation, il apparaît normal que le rôle du juge subisse des transformations, que sa mission se diversifie et que son office s'accroisse. Le juge complète, atténue la rigueur de la loi, il pallie l'absence de règles. L'intervention du législateur apparaît toujours aussi importante en

¹⁶⁹ M. JUSTON, juge aux affaires familiales, Président du TGI de Tarascon, journal « le médiateur familial » n°46

¹⁷⁰ « Justice & cassation 2010, dossier : L'office du juge », Revue annuelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation

¹⁷¹ A. GARAPON, S. PEDRIOLLE et B. BERNABÉ, « La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e siècle », Rapport de l'IHEJ, 2013, doc. fr., p. 15.

¹⁷² V. EGEA, *op. cit.*, p. 24.

¹⁷³ Rapp. IHEJ, *op. cit.*

droit de la famille, mais serait quantitativement moins marquée¹⁷⁴. À ce propos, Mme LABRUSSE-RIOU relève que le désinvestissement du juriste résulte de l'inflation des lois qui se réforment constamment comme si elles étaient toujours insatisfaisantes ou que le législateur était toujours insatisfait¹⁷⁵.

41. On attend alors beaucoup du juge. Le juge en droit de la famille revêt alors différents rôles que ses homologues ne connaissent pas. Bien sûr, le juge dit le droit, face à une situation conflictuelle, le juge aux affaires familiales exerce sa plénitude juridictionnelle, il devient l'arbitre du conflit familial et en décide de l'issue. En tranchant le litige, le juge déclenche la mise en œuvre de la règle de droit. Il est le « protecteur auquel on fait appel »¹⁷⁶. L'ordre public de direction demeure homogène, mais le rôle du juge évolue, se modifie. Il est ainsi important de rappeler le lien étroit qui relie les normes procédurales et les règles de droit substantiel. L'office du juge est déterminé par la place et la portée qu'acquiert un certain nombre de règles de fond dont l'édiction est elle-même tributaire de choix politiques fondamentaux. La spécificité de la matière familiale et sa contractualisation le transforme en juge homologateur. Dès lors, il peut partager le pouvoir décisionnel avec les membres de la famille en homologuant une convention ou des accords formalisés par écrit ou non. Le juge aux affaires familiales est un « équilibriste, un funambule, un acrobate avec son balancier¹⁷⁷ ». Le juge aux affaires familiales doit donc avant tout, être un facteur de paix familiale, un facteur de paix sociale. Dans ce cadre, le magistrat « dit le droit », mais en offrant préalablement aux personnes qui se séparent la possibilité de rechercher d'abord, ensemble, ce qui est juste et équitable pour elles. La promotion des accords au sein de la famille est une des préoccupations constantes des acteurs judiciaires. Comme le relève Pierre NOREAU¹⁷⁸ : « Le Droit est une photo de la réalité, un révélateur de ce qui se passe dans la société. Nous sommes en train de passer d'un droit familial standard, prescriptif à un droit construit par les personnes ».

¹⁷⁴ C. POMART, *La magistrature familiale*, éd L'Harmattan, 2004, p. 21.

¹⁷⁵ C. LABRUSSE-RIOU, « Le désinvestissement du législateur : le flou des références légales », *in Familles et justice, Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, p.31.

¹⁷⁶ R. MARTIN, « La saisine d'office du juge », *JCP éd. G.* 1973, IV, 6313, n°1.

¹⁷⁷ M. JUSTON, « Le Juge aux Affaires Familiales et l'Evolution de la Famille Nouvelles Lois - Nouvelles Pratiques ? », *Gaz. Pal.* 4 mai 2008, p. 31.

¹⁷⁸ Pierre NOREAU est professeur au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal depuis 1998. Il est politologue et juriste de formation. Il travaille plus particulièrement dans le domaine de la sociologie du droit. Ses recherches empiriques portent notamment sur le fonctionnement et l'évolution du système judiciaire, le règlement non-contentieux des conflits, l'accès à la justice et la mobilisation politique du droit, la diversité ethnoculturelle et le droit dans une perspective alimentée à la fois par le pluralisme juridique et l'étude des processus d'institutionnalisation des rapports sociaux. Ses travaux les plus récents portent sur la médiation familiale, la justice européenne, la mise en œuvre du droit par les acteurs du système pénal, les rapports entre communautés culturelles et droit et les conditions de la recherche interdisciplinaire en droit.

42. Par ailleurs, la matière processuelle familiale dont la spécificité est désormais reconnue¹⁷⁹, matière essentiellement technique, n'a pas non plus échappé à l'influence des instruments internationaux, qu'il s'agisse de ceux concernant le droit de l'enfant ou encore du droit européen¹⁸⁰. On doit alors rappeler la place qu'occupent certains instruments fondamentaux dans le fonctionnement de la justice familiale, principalement les exigences du procès équitable imposées par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La jurisprudence européenne est là pour rappeler que le procès familial n'échappe pas à ses exigences. Le rôle du juge dans la solution du conflit familial est ainsi délicat, car « si elle veut demeurer crédible, la parole du juge doit (...) puiser sa légitimité dans les principes fondamentaux du procès équitable au premier rang desquels on placera l'impartialité du tribunal et le respect scrupuleux du droit de défense : le juge doit toujours demeurer tiers au conflit et, avant de décider, il doit laisser à tous les acteurs le droit à la parole »¹⁸¹.

43. Toutefois, si le domaine de compétences du juge aux affaires familiales s'est considérablement étendu depuis sa création, il n'est pas le seul juge concerné par les contentieux familiaux, car « la situation actuelle est issue d'une évolution qui n'est pas encore achevée, historiquement, le contentieux de la famille a toujours donné lieu à un fractionnement de compétences »¹⁸². Loïc CADIET s'interrogeait en 1995, sur l'existence du juge de la famille, « le juge de la famille existe-t-il ? »¹⁸³.

44. Le juge de la famille n'existe pas, car plusieurs juges se partagent la connaissance du contentieux familial. Le contentieux familial soumis au juge est resté longtemps peu fourni en raison notamment de la crainte que pouvait inspirer l'introduction d'un juge dans les rapports intimes des membres d'une famille. Les conceptions de la famille consacrées par le Code civil excluaient les situations de fait créées en dehors de la famille dite légitime. Les concubins étaient d'ailleurs ignorés de la loi¹⁸⁴. Au sein de cette même famille, les rapports

¹⁷⁹ Comme le prouve la création de la rubrique « Contentieux familial » panorama, recueil Dalloz, M. DOUCHY-OUDOT, D. 2005. 1821 et s.

¹⁸⁰ La possible mise en œuvre d'un procès familial équitable au sens de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme oblige tout praticien du droit de la famille à une vigilance accrue.

¹⁸¹ J. VAN COMPERNOLLE, « La justice familiale et les principes fondamentaux du droit judiciaire », in *Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, (Actes du Congrès International organisé par le centre de Droit de la Famille de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, 5-8 juillet 1994) Dir. MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, Bruxelles et Paris, éd. Bruylant et LGDJ, 1997, p.384.

¹⁸² A. LEBORGNE, « Les décrets de procédure et la matière familiale », Procédures n° 6, Juin 2006, étude 12 ; J.-P. GRIDEL, « Regards sur le juge aux affaires familiales » in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Mélanges en l'honneur de Pierre Catala, Litec 2001, p. 207.

¹⁸³ L. CADIET, « A la recherche du juge de la famille », in *Familles et justice*, MEULDERS-KLEIN (Dir) Bruylant et LGDJ 1997, pp 235-270.

¹⁸⁴ « Les concubins ignorent la loi, la loi ignore les concubins » clamait Napoléon lors de l'élaboration du Code civil.

entre époux et les relations parents-enfants étaient organisés comme des rapports d'autorité, le recours au juge pour trancher une éventuelle question familiale ne s'imaginait pas. Cette vision de la justice familiale était renforcée par la méfiance naturelle des Français à l'égard de l'intrusion du pouvoir étatique dans la vie familiale qui ne voyaient que les effets destructeurs qu'un procès pourrait avoir sur le ménage. Certains juristes se demandaient même si les qualités d'époux et de parties adverses dans une action en justice n'étaient pas en quelque sorte incompatibles¹⁸⁵. Au lieu de créer une juridiction de la famille¹⁸⁶, la multiplication des recours judiciaires liée aux profondes mutations de la famille s'est accompagnée d'une dispersion de ceux-ci entre différents juges, dont certains créés à l'occasion d'une réforme du fond du droit, comme ce fut le cas pour le juge des tutelles ou pour le juge délégué aux affaires matrimoniales. Jusqu'à la fin des années 1950, le contentieux de la famille était réparti entre trois juridictions. Tout d'abord le tribunal civil, appelé à devenir un Tribunal de grande instance, jugeait les questions relatives au divorce, à la séparation de corps et à ce qui était encore la puissance paternelle. Ensuite les justices de paix, futurs tribunaux instance, étaient compétents en matière de pension alimentaire et de contribution aux charges du mariage. Enfin, le juge de paix statuait sur la gestion des biens du mineur en sa qualité de président du conseil de famille¹⁸⁷.

45. Cette répartition des compétences devenait plus compliquée avec les réformes du droit des personnes et de la famille réalisées à partir de 1958. C'est tout d'abord la mission d'assistance éducative à l'égard des mineurs dont la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation sont gravement affectées qui était confiée à un juge des enfants. Ce juge, dépendant du Tribunal de grande instance, était déjà juge pénal à l'égard des mineurs¹⁸⁸. Cette nouvelle compétence empiétait, sur la compétence jusque-là reconnue au Tribunal de grande instance, ex-tribunal civil, qui demeurait toutefois exclusivement compétent pour connaître des litiges en matière d'état des personnes, de mariage, de filiation, de divorces et de séparation de corps. Cette répartition des compétences fut maintenue par une loi du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale¹⁸⁹. La puissance paternelle était en effet remplacée par l'autorité parentale dont l'exercice, durant le mariage, est confié en commun aux père et mère.

¹⁸⁵ C. LABRUSSE-RIOU, « Les actions en justice intentées par un époux contre son conjoint », *Rev. Int. Droit comparé* 1967, p. 431.

¹⁸⁶ GODECHOT J. « Les constitutions de la France depuis 1789 », Flammarion, 2006, « L'histoire de l'organisation judiciaire en France révèle qu'un tribunal de la famille fut créé par une loi des 16 et 24 août 1790, mais il disparut quelques années plus tard avec la loi du 29 février 1796. Cette juridiction avait une mission de conciliation ».

¹⁸⁷ J. MASSIP, « Les modifications apportées au droit de la famille par la loi du 8 janvier 1993 », *Gaz. Pal.*, 19-21 septembre 1993, p. 2.

¹⁸⁸ Ord. n° 58-1301 du 23 décembre 1958, puis loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 fixant à 18 ans l'âge de la majorité.

¹⁸⁹ Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale, *J.O.* du 5 juin 1970.

Or, la solution d'éventuels désaccords entre parents était dévolue au juge des tutelles. Créé en 1964 à l'occasion de la réforme de la tutelle des mineurs¹⁹⁰, ce juge, appartenant au Tribunal d'instance, acquerrait ainsi une compétence supplémentaire venant s'ajouter à celles héritées du juge de paix, devenu juge d'instance en 1958, et que la réforme du droit des incapables majeurs avait encore étendue par la suite¹⁹¹. Le Tribunal d'instance demeurait juge des obligations alimentaires. La compétence du Tribunal de grande instance s'est enrichie d'un ensemble d'actions rendues inévitables par les situations d'unions libres, la liquidation des intérêts patrimoniaux des concubins à travers l'enrichissement sans cause et la société créée de fait. L'adoption a alourdi la tâche du Tribunal de grande instance à travers la préservation de l'intérêt de l'enfant ainsi que les litiges suscités par l'exercice du droit de visite par les grands-parents.

46. L'institutionnalisation de la séparation de fait impliquait l'intervention de différents juges, juge d'instance, juge de tutelles, juge des enfants, éventuellement juge du divorce pour régler les différents problèmes posés par la substitution de deux demeures distinctes à un foyer conjugal unique. L'égalisation des conditions juridiques dans le ménage, la protection de l'intérêt de la famille a suscité divers recours de la compétence du président du Tribunal de grande instance ou du juge des tutelles de cas de conflit nés dans l'exercice collégial de l'autorité parentale, parfois même du Tribunal de grande instance.

47. La protection de l'enfant au sein même de sa famille a constitué un principe d'intervention du juge dans le milieu familial. Elle a donné naissance à deux juges modernes, le juge des tutelles et le juge des enfants. Ils partageaient avec le Tribunal de grande instance, juge de l'autorité parentale ou juge du divorce, le juge aux affaires matrimoniales plus spécialement chargé de veiller à la sauvegarde des enfants mineurs dans le procès de divorce par la loi du 11 juillet 1975 et les juridictions répressives la mission délicate de protéger les mineurs. Le régime pénal de cette protection de la personne de l'enfant expliquait une telle pluralité de juges aux compétences imbriquées.

48. Cette situation résultait des réformes ponctuelles du droit de la famille. Il en résultait un risque d'une justice inadéquate, inopportune. Plusieurs magistrats peuvent être appelés à analyser, à des titres différents et sous des angles différents, une situation familiale de crise¹⁹². Chacun d'eux sera amené à prendre une décision en fonction de la vision qu'il

¹⁹⁰ Loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation, *op. cit.*

¹⁹¹ Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, J.O. du 5 janvier 1968.

¹⁹² J. VICENT, « Juridiction collégiale ou juge unique », Ann. Fac Droit Lyon 1971, II, Mélanges Faletti p. 572.

aura des faits et cette décision ne sera probablement pas la plus adaptée. Ainsi, ce ne sont pas les mêmes juridictions qui statueront sur les problèmes d'autorité parentale. Ou encore le juge des divorces statuant sur l'exercice de l'autorité parentale d'un mineur auteur d'un délit et qui n'est plus soumis à des mesures édictées par le juge des enfants, peut ne pas être averti ou être mal informé de cette délinquance. Autant l'étude par plusieurs juges d'une même difficulté dans le cadre de la collégialité peut se révéler fructueuse, autant elle devient source d'incohérence lorsque les juges sont isolés et ne communiquent pas. La pluralité de juges pouvant intervenir pour réaliser un même objectif, par exemple la protection de l'enfant, entraîne un risque de contrariété de décisions si leurs activités ne sont pas rigoureusement délimitées et coordonnées. En effet, dans la mesure où les initiatives prises par chacune des juridictions peuvent modifier ce qui a été décidé par d'autres. Ce qui peut en outre engendrer un détournement de compétences. Un plaideur mécontent de la décision de l'un des juges aurait été tenté d'éviter l'exécution de cette décision en obtenant, sur le même point, une décision différente d'un autre juge.

49. Cette pluralité de juges pouvait aussi rendre possible un contentieux parasite sur la compétence territoriale, soit qu'il s'avère délicat de mettre en œuvre le critère légal de rattachement territorial du litige, soit qu'il y ait doute sur les rattachements possibles. Le plaideur devra se livrer à une recherche du juge compétent, et malgré tout redouter un incident de procédure soulevée par son adversaire.

50. Les auteurs de l'époque relevaient que cette répartition des compétences soulevait deux séries de critiques¹⁹³. Tout d'abord, l'éclatement du contentieux familial était dénoncé. Cet émiettement était à juste titre jugé fâcheux pour une bonne administration de la justice. Des litiges identiques comparables étaient appelés à être portés devant des juridictions différentes. Ainsi le juge de la conciliation n'était pas le juge de la pension alimentaire, sans compter l'intervention toujours possible du président du Tribunal de grande instance comme juge des référés. Ensuite, cet éclatement ne pouvait qu'engendrer des conflits de compétences et des contrariétés de décisions. Le quatrième colloque des instituts d'études judiciaires qui s'était tenu à Rennes en 1966 et dont les travaux portaient sur les juridictions familiales au service de l'enfance formait le vœu que soit créée « une juridiction nouvelle qui, selon une organisation et des modèles à définir, connaîtrait de tous les litiges concernant le droit de la famille de l'enfance »¹⁹⁴. L'expérience de la chambre de la famille tentée par la pratique

¹⁹³ H. SOLUS et R. PERROT, « Droit judiciaire privé », t. II, La compétence, n° 28, pp. 966-969.

¹⁹⁴ H. SOLUS et R. PERROT, t. II, *op. cit.*

apparaissait comme un remède à cet enchevêtrement des compétences¹⁹⁵. Et étant surtout évité une dispersion des litiges au sein des tribunaux. Néanmoins, une des principales réserves émises tenait au fait que la création des chambres de la famille ne réglait pas complètement la question du regroupement des compétences puisqu'elle n'englobait pas les attributions particulières du juge des enfants et du juge des tutelles. À l'intérieur du champ de compétence du Tribunal de grande instance, la liste des attributions relevant de la chambre de la famille n'était pas la même d'une juridiction à l'autre, ce qui était considéré comme contraire au principe de l'égalité des citoyens devant la justice. De plus, les importants moyens en temps et en personnel exigés par la formation collégiale composée de trois magistrats assurant le suivi total des dossiers ne paraissaient pas pouvoir être assurés¹⁹⁶.

51. Une solution pouvait être d'abandonner le principe de collégialité au profit de la juridiction à juge unique. Cette voie allait être adoptée en partie par le législateur à l'occasion de la réforme du divorce en 1975. La loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 a profondément réformé le droit français du divorce et de la séparation de corps jusqu'alors régi par une loi du 27 juillet 1884. Cette réforme s'insère dans le mouvement de modernisation du droit des personnes et de la famille entrepris depuis 1964¹⁹⁷. La législation de 1975 voulait accroître la liberté de divorcer en ouvrant les causes de divorce et en donnant à la volonté des époux des pouvoirs plus étendus dans la manière de divorcer et dans le règlement du divorce¹⁹⁸. Dans cette loi, le juge aux affaires matrimoniales n'est pas le juge du divorce en général, mais le juge des seuls divorces par consentement mutuel et, pour tous les divorces, le juge de l'après-divorce. La compétence de principe en la matière est attribuée au Tribunal de grande instance¹⁹⁹. Le législateur a en effet tenté, à l'occasion de la réforme du divorce de 1975, de mettre fin à l'éparpillement des compétences au cours de l'instance en divorce. Il a, dans cette perspective, institué le juge délégué aux affaires matrimoniales²⁰⁰ et a réuni entre ses mains les fonctions attribuées jusqu'alors au président du Tribunal de grande instance chargé de recevoir la requête et de tenter la conciliation, à ce magistrat comme juge des référés, au juge de la mise en état, au Tribunal de grande instance comme juge du divorce et de l'après-

¹⁹⁵ J. COMMAILLE, « Famille sans justice ? Le droit et la justice face aux transformations de la famille », coll. « Justice humaine », Paris, Le Centurion, 1982.

¹⁹⁶ H. SOLUS et R. PERROT, t. II, *op. cit.*

¹⁹⁷ 1964 : réforme de la tutelle, 1965 : réforme des régimes matrimoniaux, 1968 : réforme de la protection des majeurs, 1970 : réforme de l'autorité parentale, 1972 : réforme de la filiation.

¹⁹⁸ Cette volonté sera achevée à travers la loi du 26 mai 2004 sur le divorce.

¹⁹⁹ Ancien article 247 du Code civil.

²⁰⁰ Loi n° 75.617 du 11 juillet 1975, décret n° 75.1124 du 5 décembre 1975.

divorce. Le lien entre la forme et le fond est ainsi évident, selon la forme de divorce, ni la procédure ni le juge ne seront identiques²⁰¹.

52. Le juge aux affaires matrimoniales a reçu certaines attributions juridictionnelles qui appartenaient antérieurement à la formation collégiale du Tribunal de grande instance. Ainsi, sa création n'apparaissait plus comme un remède à l'enchevêtrement des compétences judiciaires, mais semblait plutôt avoir porté ce phénomène à son paroxysme. Du point de vue du regroupement des compétences, l'institution du juge aux affaires matrimoniales marquait donc un recul par rapport à l'expérience antérieure des chambres de la famille. En effet ces chambres avaient vocation à embrasser l'ensemble du contentieux de la famille, alors que le juge aux affaires matrimoniales ne connaissait que des divorces et des séparations de corps. Le Doyen CARBONNIER, faisait observer à cet égard que si l'intervention du juge dans les affaires de famille ne datait pas d'aujourd'hui, cette intervention avait subi dans les lois contemporaines, une transformation quantitative²⁰², car « ce juge elles l'ont diversifié. La juridiction de la famille a été scindée en plusieurs canaux de compétences : juge des tutelles, juge des affaires matrimoniales, juge des enfants, Tribunal de grande instance. Les chambres de la famille n'ont pas été généralisées, malgré les séductions théoriques et les avantages pratiques de l'unité ». Pourquoi alors ce recul ? Le doyen CARBONNIER relève la « crainte qu'un pouvoir ayant monopole ne pèse trop fort sur les familles, crainte surtout que, dans ses laboratoires ne se cultive, plutôt que le scepticisme, l'autoritarisme des sciences prématurées »²⁰³.

53. L'addition d'un nouveau juge à la liste des juridictions déjà habilitées à connaître du contentieux des personnes et de la famille ne pouvait qu'aggraver les défauts du système antérieur. En outre, le législateur avait précisé que la mission du juge délégué aux affaires matrimoniales était spécialement de veiller à la sauvegarde des enfants mineurs, et plaçant ainsi la vocation du juge aux affaires matrimoniales en concurrence avec celle du juge des tutelles et du juge des enfants. Avant la réforme de l'autorité parentale en 1987²⁰⁴, un litige relatif au droit de visite et d'hébergement entre parents divorcés relevait du juge aux affaires

²⁰¹ J. HAUSER, « Le contentieux familial en France, la forme et le fond », in *Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, (Actes du Congrès International organisé par le centre de Droit de la Famille de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, 5-8 juillet 1994) Dir. MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, Bruxelles et Paris, éd. Bruylant et LGDJ, 1997, pp. 28-48.

²⁰² J. CARBONNIER, « Essais sur les lois », Defrénois, 1979, p. 176 : outre la mutation qualitative, ou fonctionnelle, tenant au rôle même du juge dans la mesure où « les nouvelles lois, moins légalistes que les anciennes, se sont davantage reposées sur l'action judiciaire pour assurer leur propre fonctionnement » et où le juge qu'elles ont eu en vue, « c'est moins l'interprète des textes, l'artisan de la jurisprudence, que le prudent conseiller ou le ministre de l'équité ».

²⁰³ J. CARBONNIER, *op. cit.* p.177 – V. aussi COMMAILLE, « Famille sans justices ? », Le Centurion, 1982, p. 169 et s.

²⁰⁴ Loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale, J.O. du 23 juillet 1987.

matrimoniales lorsque l'enfant était légitime, du Tribunal de grande instance lorsqu'il était naturel, et du juge des tutelles en cas de séparation de fait les parents. Et on ne parle pas de l'intervention toujours possible dans chacun de ces cas du juge des enfants au titre de l'assistance éducative.

54. Les pouvoirs publics prirent conscience de ces difficultés. En 1987, un groupe de travail sur le contentieux familial était installé par le Garde des Sceaux sous la direction de Claude ALLAER, premier président de la cour d'appel d'Angers, qui, 30 ans plus tôt, au Tribunal de grande instance de Lille, avait été l'un des pionniers de l'expérience des chambres de la famille. Remis en 1988, ce rapport constatait à son tour la dispersion déjà dénoncée des compétences, la difficulté pour les justiciables et leurs conseils, donc le risque de conflits de compétence, voire de forum shopping, d'imbrication des procédures et de contrariété de décisions rendues dans la même affaire par des juridictions différentes saisies concurremment ou successivement. Ce rapport proposait en conséquence de « substituer à l'actuel juge aux affaires matrimoniales, un juge aux affaires familiales qui connaîtraient, de façon générale, les litiges relatifs à la famille »²⁰⁵. Le recours à un juge unique se révèle plus adapté aux exigences de rapidité et de simplicité propres au traitement des conflits familiaux. Il est d'autre part plus propice, que ne l'est la collégialité, à l'établissement d'un dialogue humain entre juge et parties, essentiel dans ce type de contentieux.

55. Il faudra encore attendre un peu avant que le juge aux affaires familiales ne sorte des « cartons ministériels et des tablettes législatives »²⁰⁶. Le juge aux affaires matrimoniales, institué par la loi²⁰⁷ du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, est devenu par la loi²⁰⁸ du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil, relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant, le juge aux affaires familiales. Le juge aux affaires matrimoniales, « homme-orchestre » du divorce n'est plus²⁰⁹. C'est un soliste « virtuose »²¹⁰, le juge aux affaires familiales qui lui a été substitué par la loi du 8 janvier 1993²¹¹. Cette loi est parvenue, par le transfert de compétences, à centraliser un peu plus du contentieux familial auprès du juge aux affaires familiales. En matière civile, la situation était en effet devenue critique, le Tribunal de grande instance, son président, le juge aux affaires matrimoniales, le Tribunal d'instance, le

²⁰⁵ Rapport ALLAER n° 2602, J.O.A.N., 1992, p. 13.

²⁰⁶ L. CADIET, « A la recherche du juge de la famille », *op. cit.*

²⁰⁷ Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, J.O. 12 juillet.

²⁰⁸ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, J.O. 9 janvier.

²⁰⁹ J.-Cl, GROS LIÈRE, « Le juge aux affaires matrimoniales (ou l'homme-orchestre du divorce) », D. 1976, chron. p. 73.

²¹⁰ J.-Cl, KROSS, « De l'homme orchestre au virtuose ? Ou les impressions subjectives de la lecture de la loi du 8 janvier 1993 », Gaz. Pal. 1993. 2, doct. p. 1154.

²¹¹ ²¹¹ 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.557.

juge des enfants et le procureur de la République avaient tous compétence à un titre ou à un autre, pour régler les litiges liés à la famille. La volonté du législateur a été de simplifier la situation en concentrant l'essentiel du contentieux de la famille entre les mains d'un seul juge, de spécialiser un magistrat dans une matière aussi difficile humainement que juridiquement. Le souci principal était en effet d'éviter l'éclatement des compétences.

56. Le juge aux affaires familiales est devenu ainsi, le juge du divorce, dans sa vision globale. Et au-delà, les nouvelles attributions reconnues à ce juge ont fait de lui, dans la famille « légitime » comme dans la famille « naturelle », le juge de l'obligation alimentaire le juge de l'autorité parentale. Le juge aux affaires familiales était enfin, au moins pour partie, le juge de l'identité civile. Tout d'abord, rompant avec une longue tradition²¹², la loi du 8 janvier 1993 a posé le principe du libre choix du prénom par les parents. Ce juge était également compétent en matière de changement, adjonction et suppression de prénom. Sa compétence s'étendait également au contentieux de la modification du nom des enfants naturels.

57. La création d'une procédure spécifique à la matière familiale était en mouvement. Mais en dépit de la concentration accrue des compétences en la matière, le juge aux affaires familiales n'était pas devenu le juge de l'intégralité du contentieux familial. Le juge des tutelles demeurait ainsi compétent, dans le ressort du Tribunal d'instance, pour tout ce qui avait trait à la tutelle, qu'il s'agisse de la tutelle des mineurs et de leur administration légale, de la tutelle des majeurs, mais aussi à l'émancipation, à la tutelle aux prestations sociales et à tutelle des pupilles de la Nation. Pareillement, le juge des enfants, au sein du Tribunal de grande instance, était toujours le juge de l'assistance éducative des mineurs en danger. Mais surtout, ce sont les attributions conservées par Tribunal de grande instance lui-même, statuant en formation collégiale, qui n'était pas négligeables, qu'il s'agisse des régimes matrimoniaux, des actions relatives à la filiation, ou de questions dont certains autres aspects ont pourtant été confiés au juge aux affaires familiales. Si le juge aux affaires familiales est juge de l'autorité parentale, le Tribunal de grande instance conservait la maîtrise exclusive de la « déchéance »²¹³ de l'autorité parentale ; de même, si le juge aux affaires familiales est juge de l'urgence matrimoniale, c'est le Tribunal de grande instance qui demeurait compétent pour se prononcer sur les transferts de pouvoirs entre époux.

58. Ces appréciations mettaient en évidence l'inachèvement du regroupement du contentieux familial. Le choix opéré par la loi du 8 janvier 1993 souligne la spécificité des

²¹² Loi du 11 germinal an XI relative aux prénoms et changement de noms.

²¹³ La loi du 5 juillet 1996 a fait disparaître le terme de « déchéance » pour le remplacer par celui de « retrait total » ; L. LEVENEUR, « Le choix des mots en droit des personnes et de la famille » *in* Les mots de la loi, Dir. MOLFESSIS (N.), éd. Economica, 1999, coll. Etudes juridiques, vol. 5., p.21.

contentieux réservés au juge des tutelles, au juge des enfants et au Tribunal de grande instance en matière de régimes matrimoniaux et de filiation²¹⁴. Pour le juge des enfants, en raison de sa double compétence civile et pénale, il bénéficiait d'ores et déjà d'une place à part au sein de l'organisation judiciaire française et la spécificité est ainsi justifiée et acceptable. Mais s'agissant du contentieux de la filiation, le regroupement des questions extrapatrimoniales et patrimoniales du droit de la famille permettrait de mettre en valeur la fonction de juger les litiges familiaux²¹⁵. Néanmoins l'ordre public et le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes expliquent néanmoins ce système d'attribution judiciaire²¹⁶.

59. De nombreux auteurs espéraient un élargissement du champ d'intervention du juge aux affaires familiales, car « la logique de regroupement visant à éviter l'éclatement du contentieux familial n'a pas été poussée jusqu'au bout »²¹⁷. Un acteur attentif du contentieux de la famille observait que 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 paradigme²¹⁸. Améliorer la justice de la famille c'est aussi améliorer l'image de la justice dans son ensemble. Pourtant, le législateur était en retrait par rapport aux conclusions de la commission ALLAER qui préservait certes la compétence du juge des tutelles et du juge des enfants, mais suggérait, en revanche, de faire basculer la matière des régimes matrimoniaux et de la filiation dans le giron du juge aux affaires familiales²¹⁹.

60. Loïc CADIET relève à propos de cette diversification des juridictions compétentes que ce n'est que la rançon des progrès de l'État de droit. Il n'y a pas lieu de la remettre en cause, mais simplement d'en corriger les effets négatifs²²⁰. Notamment, le transfert de compétences au juge aux affaires familiales n'était pas accompagné d'une réforme des procédures et obligeait ce dernier à appliquer les règles procédurales qui étaient suivies devant les juridictions antérieurement compétentes. C'est finalement le décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004 qui a, le premier, mis fin à cette multiplicité procédurale en

²¹⁴ J. MASSIP, « Les modifications apportées au droit de la famille par la loi du 8 janvier 1993 », *Gaz. Pal.*, 19-21 septembre 1993, pp. 2-34, spéc. n° 44.

²¹⁵ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « L'autonomie judiciaire du contentieux familial – Identification et délimitation d'un besoin », in *XIe journées d'études juridiques Jean Dabin, L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économiques, social et familial – Approche comparative*, Bruylant, Bruxelles, 1984, pp. 957-976.

²¹⁶ M. AZAVANT, « L'ordre public et l'état des personnes », thèse, Pau, 2002.

²¹⁷ C. LIENHARD, « Regards sur l'état actuel des procédures de divorce en France », in *Le droit de la famille en Europe*, PU Strasbourg, 1992, p. 97.

²¹⁸ J.-Cl. KROSS, « De l'homme orchestre au virtuose ? Ou les impressions subjectives de la lecture de la loi du 8 janvier 1993 », *op. cit.*

²¹⁹ Rapport JOAN, *op. cit.* p. 18.

²²⁰ L. CADIET, *op. cit.* p.248.

simplifiant et unifiant les procédures²²¹. Ce décret, pris à l'occasion de la réforme du divorce issue de la loi du 26 mai 2004 a introduit dans le Code de procédure civile un chapitre intitulé « La procédure en matière familiale ». Ce décret a donc un vaste domaine d'application et il invite à s'interroger sur l'existence d'une procédure, propre à la matière familiale, qui serait à la fois spécifique par rapport à la procédure civile en général, et en même temps commune aux différentes matières relevant du domaine familial. Ce serait une sorte de « tronc commun procédural pour le contentieux familial »²²². Le décret entendait instaurer des règles communes aux contentieux du Tribunal de grande instance les plus récurrents et qui ont été attribués au juge aux affaires familiales. Une procédure particulière à la matière familiale fut alors mise en place.

61. Néanmoins la compétence du juge aux affaires familiales n'étant toujours pas exclusive en matière de famille, la situation restait perfectible. En effet, le Tribunal de grande instance, le juge des tutelles ou encore le juge des enfants étant aussi susceptibles d'intervenir²²³, il en résultait une certaine illisibilité pour le justiciable. Le juge des enfants est resté l'autorité compétente en matière d'assistance éducative. Le Tribunal d'instance a gardé sa compétence pour connaître des procédures de paiement direct et de recouvrement des pensions alimentaires et, en son sein, le juge des tutelles a continué à gérer l'autorité parentale relativement aux biens de l'enfant, l'émancipation du mineur, ainsi que les régimes de protection des majeurs. Le Tribunal de grande instance a gardé également de nombreuses compétences en matière familiale dans le domaine gracieux ou dans le domaine contentieux. La logique de regroupement visant à éviter l'éclatement du contentieux familial n'avait pas été poussée jusqu'au bout.

62. Aussi la Commission du professeur GUINCHARD²²⁴ avait proposé la création d'un pôle famille au sein des juridictions²²⁵, véritable « réseau famille »²²⁶, par un renforcement des compétences du juge aux affaires familiales, destiné à offrir aux usagers la justice familiale et une meilleure qualité de service²²⁷. La construction d'un pôle « famille »

²²¹ S. THOURET, « Les mécanismes procéduraux issus du décret n°2004-1158 du 29 octobre 2004, portant réforme de la procédure en matière familiale », *Dr. Fam.* Janv 2005 ; p. 32.

²²² A. LEBORGNE, « Les décrets de procédure et la matière familiale », *Procédures* n° 6, Juin 2006, étude 12.

²²³ A. LEBORGNE, *op. cit.* ; S. THOURET, « La nouvelle procédure en matière familiale », *JCP G*, 2004, act. 557. ; M. DOUCHY-OU DOT, « Contentieux familial », *D.* 2005, p. 1821.

²²⁴ S. GUINCHARD (dir.), « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », La documentation Française, 2008, coll. des rapp. officiels, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000392>, propositions 36, 39 et 40 à 43.

²²⁵ M. DOUCHY-OU DOT, « Activité judiciaire en matière familiale », *Procédures* n° 1, Janvier 2011, comm. 16 « La construction d'un pôle « famille » au sein des juridictions avance pas à pas ».

²²⁶ T. FOSSIER, « Le réseau famille », *AJ fam.* 2008, p. 319.

²²⁷ N. FRICERO, « Rendre la justice civile plus lisible et plus proche du justiciable, l'adapter aux évolutions de la société », *JCP G*, 2008, I, 162.

au sein des juridictions voit peu à peu le jour. Le décret n° 2009-398 du 10 avril 2009 relatif à la communication de pièces entre juge aux affaires familiales, juge des tutelles et juge des enfants et l'importante loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 ayant notamment opéré transfert de la tutelle des mineurs au juge aux affaires familiales et modifié de façon conséquente l'étendue des compétences de ce juge en lui transférant notamment grande partie du droit patrimonial « des » couples, et ses décrets d'application, en sont les manifestations les plus importantes. En effet, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, le juge aux affaires familiales exerce les fonctions de juge des tutelles des mineurs²²⁸. Il connaît aussi de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux des époux, ainsi que des procédures relatives au régime matrimonial et au contentieux concernant le fonctionnement et le partage des indivisions entre concubins ou entre partenaires pacsés. Le législateur est allé plus loin grâce à la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 qui a attribué au juge aux affaires familiales une nouvelle compétence en cas de violences au sein du couple, lui conférant des prérogatives tant civiles que pénales²²⁹. Le décret du 12 novembre 2010²³⁰ relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale a complété le dispositif²³¹ en ajoutant sa pierre à cet édifice procédural en instituant un nouveau juge chargé de la coordination de l'activité judiciaire en matière familiale à compter du 1er février 2011²³² et en instaurant à titre expérimental l'injonction de rencontrer un médiateur. La loi du 22 décembre 2010²³³ a permis l'entrée du droit coopératif en instituant la convention de procédure participative applicable même en matière de divorce. L'année 2011 aura aussi apporté sa contribution puisque la loi du 28 mars 2011²³⁴ offre un choix entre le greffier du Tribunal d'instance et le notaire pour l'enregistrement des PACS. On notera aussi le transfert du juge d'instance au notaire pour l'établissement d'un acte de notoriété pour suppléer la carence d'un acte de naissance en vue du mariage de la personne²³⁵ ou encore l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et

²²⁸ C. BLÉRY., « Loi de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures : aspects d'organisation judiciaire du contentieux familial », Procédures 2009, alerte 38 ; décret n° 2009-1591 du 17 décembre 2009.

²²⁹ M. DOUCHY-OUDOT, « Nouvelle compétence du juge aux affaires familiales : l'ordonnance de protection », Procédures 2010, alerte 37.

²³⁰ Décret n°2010-1395 du 12 novembre 2010 relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale, J.O. du 16 novembre 2010.

²³¹ M. DOUCHY-OUDOT, « Activité judiciaire en matière familiale », Procédures 2011, comm. 16

²³² Le juge coordinateur de l'activité judiciaire sera désigné devant le Tribunal de grande instance par le président de la juridiction (Article R. 213-9-1 du Code de l'organisation judiciaire) et devant la cour d'appel par le premier président (Article R. 312-13-2 du Code de l'organisation judiciaire.

²³³ Loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010, J.O. du 23 décembre 2010.

²³⁴ Loi n° 2011-331 du 28 mars 2011, J.O. du 29 mars 2011.

²³⁵ Article 71 du Code civil.

commerciale. Le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 et sa circulaire d'application du 20 mars 2015²³⁶ doivent retenir l'attention des praticiens du droit de la famille, car il incite à recourir aux modes de résolution amiable des différends.

63. La situation juridictionnelle actuelle est ainsi issue d'une évolution, le contentieux de la famille a toujours donné lieu à un fractionnement de compétences²³⁷. Coexistent alors, des procédures garanties non pas par un juge, mais par des juges intervenant dans le contentieux familial. Mais l'unification du droit des enfants puis celle du droit des couples a contribué à forger un juge des familles. Le traitement de conflits familiaux reflète les évolutions contemporaines du droit qui se veut libéral, individualiste et pacificateur. « Les mœurs comme l'éthique ne remplacent pas le droit. Celui-ci est le fruit d'un choix qui impose nécessairement une limite aux désirs individuels, qui établit un équilibre entre les prérogatives divergentes accordées à chacun. »²³⁸. Le droit doit alors être équilibré, doit concilier les intérêts en présence, concilier l'ordre public et les impératifs de la matière familiale avec les volontés individuelles. C'est cette notion d'équilibre qui paraît être le moteur de la coexistence des juridictions. Le juge doit dégager des solutions efficaces et adaptées à chaque situation. L'aménagement du contentieux familial correspond aux caractères d'ordre public qui demeure en droit de la famille. L'ordre public et le droit des personnes et de la famille « demeurent consubstantiels »²³⁹, même si certains aménagements sont tolérés, et en dépit de l'ombre de la contractualisation de la matière²⁴⁰.

64. Le pluralisme juridictionnel en droit de la famille est apprécié comme la coexistence de plusieurs juridictions dans un même système de justice familiale. La promotion de la liberté et de l'égalité a entraîné une évolution des règles de fond du droit de la famille. Le modèle familial « traditionnel » a perdu de son unité, différentes manières de vivre en famille sont apparues. Le législateur en a tenu compte afin d'assurer le respect des choix individuels. Cela aura provoqué une augmentation du contentieux, et tout droit appelant son juge, aura entraîné une diversification des juridictions compétentes. Le pouvoir est donné à chacun, même à l'enfant, d'être entendu. Les parties sont ainsi associées à la décision, ils deviennent « juge ».

²³⁶ Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends, J.O. du 14 et sa circulaire d'application CIV/05/15 du 20 mars 2015 NOR JUSC1505620C.

²³⁷ J.-P. GRIDEL, « Regards sur le juge aux affaires familiales », *op. cit.*

²³⁸ C. NEIRINCK, « La fonction de socialisation du droit de la famille », LPA, 23 juin 1993, p. 16.

²³⁹ M. LAMARCHE, « Ordre public et droit des personnes et de la famille demeurent consubstantiels », Droit de la famille, juillet-août 2014, p. 3.

²⁴⁰ M. AZAVANT, *op. cit.* ; J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, Rép. Dr. Civ. , Dalloz, V°« Ordre public et bonnes mœurs », n°90, mars 2004. ; H. HAMADI, *op. cit.*

65. Le pluralisme juridictionnel paraît être dicté par la protection de la famille, tant à l'égard du couple qu'à l'égard de l'enfant. Ce souci de protection est un des aspects de la fonction juridictionnelle et surtout c'est cette idée de protection qui paraît être l'élément commun à l'existence du pluralisme juridictionnel en matière familiale. Cette pluralité de magistrats œuvrant pour le même contentieux protège ainsi le lien familial. Cette pluralité est-elle aujourd'hui justifiée ? Ne conduit-elle pas à un démembrement de la justice familiale lui faisant perdre de son efficacité ?

66. D'une manière générale le pluralisme juridictionnel en droit de la famille paraît être justifié par la recherche de la meilleure application de la règle de droit aux personnes composant la famille. Le pluralisme juridictionnel en droit de la famille traduit l'adaptation de la loi à l'évolution de la famille et est la traduction de l'évolution du pluralisme des familles. La nécessité de tenir compte des préoccupations actuelles du droit de la famille est primordiale. Dès lors le pluralisme juridictionnel permet différentes manières d'appliquer la règle de droit à l'ensemble des membres de la famille (Première partie) et d'une manière plus spécifique à l'enfant (Deuxième partie).

PREMIÈRE PARTIE

PLURALISME JURIDICTIONNEL

ET

PROTECTION DE LA FAMILLE

67. Notre système judiciaire français connaît un pluralisme juridictionnel en droit de la famille. « Il serait concevable dans un pays de confier à un tribunal unique le jugement en premier et dernier ressort de tous les procès, quels que soient la gravité, la nature et le lien de rattachement »²⁴¹. Or, tel n'est pas notre choix. Notre organisation suppose « une division du travail judiciaire »²⁴² qui impose particulièrement d'étudier la répartition des compétences à la lumière de la spécificité de la matière familiale.

68. Le contentieux familial constitue entre la moitié et les deux tiers des affaires de l'ordre judiciaire²⁴³. Ce contentieux que l'on peut qualifier de masse, est tributaire de la protection d'intérêts supérieurs que le règne des volontés individuelles ne saurait entacher, notamment l'intérêt de la famille. L'intérêt de la famille est une notion floue²⁴⁴ et son appréciation est variable selon les tribunaux. Le propre de cette notion est d'instaurer la souplesse nécessaire au fonctionnement du droit de la famille dans la pratique²⁴⁵. Cet intérêt correspond à « une sorte de bien commun familial ²⁴⁶» même si on n'en trouve pas de définition dans les textes, mais pour le juge cela constitue une barrière face à la volonté individuelle en permettant par exemple de protéger le conjoint le plus faible en refusant l'homologation d'une convention de divorce le lésant. Le juge doit pondérer les intérêts en présence. La notion d'intérêt de la famille ne doit pas être assimilée à l'intérêt individuel d'un des membres de la famille, fut-il celui d'un enfant. En effet, la Cour de cassation considère que l'intérêt de la famille ne doit pas se résumer à l'intérêt de l'un de ses membres pas plus qu'à la somme des intérêts particuliers de tous ses membres²⁴⁷. Cette notion a vocation à résoudre « les conflits d'intérêts par la prise en considération de la valeur respective des intérêts de chaque membre du groupement familial sans qu'il soit fait référence à d'autres principes de solution »²⁴⁸. Cette notion est notamment récurrente dans le droit des régimes matrimoniaux, elle conditionne le changement de régime par les époux²⁴⁹. Il est vrai que l'intérêt de la famille est essentiellement entendu sur le plan patrimonial²⁵⁰, contrairement à la

²⁴¹ CORNU et FOYER, « Procédure civile », 1996, p. 153.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ Info. Stat. Justice 2014 ; J. CASEY, « Quelle formation en droit familial pour les juges ? », Gaz. Pal., 19 novembre 2011, n° 323, p. 7.

²⁴⁴ V. notamment, J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in C. PERELMAN et R. VANDERELST, « Les notions à contenus variables en droit », Bruxelles, 1984, p. 99 s.

²⁴⁵ B. DE BOYSSON, « La famille dans l'avant-projet : une tierce préoccupation », AJ fam. 2013, p. 173.

²⁴⁶ V. EGÉA, « La fonction de juge à l'épreuve du droit contemporain de la famille », Defrénois, 2010, Tome 43, p. 29.

²⁴⁷ Cass. 1^{re} civ., 6 janvier 1976, D. 1976, note Ponsard, JCP G 1976, II, 18461, note Patarin.

²⁴⁸ S. FRÉMEAUX, « Les notions indéterminées du droit de la famille », RRJ, 1998. 3.

²⁴⁹ Article 1397 du Code civil.

²⁵⁰ C. POMART, « La magistrature familiale », *op. cit.* n° 45.

deuxième catégorie de notion à contenu variable, l'intérêt de l'enfant, abordé tant sur le plan matrimonial qu'extrapatrimonial.

69. La définition de la famille, au sens juridique à évolué, du modèle de référence un homme et une femme mariés et ayant des enfants à un couple hétérosexuel ou homosexuel avec ou sans enfant dont la filiation peut être charnelle, artificielle ou élective. Cette diversification familiale est à l'origine d'un pluralisme juridictionnel dicté par la protection de la famille entendue dans son ensemble. De nombreux juges ont été créés au gré des besoins induits par le développement du contentieux familial. L'évolution qui se dessine est toutefois à la réduction de ce pluralisme juridictionnel sans que pour autant celle-ci ne soit achevée. Le pluralisme juridictionnel en droit de la famille se renouvelle (Titre 1). Le souci d'une meilleure lisibilité de la justice familiale en fait un pluralisme juridictionnel dépassé (Titre 2).

TITRE 1 : UN PLURALISME RENOUVELÉ

70. Loïc CADIET s'interrogeait dès 1995, sur l'existence du juge de la famille, « le juge de la famille existe-t-il ? »²⁵¹. À cette épineuse question, il répondait que nulle part, ne semble exister une seule juridiction qui aurait pour mission de connaître et de régler l'ensemble du contentieux familial. L'expression même de « droit de la famille » est difficile à délimiter tant elle recouvre un très vaste domaine qui s'étend du mariage, du droit de la filiation au droit des successions, en passant par le concubinage, le PACS, le droit des majeurs protégés, l'autorité parentale, la désunion et les régimes matrimoniaux et sans citer l'immensité du droit international privé s'appliquant à toutes ces matières²⁵². Les juges de la famille ont donc à connaître de nombreuses questions différentes dont le but commun est la protection de la famille.

71. Si l'ordre public de direction demeure homogène, le rôle du juge évolue, se modifie. L'office des juges de la famille est déterminé par la place et la portée qu'acquiert un certain nombre de règles de fond dont l'édiction est elle-même tributaire de choix fondamentaux.

72. Le juge aux affaires familiales fait partie intégrante du paysage du droit de la famille et pourrait-on dire, du paysage judiciaire. Le rôle du juge dans la solution du conflit familial est ainsi délicat, car « si elle veut demeurer crédible, la parole du juge doit (...) puiser sa légitimité dans les principes fondamentaux du procès équitable au premier rang desquels on placera l'impartialité du tribunal et le respect scrupuleux du droit de défense : le juge doit toujours demeurer tiers au conflit et, avant de décider, il doit laisser à tous les acteurs le droit à la parole »²⁵³.

73. Le pluralisme juridictionnel entendu comme la coexistence de différentes juridictions au sein du même système se voit amoindri, simplifié en raison de la suprématie du juge aux affaires familiales. Ce pluralisme juridictionnel semble renouvelé. Depuis sa

²⁵¹ L. CADIET, « A la recherche du juge de la famille », *in* Familles et justice, MEULDERS-KLEIN (Dir) Bruylant et LGDJ 1997, pp 235-270.

²⁵² J. CASEY, « Quelle formation en droit familial pour les juges ? », *Gaz. Pal.*, 19 novembre 2011, n° 323, p. 7.

²⁵³ J. VAN COMPERNOLLE, « La justice familiale et les principes fondamentaux du droit judiciaire », *in* Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé, (Actes du Congrès International organisé par le centre de Droit de la Famille de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, 5-8 juillet 1994) Dir. MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, Bruxelles et Paris, éd. Bruylant et LGDJ, 1997, p.384.

création par la loi du 8 janvier 1993²⁵⁴, le juge aux affaires familiales a vu ses compétences évoluer et il connaît d'une part importante du contentieux familial, notamment en ce qui concerne les relations au sein du couple. Ce juge de la famille a ainsi été modelé par le droit familial (Chapitre 1). Néanmoins cette évolution n'est pas achevée car quelques compétences lui échappent, des juges de la famille demeurent imposés par des droits particuliers (Chapitre 2).

²⁵⁴ L. n°93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relatif à l'état civil, à la famille et aux enfants, et instituant le juge aux affaires familiales, (J.O. 9 janvier 1993), D. n°93-109 du 16 septembre 1993 (J.O. 17 septembre 1993), D. n°94-42 du 14 janvier 1994 (J.O. 16 janvier 1994) et Circ. Du 25 janvier 1994 relative à l'institution du juge aux affaires familiales, ses compétences et les procédures applicables devant lui.

Chapitre 1 : Un juge de la famille modelé

74. Au terme d'une évolution qui s'est produite au cours des cinquante dernières années, le droit de la famille s'est complètement transformé. Il s'est libéralisé, contractualisé et a consacré l'égalité entre les membres du couple et entre tous les enfants. Ces caractères marquent aujourd'hui le droit substantiel de la famille. Ils invitent à se demander s'il ne se dessine pas peu à peu une « magistrature familiale »²⁵⁵ qui mettrait en œuvre une procédure différente de celle de droit commun. Il est certain que notre étude s'inscrit dans une conception « familialiste » de la justice, qui a pour mission une fonction de protection de la famille et qui doit « rechercher les moyens pratiques de rendre une justice sociale adaptée aux besoins de notre temps »²⁵⁶.

75. L'office du juge de la famille a été modelé par le droit familial. L'interaction entre le droit substantiel familial et le droit processuel ne fait plus de doute. « La fonction de juger offre une grille de lecture des mutations du droit de la famille »²⁵⁷. Elle est mise à l'épreuve par le droit de la famille. Et la souplesse et la diversité des pouvoirs du juge permettent une adaptation à toutes les situations familiales. « Peu de contentieux touchent autant la vie de nos concitoyens que le contentieux familial. Qu'il se prononce sur la séparation d'un couple, un désaccord patrimonial entre ex-concubins, ou la garde des enfants, le juge aux affaires familiales intervient directement dans la vie privée des justiciables, et traite sans doute de ce qui a le plus de prix à leurs yeux »²⁵⁸. Les litiges familiaux augmentent à un rythme important, les relations familiales se complexifient, la justice doit accompagner les mouvements de la société.

76. Le juge aux affaires familiales est devenu au fil des réformes le juge de la protection de toutes les familles. Le particularisme qui en découle entraîne l'adaptation de l'organisation juridictionnelle. (Section 1). Au grès des réformes touchant la matière, le champ des compétences du juge aux affaires familiales s'est considérablement accru, il est ainsi particulièrement vaste (Section 2).

77.

²⁵⁵ C. POMART, « La magistrature familiale », *op. cit.*

²⁵⁶ J. COMMAILLE, « Famille sans justice ? Le droit et la justice face aux transformations de la famille », coll. « Justice humaine », Paris, Le Centurion, 1982.

²⁵⁷ V. ÉGÉA, « La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille », *op. cit.*

²⁵⁸ http://www.huffingtonpost.fr/catherine-tasca/reforme-justice-affaires-familiales_b_4858857.html.

Section 1 : Une organisation juridictionnelle adaptée

78. Le juge aux affaires matrimoniales, institué par la loi²⁵⁹ du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, est devenu par la loi²⁶⁰ du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant, le juge aux affaires familiales. La volonté du législateur a été de simplifier la situation existante en concentrant l'essentiel du contentieux de la famille entre les mains d'un seul juge, de spécialiser un magistrat dans une matière aussi difficile humainement que juridiquement. Le souci principal était en effet d'éviter un éclatement préjudiciable des compétences et d'adapter le juge aux évolutions de la famille. Le juge aux affaires matrimoniales, « homme-orchestre » du divorce n'est plus²⁶¹. C'est un soliste « virtuose »²⁶², le juge aux affaires familiales qui lui a été substitué par la loi du 8 janvier 1993²⁶³.

79. Le contentieux familial touchant au plus près de l'intimité des familles, le législateur a forgé un juge dont les caractéristiques répondent aux besoins de ces familles. Les objectifs de la justice fait du juge aux affaires familiales un juge désigné (I) pour toutes les formes de vie familiale (II).

I : Un juge désigné

80. Depuis Saint Louis sous son chêne, les justiciables français ont vu naître quelques juges uniques, tel que le juge des référés, le juge de paix, le juge commissaire, le juge d'instruction. Mais en référence à l'adage « juge unique, juge inique »²⁶⁴, les juges uniques constituaient de rares exceptions. La société évoluant, dès le milieu du XXe siècle, l'apparition de juges uniques sur la scène judiciaire a été de plus en plus marquée. Le contentieux familial connaît ainsi depuis 1958 plusieurs juges uniques. Le plus emblématique est le juge aux affaires familiales, magistrat du siège délégué aux affaires familiales (A), dont l'unicité garantit l'accessibilité (B).

²⁵⁹ Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, J.O. du 12 juillet 1975.

²⁶⁰ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, J.O. du 9 janvier 1993.

²⁶¹ J.-Cl. GROSLIÈRE, « Le juge aux affaires matrimoniales (ou l'homme-orchestre du divorce) », D. 1976, chron. P. 73.

²⁶² J.-Cl. KROSS, « De l'homme orchestre au virtuose ? Ou les impressions subjectives de la lecture de la loi du 8 janvier 1993, » Gaz. Pal. 1993. 2, doctr. p. 1154.

²⁶³ 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. 557.

²⁶⁴ H. ROLAND, L. BOYER, « Locutions latines et adages du droit français contemporain », Litec, 4^e éd., 1999.

A) Un magistrat du Tribunal de grande instance délégué aux affaires familiales

81. Du juge aux affaires matrimoniales au juge aux affaires familiales, la loi du 8 janvier 1993 a institué un « soliste virtuose »²⁶⁵ désigné dans chaque Tribunal de grande instance (1) et son impartialité doit demeurer (2).

1) La question de sa désignation

82. Tout comme le juge aux affaires matrimoniales avant lui, le juge aux affaires familiales est un juge délégué du Tribunal de grande instance. « C'est-à-dire 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 »²⁶⁶. On y lit la volonté de spécialiser la juridiction familiale et de nommer spécifiquement un juge chargé du contentieux familial. Ainsi, l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire dispose qu'un ou plusieurs magistrats du siège sont délégués aux affaires familiales dans chaque Tribunal de grande instance, disposition reprise textuellement par l'article 228 du Code civil relatif au divorce. L'article R. 312-1 du Code de l'organisation judiciaire indique que dans chaque Tribunal de grande instance le président désigne un ou plusieurs juges aux affaires familiales qui connaissent des affaires mentionnées à l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire. C'est donc le président du Tribunal de grande instance qui, dans son ordonnance de roulement, désignera les magistrats du tribunal qui pourront faire fonction de juge aux affaires familiales. Leur nombre dépendra de l'importance du contentieux familial au sein de la juridiction. Organiquement, le juge aux affaires familiales est rattaché à une chambre collégiale au sein de laquelle il siège²⁶⁷.

83. Cette désignation engendre peut-être un statut moins protecteur que celui d'un juge nommé, tel que le juge des enfants, il est pourtant probable que les magistrats délégués à la fonction de juge aux affaires familiales bénéficient d'une certaine stabilité.

84. On relèvera la création dans un souci d'harmonisation des pratiques judiciaires, de la fonction de magistrat coordonnateur²⁶⁸. En effet selon l'article R. 213-9-1 du

²⁶⁵ C. WATINE-DROUIN, *op. cit.*

²⁶⁶ G. CORNU, « Droit civil, La famille », *op. cit.*

²⁶⁷ Article L.213-3 du Code de l'organisation judiciaire.

²⁶⁸ Décret n° 2008-107 du 4 février 2008 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et relatif à la justice des mineurs, J.O. du 6 février 2008 ; D. GANANCIA, Interview AJ fam. novembre 2008, p. 51 ; Dans le rapport GUINCHARD, il était proposé de concentrer le contentieux familial autour du juge aux affaires familiales qui deviendrait compétent pour les tutelles des mineurs et les liquidations et partages des indivisions conjugales, à quoi s'ajouterait la création d'un « réseau judiciaire en matière de famille », impliquant la désignation d'un

Code de l'organisation judiciaire, le président du Tribunal de grande instance désigne, après avis de l'assemblée générale des magistrats du siège, un magistrat qui 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, qu'il transmet au président du Tribunal de grande instance. Ce dernier communique ce rapport au premier président de la cour d'appel ainsi qu'au procureur de la République et à toute personne à laquelle il estime cette communication utile²⁶⁹.

2) La question de l'impartialité

85. Le juge aux affaires familiales, comme tout magistrat, doit exercer ses fonctions de manière impartiale²⁷⁰. L'impartialité du juge s'apprécie subjectivement et objectivement. La partialité subjective s'entend de tout ce qui peut affecter la neutralité personnelle de tel juge déterminé et doit le conduire, s'il est respectueux de ses devoirs à s'abstenir, ou selon le mot en usage, à se déporter. La partialité objective résulte, au contraire, de certaines circonstances faisant naître un doute légitime quant à l'impartialité d'un tribunal²⁷¹. La question de l'impartialité objective du juge a pu être posée dans plusieurs circonstances. D'abord, l'impartialité a été en cause dans des affaires où un juge était intervenu en sa qualité de juge aux affaires familiales, en matière civile, et antérieurement ou postérieurement, dans une formation de jugement, en matière pénale. La partialité objective a ainsi été retenue dans une hypothèse où après avoir participé à la formation de jugement ayant condamné un père pour abandon de famille, un juge est saisi par ce dernier, en qualité de juge aux affaires familiales, pour statuer sur une demande de réduction de la pension alimentaire²⁷². Le magistrat avait en effet déjà eu à apprécier le comportement fautif du père à l'occasion du procès pénal. Il en est de même pour un juge, qui, en qualité de juge aux affaires familiales, a ordonné le divorce aux torts exclusifs du mari en considération du viol par ascendant établi au niveau de la chambre d'accusation de la cour d'appel, puis a siégé à la

magistrat coordinateur de toutes les activités des JAF, juges des tutelles et juges des enfants, coordination se prolongeant dans la mise en place d'une coordination des parquets en matière familiale.

²⁶⁹ Article R.213-9-1 du Code de l'organisation judiciaire issu du Décret n°2010-1395 du 12 novembre 2010 relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale, J.O. du 16 novembre 2010.

²⁷⁰ L'article 6§1 de la Conv. EDH, du 4 novembre 1950 énonce : « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial ».

²⁷¹ C. GOYET, « Remarques sur l'impartialité du tribunal », Recueil Dalloz 2001, p. 328.

²⁷² Cass. 1re civ., 29 septembre 2004, n° 02-16.436, JurisData n° 2004-024952, Dr. Fam. 2005, comm. 6.

cour d'assises, en qualité d'assesseur, qui devait statuer sur ce même viol. Le juge avait en effet déjà apprécié la culpabilité du mari²⁷³.

86. En revanche, l'impartialité objective est caractérisée lorsque le juge n'a pas eu à apprécier antérieurement la culpabilité de la personne poursuivie ou ne s'est pas prononcé sur des faits constitutifs du crime ou du délit concerné²⁷⁴. N'est donc pas contraire à l'exigence d'impartialité la participation d'un magistrat, à la chambre correctionnelle de la cour d'appel qui statue sur un délit d'abandon de famille, alors qu'il avait préalablement concouru à la décision fixant en matière civile les obligations du débiteur. Il n'a en effet pas eu, en qualité de juge aux affaires familiales, à se prononcer sur le caractère pénal du défaut de paiement ou sur la culpabilité du prévenu²⁷⁵.

87. Ensuite, l'impartialité d'un juge a été en question dans des cas où en qualité de juge civil, il a été amené à intervenir à plusieurs titres au cours d'une même procédure. Ainsi en est-il d'un juge civil qui, en qualité de juge aux affaires familiales, a rendu une ordonnance de non-conciliation, puis a siégé au sein de la Cour d'appel statuant sur le même divorce²⁷⁶. La Cour de cassation a décidé que l'impartialité n'est pas caractérisée, les juges d'appel n'ayant apprécié ni les mêmes faits, ni les mêmes demandes que ceux qui ont été soumis à l'examen du juge aux affaires familiales qui n'a statué qu'au titre des mesures provisoires, dans le cadre de l'ordonnance de non-conciliation, un autre juge aux affaires familiales ayant prononcé le divorce. Dans le même sens, l'impartialité n'a pas été retenue pour un magistrat ayant eu, en qualité de juge aux affaires familiales, à homologuer, par ordonnance, une convention temporaire dans une procédure de divorce et a formulé des observations sur le projet de convention définitive, et notamment, sur la prestation compensatoire litigieuse, puis qui a fait partie de la formation d'appel se prononçant sur ce même divorce²⁷⁷.

²⁷³ Cass. crim., 16 octobre 1991, n° 90-86.527, JurisData n° 1991-002993. – V. dans le même sens, Cass. crim., 21 février 1996, n° 95-82.085 : JurisData n° 1996-001301. – Cass. crim., 30 novembre 1994, n° 94-82.201 : JurisData n° 1994-002589

²⁷⁴ Cass. crim., 13 septembre 2000, n° 00-80.922 : JurisData n° 2000-006251. – Rappr. Cass. crim., 24 novembre 1993, n° 93-82.270 : JurisData n° 1993-002559.

²⁷⁵ A. GOUTTENOIRE, « L'impartialité du juge de la famille », Dr. Fam. 2005, comm. 6.

²⁷⁶ Cass. 1re civ., 15 décembre 2010, n° 09-70.583, 1159 : JurisData n° 2010-023818, D. 2011. 78, obs. I. Gallmeister, et 622, spéc; 623, chron. N. Auroy.

²⁷⁷ Cass. 1re civ., 12 décembre 2006, n° 05-11.945, JurisData n° 2006-036433 ; Bull. civ. 2006, I, n° 543., D. 2007. AJ. 158, et Pan. 1460, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2007. 87, obs. S. David ; RTD civ. 2007. 96, obs. J. Hauser ; V. aussi Civ. 1re, 20 février 2007, n° 06-14.643, Bull. civ. I, n° 63 ; AJ fam. 2007. 189, obs. F. Chenedet ; RTD civ. 2007. 318, obs. J. Hauser.

B) Un juge unique

88. « Les familles éclatées ont besoin d'un interlocuteur unique, d'un seul arbitre suffisamment formé et apte à se saisir de toutes les implications d'un conflit familial aux multiples répercussions ». C'est la condition d'une justice claire rapide et efficace »²⁷⁸. La consécration du juge aux affaires familiales, juge unique en est la traduction (1), l'unicité garantissant l'accessibilité (2).

1) La question de l'unicité

89. « Sur le fond du droit civil, la terre principale de floraison du juge unique spécialisé aura été le droit de la famille »²⁷⁹. Le juge aux affaires familiales est en principe un juge unique, si le recours à la collégialité reste prévu, il l'est à titre exceptionnel. Il est prévu à cet effet la faculté pour le juge aux affaires familiales de renvoyer à la formation collégiale au sein de laquelle il siège et qui statue comme juge aux affaires familiales. La décision de renvoi à la formation collégiale est une mesure d'administration judiciaire insusceptible de recours. La décision fait l'objet d'une mention au dossier, et les parties en sont avisées. L'affaire est inscrite à la première audience utile de la formation collégiale du Tribunal de grande instance et celle-ci comprend le juge qui a ordonné le renvoi.

90. Le juge aux affaires familiales, juge unique peut se transformer en juridiction collégiale, cette « géométrie variable »²⁸⁰ permet de concilier l'unicité du juge qu'autorise l'affaire simple, et l'opportune collégialité dont il peut être parfois sage de s'entourer »²⁸¹. Depuis le 1er janvier 2010, le renvoi à la formation collégiale est de droit s'il est à la demande des parties pour le divorce et la séparation de corps²⁸².

91. On dit souvent que la justice est lente à être rendue. Différentes mesures contribuent à lui apporter des palliatifs, afin d'accélérer les jugements, on pourrait supprimer la collégialité de certaines juridictions, soit directement en créant des juridictions à juge unique soit indirectement en confiant certaines questions se rattachant à un procès à un juge unique spécialisé, comme c'est le cas pour le juge délégué aux affaires familiales. Il est

²⁷⁸ J.-Cl. KROSS, « Familles éclatées, procédures dispersées », Gaz. Pal. 1991. Doctr. 756.

²⁷⁹ J.-P. GRIDEL, « Le juge aux affaires familiales », in Les juges uniques : dispersion ou réorganisation du contentieux ? Dalloz, thèmes et commentaires, 1996, p.53.

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ *Ibid.* p. 60.

²⁸² Article L. 213-4, al. 2 du Code de l'organisation judiciaire

classique de se demander s'il est préférable que les jugements soient rendus pas un juge unique comme en Angleterre, en Belgique ou au Canada par exemple, ou collégalement.

92. Cathy POMART proposait dans sa thèse²⁸³ deux modifications envisageables de ce qu'elle nomme « la magistrature familiale », spécialiser les juridictions familiales et restaurer la collégialité en leur sein. Les avantages de la collégialité sont multiples et profiteraient tant aux justiciables qu'à l'institution judiciaire. Par ce biais, les décisions rendues seraient de meilleure qualité²⁸⁴ puisque la collégialité offre la garantie d'une concertation et en conséquence d'une justice plus éclairée, d'une impartialité et d'une indépendance plus grande²⁸⁵. Le fait de remettre la décision entre les mains de trois magistrats au lieu d'un seul permettrait une « autopondération du subjectivisme de chacun »²⁸⁶ et serait une garantie contre l'arbitraire²⁸⁷. L'instauration de la collégialité reviendrait à prendre le contre-courant de la tendance actuelle qui semble privilégier l'instauration de juges uniques²⁸⁸.

Ainsi que nous y invitent certains auteurs, il nous faut relativiser ces avantages du système de collégialité²⁸⁹, en effet, ce système conduirait à « une moindre responsabilisation et implication des juges dans la recherche de la solution à donner au litige », « à une impersonnalité des décisions », ainsi qu'à « des difficultés de mise en fonctionnement rapide et efficace »²⁹⁰.

93. Lorsque le juge aux affaires familiales tranche à juge unique, il ne constitue pas pour autant une juridiction autonome, mais est bien une formation du Tribunal de grande instance.

2) Un contentieux traité avec respect de l'intimité

94. La proximité du magistrat avec le justiciable, induit par le système de juge unique permet de satisfaire l'exigence d'accessibilité de la justice posée par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, permet la

²⁸³ C. POMART, « La magistrature familiale », *op. cit.* p. 32.

²⁸⁴ J.-M. COULON, « Réflexions et propositions sur la procédure civile », coll. « Les rapports officiels », Paris : La documentation française, 1997, p. 169.

²⁸⁵ M. NAUDET-SENECHAL, « Le juge unique. Essai d'une théorie générale » thèse dacty., Paris II, 2000, p. 774.

²⁸⁶ R. PERROT, « Le juge unique en droit français », *R.I.D. Comp.* 1977, pp. 659-674.

²⁸⁷ *Ibid.*

Un ancien adage relève à ce propos « Juge unique, Juge inique »,

²⁸⁸ J. VILLACÈQUE, « Le Tribunal de grande instance statuant au fond en matière civile : la collégialité menacée par les juges uniques », *Recueil Dalloz* 1995 p. 317

²⁸⁹ J.-M. BAUDOIN, « La collégialité est-elle une garantie de sûreté des jugements » ?, *RTD Civ.* 1922, pp. 532-538.

²⁹⁰ C. DOST, *op. cit.* p. 102.

célérité, c'est-à-dire l'accélération du traitement du contentieux et surtout correspond à l'intimité du conflit familial²⁹¹. Pour les plaignants, le juge aux affaires familiales est « humainement homogène »,²⁹² car il traite le contentieux dans sa globalité, dans tous ses aspects.

95. Le traitement judiciaire de la matière familiale entraîne par essence une atteinte à l'intimité de la vie privée, et justifie que les débats aient lieu de manière systématique en chambre du conseil²⁹³, conformément aux dispositions des articles 435 et 1074 du Code de procédure civile²⁹⁴. Ce dernier énonce que « les demandes sont formées, instruites et jugées en chambre du conseil, sauf disposition contraire ». Cette atteinte au principe général de publicité des débats s'explique en effet par l'aspect d'intimité des conflits portés devant ce juge. Cependant, le décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004²⁹⁵ n'a pas totalement généralisé cette exception. L'alinéa 2 précise que les décisions relatives au nom, au prénom ou au divorce sont rendues publiquement²⁹⁶.

96. Un juge parfaitement identifié et proche du justiciable, averti des particularités du contentieux familial²⁹⁷ est une solution préférable à une succession de juges différents, n'ayant pas une vision globale de la situation des membres de la famille.

II : Le juge de la famille

97. Le juge de la famille a été modelé par le droit familial. De la seule famille « légitime », le juge de la famille est devenu le juge de toutes les familles sous l'effet de l'unification du droit familial. Dans cette évolution, l'unification du droit des enfants, suivi de celle du droit des couples ont joué un rôle primordial. La spécialisation du juge aux affaires familiales a accéléré l'unification du droit des couples. Et cela a eu une incidence sur le fond du droit²⁹⁸.

98. Autrefois ceux qui voulaient s'unir et bénéficier de la protection de la loi devaient se marier, aujourd'hui est consacré une diversité des situations de vie à deux (A)

²⁹¹ C. DOST, « Collégialité et juge unique en droit judiciaire français », Thèse dactylographiée, Bordeaux IV, 1999.

²⁹² J.-P. GRIDEL, « Le juge aux affaires familiales », in Les juges uniques : dispersion ou réorganisation du contentieux ? Dalloz, thèmes et commentaires, 1996, p.53.

²⁹³ C. LIENHARD, « juge aux affaires familiales » Répertoire procédure civile Dalloz, 1997, p. 45.

²⁹⁴ Le juge peut décider que les débats auront lieu ou se poursuivront en chambre du conseil s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée, ou si toutes les parties le demandent, ou s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice.

²⁹⁵ Décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004 ayant introduit dans le Code de procédure civile un chapitre intitulé « La procédure en matière familiale ».

²⁹⁶ A. LEBORGNE, « Les décrets de procédure et la matière familiale », Procédures n° 6, Juin 2006, étude 12.

²⁹⁷ L. CADIET, « A la recherche du juge de la famille », *op. cit.*

²⁹⁸ J. HAUSER, « Le contentieux familial en France : la forme et le fond », *op. cit.*

amenant ainsi à l'unification du droit des couples et ainsi de la famille (B).

A) La diversité des situations familiales

99. Il est de l'essence même du droit de régir la vie en société. S'il ne doit pas nécessairement s'adapter aux réalités²⁹⁹, il ne peut pas non plus les ignorer totalement³⁰⁰. Le pluralisme légal en droit de la famille ressort clairement des réformes, il est le fruit d'une lente évolution. Le droit de la Révolution était un droit de principes. Celui du Code civil de 1804 a imposé un modèle, celui de la famille légitime, patriarcale. Le Code Napoléon exprimait une conception autoritaire et hiérarchisée de la famille. Les devoirs du mariage étaient empreints d'unilatéralisme. Ainsi, l'obligation de cohabitation n'incombait qu'à l'épouse³⁰¹, les pouvoirs sur les biens n'étaient confiés qu'au mari. Le divorce pour incompatibilité d'humeur est supprimé et celui par consentement mutuel n'est maintenu qu'à contrecœur. La Restauration le supprime totalement en 1816, la boucle est bouclée³⁰². Quelques réformes ponctuelles de la première moitié du XXe siècle ont ouvert une brèche dans cette unité de gestion,³⁰³ mais ce n'est qu'à partir des années 70 que les revendications en faveur de l'égalité conjugale se sont réellement concrétisées. Le droit au divorce a été consacré. La loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce est empreinte de pluralisme. À l'unique cause du divorce pour faute, le législateur a voulu substituer un divorce à la carte avec le désir clairement exprimé d'essayer de répondre à la variété des situations³⁰⁴. Cette remise en question de l'image classique de la famille et la volonté d'offrir des choix ressortent aussi de la loi du 13 juillet 1965 sur les régimes matrimoniaux. La femme se voit reconnaître une indépendance nouvelle que chaque réforme ultérieure confortera un peu plus. Cette loi offre des choix entre différents régimes matrimoniaux et la possibilité surtout d'en changer. Le principe d'unité maritale a laissé la place à une association entre les époux, tant sur le plan patrimonial que sur le plan extrapatrimonial.

100. Et avant même de s'être affirmée dans les rapports entre époux, l'égalité avait touché la sphère parentale et la filiation. La loi du 3 janvier 1972 reconnaissait l'égalité des filiations. Ainsi à la diversité des statuts du couple répond une uniformité du statut des enfants

²⁹⁹ C. ATTIAS, D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *op. cit.*

³⁰⁰ F. GÉNY, « Science et technique en droit privé positif », Sirey, 1924.

³⁰¹ Ancien article 214 du Code civil.

³⁰² I. THÉRY, « Le démariage », Odile Jacob, 1996, p. 59 s.

³⁰³ Une loi du 13 juillet 1907 a permis à l'épouse de percevoir librement ses gains et salaires

³⁰⁴ J.-J. LEMOULAND, « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *op. cit.*

tout au moins pour les effets de la filiation³⁰⁵. L'indissolubilité du mariage n'existe plus, mais il n'a pour autant pas disparu, « il s'est déplacé du mariage vers la filiation »³⁰⁶. La disparition de la distinction enfant légitime enfant naturel a consacré le principe d'égalité et a fait ainsi disparaître des limites qui s'opposaient à une consécration d'un « pluralisme familial égalitaire »³⁰⁷. Le juge aux affaires matrimoniales est devenu le juge aux affaires familiales ! Sa compétence a été élargie en matière d'autorité parentale à tous les enfants même ceux issus de couples non mariés. Depuis le 1er juillet 2006, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005, est abolie la distinction entre filiation « légitime » et naturelle, la « qualité » du couple parental n'entraîne plus l'attribution d'un qualificatif aux enfants qui en étaient issus. Le mariage a cessé d'être l'acte fondateur de la famille puisque 60 % des premiers enfants sont nés de parents non mariés³⁰⁸. Le statut de l'enfant n'est plus lié à celui de ses parents. Et peu importe le modèle de vie familiale, l'autorité parentale appartient aux parents, et leur séparation est sans incidence sur elle. D'autant qu'aujourd'hui le mariage est concurrencé par d'autres formes alternatives de conjugalité que sont le concubinage et le PACS³⁰⁹.

101. À l'échelle internationale, il n'existe pas non plus de modèle familial universel, tant les différences d'approche sont grandes s'agissant des formes de vie familiale³¹⁰. Cette pluralité se traduit par une grande diversité des droits de la famille d'un État à un autre. Le droit de la famille est en effet tributaire de la civilisation dans laquelle il s'insère³¹¹. Les conceptions de la famille évoluent dans le temps et l'espace et selon les époques et les sociétés.

102. Le modèle traditionnel fondé sur le mariage et la filiation « légitime » a ainsi complètement explosé. Il apparaît surtout que le législateur paraît avoir renoncé à imposer un modèle. Le droit de la famille se veut une réponse à la diversité des mœurs. Les réformes laissent apparaître le désir du législateur de répondre à la variété des situations familiales. Néanmoins, l'on peut s'interroger sur cette préoccupation de coller au plus près des comportements humains. Cela aboutirait à une législation plus sociale que juridique, la loi ne serait plus là pour diriger, mais pour gérer³¹².

³⁰⁵ Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, J.O. du 6 juillet 2005.

³⁰⁶ I. THÉRY et A.-M. LEROYER, « Filiation, origine, parentalité : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle », *Droit de la famille*, septembre 2014, p. 8.

³⁰⁷ M.-F. NICOLAS-MAGUIN, « Premières réflexions sur le pluralisme familial » *in* *Réflexions sur le pluralisme familial*, Odile Roy (dir.), Presses Universitaires Paris Ouest.

³⁰⁸ C. PHILIPPE, « Droit de la famille n° 1, Janvier 2007, étude 3 Un droit de la famille résolument tourné vers la diversité »

³⁰⁹ F. NIBOYET, « L'ordre public matrimonial », *JGDJ*, 2008.

³¹⁰ A. THURILLET-BERSOLLE, « Droits européens et droit de la famille », Thèse, Bourgogne, 2011.

³¹¹ P. GUEZ, « Pluralisme familial et ordre public international », *in* « Réflexions sur le pluralisme familial », Odile Roy (dir.), Presses Universitaires Paris Ouest.

³¹² J.-J. LEMOULAND, « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *op. cit.*

B) L'unification du droit des couples

103. L'émergence de la notion de couple est le fruit d'une évolution qui s'est achevée il y a peu (1), et dont les caractères contribuent à définir la famille contemporaine (2).

1) L'émergence de la notion de couple

104. Le terme même de « couple » a vu son sens modifié. La conjugalité se distingue en droit contemporain du mariage, oublieuse de sa racine latine *conjugalis*, ce qui est relatif au mariage, le couple n'est plus uniquement le couple marié. La diversité sur le terrain de la conjugalité est bien représentée³¹³. « L'œuvre législative se comprend par rapport à un mythe du couple que le législateur a reçu de la société, et qu'il a aussi contribué à construire »³¹⁴. Selon Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, les lois du milieu des années 90 semblaient reposer sur deux mythes, celui du couple et celui de l'enfant-roi³¹⁵. En effet, la notion de couple a tout d'abord été définie dans le Code de la santé publique à propos de la loi du 29 juillet 1994³¹⁶ sur l'assistance médicale à la procréation. Le « couple » est ainsi composé d'« un homme et d'une femme, tous deux vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans ». Le constat le plus important est donc que l'union libre est assimilée au mariage, tout du moins dans une procréation médicalement assistée. Il est par ailleurs à rappeler que la loi du 8 janvier 1993 englobait les couples mariés, unis ou séparés au regard de l'autorité parentale³¹⁷.

105. Dès lors, l'émergence de la notion de couple a été une réponse à la « crise du mariage »³¹⁸ et n'a cessé d'évoluer. « Le droit de la famille peut-il se passer du droit conjugal ? Non, car le couple reste l'élément fondateur de la famille : sans lui, il n'y a pas de famille. Et sans famille, il n'y a pas d'organisation sociale. Mais les règles formant le droit du

³¹³ M. LAMARCHE, « La conjugalité, in Mariage-Conjugalité, Parenté-Parentalité, dir. H. FULCHIRON, Dalloz, 2009, p.23.

³¹⁴ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », RTD Civ. 1995 p. 249.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 249.

³¹⁶ Article L152-2 du Code de la santé publique : « L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple. Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué. Elle peut aussi avoir pour objet d'éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité. L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentants préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination ».

³¹⁷ Loi du 8 janvier 1993

³¹⁸ C. BRUNETTI-PONS, « L'émergence d'une notion de couple en droit civil », Revue critique de droit international privé 1999 p. 27

couple doivent être revisités, car la notion de couple a évolué ». ³¹⁹ La loi du 15 novembre 1999 ³²⁰ se plaçait dans la perspective pluraliste ayant animé de nombreuses réformes antérieures. L'article 515-1 du Code civil dispose à cet effet qu'« un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ». Le PACS était né, le concubinage, à l'aide de maigres dispositions, consacré ³²¹. L'article 515-8 du Code civil énonce « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple. » Les modes d'expression de la conjugalité étaient d'ores et déjà pluriels, le statut juridique aura suivi la même évolution ³²².

106. La loi du 17 mai 2013 ³²³ en ouvrant le mariage aux couples de même sexe a profondément marqué le paysage judiciaire (pas seulement) dans un contexte « où le rapprochement des différents modes de vie de couple paraît être cantonné substantiellement comme procéduralement » ³²⁴. Le pluralisme des modes de vie de couple est patent.

107. Par ailleurs et jusqu'à la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014, ³²⁵ la possibilité d'une attribution préférentielle du droit au bail du local d'habitation n'était pas envisageable pour les partenaires d'un pacte civil de solidarité. L'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 ». Cette disposition participe à la mise en place d'un rapprochement entre les couples mariés et les couples de partenaires néanmoins, l'unité du droit substantiel doit composer avec une diversité en matière de compétence d'attribution.

³¹⁹ X. LABBÉE, *op. cit.* ; C'est la conclusion qui a été tirée au terme d'un colloque de juristes organisé à Lille «Reconstruire la famille : un droit commun pour le couple?» Colloque du 11 mai 2001, LPA 20 décembre 2007.

³²⁰ Loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité

³²¹ Article 515-8 du Code civil ; B. BEIGNIER, « PACS : l'heure du droit. Proposition pour un statut unitaire du concubinage », *Dr. Famille* 1999, chron. 7.

³²² J.-F. SAGAUT, « Couples au XXI^e siècle : le nécessaire état des lieux de la conjugalité », *Petites affiches*, 21 mai 2010 n° 101, p. 11

³²³ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *J.O.* du 18 mai 2013.

³²⁴ E. PAILLET, « Liens personnels, liens de famille », *in* « Des liens et des droits », *Mélanges J.-P. LABORDE*, Dalloz, 2015, p 441.

³²⁵ Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, dite loi ALUR, *J.O.* du 26 mars 2014. Cette loi instaure également pour les partenaires un droit exclusif sur le bail en cas de décès pour le partenaire survivant.

En effet, lorsqu'il s'agit de déterminer quel juge peut connaître d'une demande d'attribution préférentielle du droit au bail en cas de dissolution du Pacs, il est étonnant de constater que le juge aux affaires familiales n'est pas compétent pour une telle demande alors qu'un mouvement de centralisation des compétences auprès de ce juge se fait en droit des couples. La compétence du juge aux affaires familiales est refusée bien que le lien du Pacs avec le droit de la famille se renforce³²⁶. Il est vrai tout de même que cette question relève du droit au logement et non du droit de la famille. L'exclusion se justifie donc.

2) Les caractéristiques du couple

108. La notion de couple recouvrirait donc aussi bien le couple marié, que les partenaires pacsés et les concubins³²⁷ puisque ce qui paraît être le critère déterminant pour distinguer le « couple » du « non-couple » serait la vie commune, qui est « une sorte de dénominateur commun des couples »³²⁸, « comme expression du lien familial »³²⁹. Le couple peut être défini comme « l'union affective et morale qui lie un homme et une femme entre eux »³³⁰. Dans le PACS, la vie commune est une finalité, dans le concubinage elle en est l'objet. Dans le mariage c'est un devoir, la communauté de vie. « La vie commune fonde une famille »³³¹. À l'occasion de la loi du 15 novembre 1999, le Conseil constitutionnel a estimé que « la notion de vie commune ne couvre pas seulement une communauté d'intérêts et ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes », mais qu'elle « suppose outre une résidence commune, une vie de couple »³³². Le droit reconnaît une diversité de mode de vie à deux même si l'ordre public matrimonial en est absent. Néanmoins, même si l'obligation de fidélité n'apparaît pas clairement dans les textes, la vie commune constitue le socle de toutes les formes de couples. Cette « communauté de toit » impliquerait une « communauté de lit ». « Que ce soit un mariage ou un PACS, l'exclusivité conjugale (qui n'est pas le devoir de fidélité !) reste l'essence du couple, du moins en droit français ». Depuis l'introduction du pacte civil de solidarité dans le Code civil, son régime n'a cessé de se rapprocher de celui du mariage. Par un double mouvement de

³²⁶ A. MATTEOLI, « Désignation du Tribunal d'instance pour l'attribution préférentielle du droit au bail en cas de dissolution du Pacs : une limite procédurale au droit commun des couples », RJPF juin 2015, p. 23.

³²⁷ J.-F. SAGAUT, « L'ère du droit commun de la conjugalité » Defrénois, 17 mai 2010 n° 1, p. 7

³²⁸ J.-J. LEMOULAND, « Le couple en droit civil », Dr. fam., juillet 2003, p. 11.

³²⁹ E. PAILLET, « Liens personnels, liens de famille », *op. cit.*, p. 442.

³³⁰ C. BRUNETTI-PONS, « L'émergence d'une notion de couple en droit civil », RTD civ. Janvier-mars 1999, p. 27.

³³¹ E. PAILLET, « Liens personnels, liens de famille », *op. cit.* p. 442.

³³² N. MOLFESSIS, « La réécriture de la loi par le Conseil constitutionnel », JCP N, 2000, p. 270.

« matrimonialisation » du Pacs, mais aussi de « pacsisation » du mariage³³³, le Pacte a progressivement pris la forme d'un « mini-mariage »³³⁴. « La transformation profonde de la vie sociale impose de faire coïncider les règles légales et l'état des mœurs »³³⁵. L'ordonnance rendue par le président du Tribunal de grande instance de Lille le 5 juin 2002 en est un exemple frappant. Le pacs en tant que contrat doit être exécuté de bonne foi, avec loyauté. Le partenaire « trompé » est en droit de demander réparation. « L'obligation de devoir exécuter loyalement de devoir de communauté de vie commande de sanctionner toute forme d'infidélité entre partenaires »³³⁶.

109. Nombre d'auteurs ont souligné que la convergence progressive des régimes juridiques applicables aux différents types de couples favorise l'émergence d'un droit commun du couple, voire d'un « statut minimum garanti, une sorte de SMIG du couple »³³⁷. Le mariage voit son caractère institutionnel amoindri et tend vers le PACS qui lui n'est qu'un contrat alors que le concubinage se contractualise de plus en plus. « Ce droit commun serait ainsi d'essence purement contractuelle »³³⁸. « Les bases d'un nouveau régime du couple au XXIe siècle sont désormais posées »³³⁹. Madame GERNEZ proposait que tous les couples soient soumis à un « statut matrimonial », à l'instar des pays anglo-saxons³⁴⁰.

110. Pourtant, le Conseil constitutionnel a été saisi le 29 juillet 2011 d'une question prioritaire de constitutionnalité afin de savoir s'il y avait atteinte à l'égalité entre les différentes formes de couple par l'absence de droit à pension de réversion en dehors du couple marié³⁴¹. Après avoir rappelé au fondement de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle unisse ; [...] le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur

³³³ L. ANDREU, « Vers un alignement du régime du Pacs sur celui du mariage ? », Recueil Dalloz 2014 p. 968.

³³⁴ H. FULCHIRON, « Le partenariat est-il soluble dans le mariage (et réciproquement)? », in Mélanges J. Hauser, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 125; J. ROCHFELD, « Réforme du PACS », RTD civ. 2006. p. 624 ; W. BABY, « Les effets patrimoniaux du pacte civil de solidarité », Defrénois, T. 51, 2013.

³³⁵ Rapport Donnez, Doc. Ass. Nat., 1974-1975, n°1681, t. 1, p. 11 ; Ph. Jestaz, RTD civ. 1975. 392.

³³⁶ TGI Lille, 5 juin 2002, D. 2002, note, X. Labbé.

³³⁷ C. BRUNETTI-PONS (dir.), « La notion juridique de couple », Paris, Economica, 1998 ; A.-S. BRUN, « Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple », thèse, Grenoble II, 2003 ; J.-J. LEMOULAND, « L'émergence d'un droit commun du couple », in H. FULCHIRON (dir.), Mariage-conjugalité, parenté-parentalité, Dalloz, 2009, p. 33 et s.

³³⁸ X. LABBÉE, « Le droit du couple à l'heure de la déjudiciarisation », AJ. fam. 2008, p.112.

³³⁹ I. THÉRY et A.-M. LEROYER, « Filiation, origine, parentalité : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle », Droit de la famille, septembre 2014, p. 8.

³⁴⁰ V. GERNEZ, « Pour un statut matrimonial unifié, libre, égal et solidaire pour tous », Droit et patrimoine, février 1999, doctr. p. 95.

³⁴¹ Cons. const., 29 juillet 2011, n° 2011-155 QPC, D. 2012. 971, spéc. 983, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau; AJDA 2011. 1591; AJ fam. 2011. 436, obs. W. Jean-Baptiste.; RTD civ. 2011. 748, obs. J. Hauser.

règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit », le Conseil constitutionnel relève que « le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui reconnaît l'article 34 de la Constitution, défini trois régimes de vie de couple qui soumettent les personnes à des droits et des obligations différents ; [...] la différence de traitement quant au bénéfice de la pension de réversion entre les couples mariés et ceux qui vivent en concubinage ou sont unis par un pacte civil de solidarité ne méconnaît pas le principe d'égalité ». Le droit à pension de réversion se conçoit en terme de solidarité familiale. Qui plus est, « Au titre de la cohérence d'ensemble du statut civil inhérent au mariage, il est justifié que le bénéfice de la pension de réversion ne soit pas étendu au partenaire, volontaire, d'un pacs, qui ne se trouve pas dans la même situation que le conjoint survivant »³⁴².

111. La Cour européenne des droits de l'homme conçoit elle aussi une différence de traitement lorsque les couples ne sont pas placés dans une situation identique selon qu'ils aient ou non contracté un engagement public³⁴³ et que selon le cas ils aient contracté mariage ou partenariat. La Cour, dans l'arrêt *Schalk et Kopf c/Autriche* du 24 juin 2010³⁴⁴, affirme ainsi que lorsqu'un État choisit d'accorder aux couples de même sexe une autre forme de reconnaissance que le mariage, il n'est pas tenu de leur conférer un statut analogue au mariage sur tous les points. Dans l'arrêt *Van der Heidjen c/Pays-Bas* du 3 avril 2012³⁴⁵, la Cour refuse de reconnaître les mêmes droits aux simples concubins et aux couples ayant officialisé leur union à propos de l'obligation de témoigner contre son conjoint ou son concubin. Et inversement, la Cour condamne une différence de traitement entre deux types de couple lorsqu'elle considère qu'ils sont placés dans la même situation, comme le confirme l'arrêt *X c / Autriche* du 19 février 2013³⁴⁶. « Ainsi, dès lors qu'ils ont le même statut, les couples doivent être soumis au même régime, qu'ils soient de sexe différent ou de même sexe »³⁴⁷.

112. Un auteur dénonçait l'éclatement des compétences entre juge aux affaires

³⁴² Cass. Civ. 2^e, 23 janvier 2014, n° 13-11.362, sur le refus justifié de la pension de réversion au partenaire d'un pacte civil de solidarité (PACS) ; D. 2014. 968, note L. Andreu, et 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2014. 197, obs. H. Roberge ; RDSS 2014. 392, obs. T. Tauran ; RTD civ. 2014. 342, obs. J. Hauser.

³⁴³ CEDH, 29 avril 2008, *Burden c/ Royaume-Uni*, RTDH 2009, p. 513, obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD. 2013. 227, obs. François CHÉNÉDÉ ; Dr. Fam. 2013, comm. n° 53, obs. Claire NEIRINCK.

³⁴⁴ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk and Kopf c. Autriche*, *op. cit.*

³⁴⁵ Dr. Fam. 2013, étude n°3, obs. Adeline Gouttenoire.

³⁴⁶ CEDH, gr. ch., 19 février 2013, *X et autres c/ Autriche*, D. 2013. 502, obs. I. Gallmeister; 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2013. 227, obs. F. ChénéDé; p. 363, obs. J. Hauser.

³⁴⁷ A. GOUTTENOIRE, « Le droit européen des droits de l'homme », in *Le lien familial hors du droit civil de la famille*, (dir.) Ingrid MARIA et Michel FARGE, Institut Universitaire Varenne, 2014, p. 147.

familiales et juridiction de droit commun dans le contentieux du couple en crise³⁴⁸. Le Professeur Virginie LARRIBAU-TERNEYRE se demandait un an après l'entrée en vigueur de la loi du 12 mars 2009 si l'on devait s'attendre à l'émergence d'une véritable juridiction familiale recomposant le droit de la famille autour de tous les couples et pas seulement du couple marié³⁴⁹. Nous pouvons affirmer qu'il n'existe pas (encore ?) de juridiction familiale unique, mais que le juge aux affaires familiales est devenu au fil des réformes le juge de tous les couples. La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013³⁵⁰ ouvrant la possibilité pour deux personnes du même sexe de se marier, a achevé le processus d'unification des couples. La différence de sexe exigée lors de la formation du mariage demeurait un des derniers empêchements à cette unification³⁵¹.

113. La notion de couple alors pose les bases d'un droit commun du couple qui est ainsi consacré³⁵², et le juge aux affaires familiales est devenu par la même le juge du couple et de la famille³⁵³. L'accès à la justice est ainsi facilité pour les couples, le juge aux affaires familiales étant l'interlocuteur privilégié de tous les couples. Il est indéniable que la volonté du groupe de travail présidé par Serge GUINCHARD était d'intégrer au cœur de la famille toutes les formes de vie commune. L'on peut parler d'une volonté législative d'élaborer des textes contenant des dispositions destinées à s'appliquer indifféremment aux conjoints, partenaires et concubins³⁵⁴ à l'instar des violences conjugales. « La famille est désormais construite sur le couple »³⁵⁵.

114. Les personnes vivant ensemble ont le même juge, ce qui est la traduction de l'importance de la protection de la famille. Le champ des compétences du juge aux affaires familiales est ainsi très étendu.

³⁴⁸ X. LABBÉE, *op. cit.* p. 114.

³⁴⁹ V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La centralisation des contentieux : le nouveau bloc de compétences du juge aux affaires familiales », *op.cit.*

³⁵⁰ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, J.O. du 18 mai 2013.

³⁵¹ L'inceste demeure un tabou universel et un empêchement au mariage. Lors des débats précédant l'adoption de la loi, certains des plus ardents opposants au « mariage pour tous » n'hésitèrent pas à prédire, à une société ayant ainsi largué toutes les amarres symboliques et morales, un avenir de polygamie, d'inceste et de zoophilie... Voir article d'I. THÉRY, « Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de civilisation ? » Dr. fam. n° 7, Juillet 2013, dossier 17.

³⁵² 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. n°9, septembre 2009, étude 29.

³⁵³ 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. 106.

³⁵⁴ A.-S. BRUN-WAUTHIER, Régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux des couples non mariés, Larcier 2014, 4^e éd..

³⁵⁵ J. CARBONNIER, « Essais sur les lois », *op. cit.* p. 183.

Section 2 : Une compétence juridictionnelle étendue

115. La volonté de regrouper entre les seules mains du juge aux affaires familiales les compétences intéressant la famille nous invite à distinguer le couple de l'enfant. Ne seront ainsi pas traitées dans cette partie les compétences du juge aux affaires familiales liées à l'enfant, mais uniquement ses compétences à l'égard du couple puisque la deuxième partie de cette thèse ne sera consacrée qu'aux particularités juridictionnelles intéressant l'enfant.

116. L'étendue du champ de compétence d'attribution du juge aux affaires familiales est particulièrement vaste. L'article L.213-3 du Code de l'organisation judiciaire énonce en effet 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 ; 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 ; 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 l'exercice de l'autorité parentale, à la révision de la prestation compensatoire ou de ses modalités de paiement ; au changement de prénom ; 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 forcé.

L'ensemble des litiges soumis au juge aux affaires familiales relève d'un même tronc commun procédural.

117. L'article 1071-1 du Code de procédure civile dispose que, « quelle que soit la nature de la demande, la compétence territoriale est déterminée selon trois critères alternatifs, le lieu de résidence de la famille ; si les parents sont séparés, le lieu de résidence du parent avec lequel résident habituellement les enfants mineurs en cas d'exercice commun de l'autorité parentale, ou le lieu où réside le parent qui exerce seul l'autorité parentale ; à défaut d'application des deux critères précédents, le lieu de résidence du défendeur. Des exceptions à ces règles de compétence territoriale sont prévues à l'article 1202 en matière de délégation d'autorité parentale, et à l'article 1055-1 en matière de changement de prénom et de

contestation, par le procureur de la République, du prénom de l'enfant »³⁵⁶.

118. A cet effet, le juge aux affaires familiales est aussi bien le protecteur de l'union (I), que le protecteur des membres du couple dans la désunion (II).

I : La protection de l'union des couples

119. Le juge aux affaires familiales est le juge de tous les couples à tous les moments clés de leur vie commune, aussi bien au moment de la formation, que lors de l'organisation de la vie commune. Le juge aux affaires familiales a ainsi vu ses attributions en matière patrimoniale considérablement élargies (A) et a à sa disposition un certain nombre de mesures protectrices en cas de « crise » au sein du couple (B).

A) Le juge aux affaires familiales et les questions patrimoniales

120. La circulaire du 16 juin 2010 du ministère de la Justice³⁵⁷ précise que le juge aux affaires familiales connaît de « toutes les actions d'ordre patrimonial, quel que soit leur fondement juridique sauf contentieux spécialement dévolu à un autre juge ».

121. La distinction classique entre les personnes et les biens semble s'atténuer. En matière patrimoniale, le juge aux affaires familiales a vu ses compétences élargies, il est traditionnellement compétent concernant le couple marié (1), mais la diversité des situations familiales le rend aussi compétent concernant toutes les formes de couple (2).

1) Le juge aux affaires familiales et le couple marié

122. Le domaine de compétence du juge aux affaires est non seulement quantitativement important, mais aussi significatif de l'évolution actuelle du droit de tous les couples dans le sens d'une concentration accrue de compétence entre les mains d'un seul et même juge. L'article 14 de la loi du 12 mai 2009³⁵⁸ a considérablement augmenté la compétence du juge aux affaires familiales en ce qui concerne le fonctionnement des régimes

³⁵⁶ Circulaire 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 CIV 2004-16 C1/23-11-2004 NOR : JUSC0420849C

³⁵⁷ Circ. n° CIV/10/10 du 16 juin 2010 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, J. MASSIP, « Les nouvelles attributions du juge aux affaires familiales en matière de régimes matrimoniaux et d'indivision », JCP N, 2011, p. 1086.

³⁵⁸ Loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, J.O. 13 mai 2009

matrimoniaux et leur liquidation. Le juge aux affaires familiales est donc compétent pour connaître de l'homologation du changement de régime matrimonial, des demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux et des litiges relatifs à la liquidation et au partage des régimes matrimoniaux. Nous relèverons d'ailleurs que ce contentieux technique appelle des compétences toutes particulières. Le juge aux affaires familiales compétent sera celui ayant statué sur le divorce des époux concernés. Les procédures d'homologation de changement de régime matrimonial relèvent de la matière gracieuse, les procédures de liquidation et de partage des régimes matrimoniaux et la séparation judiciaire des biens relèvent quant à elles de la matière contentieuse. Notamment, l'article 1286 du Code de procédure civile dans son alinéa 1^{er} dispose « 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 litiges soumis au juge aux affaires familiales obéissent aux règles de droit commun de la procédure civile en raison de ses compétences élargies³⁵⁹. Le régime procédural est par ailleurs différent quant aux litiges relatifs à l'autorité parentale ou tendant à la fixation d'une pension alimentaire ou d'une contribution aux charges du mariage, le juge aux affaires familiales sera bien sûr compétent, mais la procédure sera orale et le ministère d'avocat non obligatoire. Ce formalisme peu contraignant obéissant au principe de l'accessibilité de ce juge.

123. L'extension de la compétence du juge aux affaires familiales va au-delà du couple marié et s'étend à la connaissance générale des intérêts patrimoniaux de tous les couples.

2) La compétence du juge aux affaires familiales élargie à toutes les formes de couple

124. Plus importante et significative de l'évolution du droit contemporain de la famille est l'extension de la compétence du juge aux affaires familiales au-delà du couple marié, à tout le contentieux patrimonial des couples de partenaires ou de concubins, au cours de leur vie commune comme au moment de la rupture³⁶⁰. Le juge aux affaires familiales est devenu, avec la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009³⁶¹, le juge du quotidien des questions

³⁵⁹ Le décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004

³⁶⁰ Colloque Lille 2, Reconstruire, la famille, un droit commun pour le couple ? 11 mai 2007 : LPA 20 décembre 2007, n° 254, n° spécial.

³⁶¹ Loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, J.O. du 13 mai 2009.

patrimoniales de tous les couples, pendant leur vie commune, qu'ils soient mariés ou non mariés. Il devient aussi le juge de la séparation de tous les couples, dans leurs incidences patrimoniales, en tout cas.

125. Jusqu'à la loi de 2009, il n'étendait sa compétence au-delà du couple marié qu'indirectement, et ce par le biais des enfants, puisque le juge aux affaires familiales avait compétence pour la fixation de l'obligation d'entretien des enfants par les parents, quelle que soit leur situation de couple. Le juge aux affaires familiales est chargé du contentieux de l'exercice de l'autorité parentale, indépendamment du statut des parents. L'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire lui reconnaît compétence pour connaître des indivisions entre personnes liées par un Pacs ou entre concubins et également pour statuer sur la contribution aux charges du pacte civil de solidarité, par analogie avec le mariage, où il statue sur la contribution aux charges.

126. Concernant les partenaires, ils sont assujettis à une obligation d'assistance identique à celle imposée pour les époux à l'article 212 du Code civil. La réalité étant identique, une identité de terme est adaptée. L'aide matérielle prend la forme d'une contribution aux charges de la vie commune. Quant aux dettes l'analogie avec le mariage est consommée. Aux termes de l'article 515-4 du Code civil, « les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproques. Si les partenaires n'en disposent autrement, l'aide matérielle est proportionnelle à leurs facultés respectives. Les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante. Toutefois, cette solidarité n'a pas lieu pour les dépenses manifestement excessives. Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclus du consentement des deux partenaires, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante et que le montant cumulé de ces sommes, en cas de pluralité d'emprunts, ne soit pas manifestement excessif eu égard au train de vie du ménage ».

Le partenaire défaillant pourra se voir contraint d'exercer ses obligations par le juge aux affaires familiales. Et il pourrait aussi voir mise en œuvre sa responsabilité contractuelle³⁶².

127. Concernant les concubins, ils ne sont tenus d'aucune obligation civile. L'analogie avec le mariage leur est refusée concernant les charges de la vie commune et les

³⁶² TGI Lille, 30 mai 2012, JCP G, 2012, p. 783, zoom. X. Labbé.

dettes ménagères, la Cour de cassation y veille scrupuleusement³⁶³. La marge de manœuvre jurisprudentielle est ainsi très étroite. Mais les concubins sont tenus d'une obligation naturelle de s'entre aider. Cette obligation est susceptible de se transformer en obligation civile³⁶⁴ — pouvant donc donner lieu à exécution forcée — lorsque peut être constaté un engagement unilatéral d'exécuter cette obligation naturelle³⁶⁵. Cette dernière peut se manifester en cours d'union, sous la forme d'une assistance matérielle ou morale apportée à sa compagne ou à son compagnon, ou à l'occasion de la rupture du concubinage, traduisant le souci de ne pas laisser sans ressources le concubin abandonné ou de réparer le préjudice subi par celui-ci. Pour réclamer l'exécution d'une créance sur ce fondement, il faut qu'il y ait eu promesse réelle d'accomplir ce qui serait resté sans cela un simple devoir de conscience. Celle-ci sera idéalement caractérisée par un écrit, la jurisprudence ne faisant peu preuve de largesse en la matière. Il reste aux concubins soucieux d'organiser leur vie commune de prévoir conventionnellement leurs obligations réciproques.

128. Le législateur n'a pas dissocié dans la rédaction des textes, le mariage d'un côté et le PACS et le concubinage de l'autre, mais a abordé successivement la question du règlement des difficultés patrimoniales des couples, mariés, pacsés ou en concubinage, au cours de la vie commune³⁶⁶ puis au moment de la rupture³⁶⁷. « Si la clarification des compétences en matière de Pacs est opportune »³⁶⁸, il est évident que le concubinage a accédé à l'occasion de la loi du 12 mai 2009³⁶⁹, à une nouvelle forme de reconnaissance juridique. La réunion des contentieux concernant toutes les formes de couples entre les mains du juge aux affaires familiales a par ailleurs sans aucun doute favorisé l'émergence d'un droit commun du

³⁶³ Cass. 1^{re} civ., 17 octobre 2000, *Dr. fam.*, 2000, comm. n° 139, note B. Beignier ; D. 2001, P. 497, NOTE, r. Cabrillac. ; Cass. 2^e civ. 2 mai 2001, JCP G, 2002, II, n° 10009, note R. Cabrillac ; Cass. 1^{re}, civ, 27 avril 2004, *Dr. fam.* 2004, comm. 140, note V. Larribau-Terneyre, D. 2004, comm. n° 2968, obs. D. Vigneau ; RTD civ., 2004, p. 487, obs. J. Hauser.

³⁶⁴ Cass. 1^{re} Civ., 10 octobre 1995, n° 93-20.300, Bull. civ. I, n° 352 ; D. 1997. 155, note G. Pignarre; *Ibid.* 1996. 120, obs. R. Libchaber; *Ibid.* 1997. 85, chron. N. Molfessis.

³⁶⁵ Sur cette notion, V. not. P. Murat (dir.), *Dr. fam.*, Dalloz action, 2010, titre 14 : Le concubinage, par Y. Favier, n° 143.31 s. ; F. Granet-Lambrecht, J.-Cl. Civil Code, v° Concubinage, Article 515-8 du Code civil, fasc. unique, mars 2010, n° 80 s. ; S. Gaudemet, J.-Cl. Ingénierie du patrimoine, v° Organisation du concubinage, fasc. 80, janvier 2009, n° 67 s. et M. Mathieu, J.-Cl. Liquidations-partages, v° Concubinage, fasc. 20, « Liquidation après séparation - Recensement des éléments patrimoniaux », août 2005, n° 135 s. ; A. COUSIN, E. BUAT-MÉNARD, « Les créances entre concubins », *AJ fam.* 2013, p. 47.

³⁶⁶ Article 213-3, 1° du Code de l'organisation judiciaire.

³⁶⁷ Article 213-3, 2° du Code de l'organisation judiciaire.

³⁶⁸ 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.* n° 9, Septembre 2009, étude 29 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales : cadrage ou verrouillage ? (a propos de la circulaire n° CIV/10/10 du 16 juin 2010 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, Étude 5.

³⁶⁹ Loi n° 2009-526, 12 mai 2009, *op. cit.*

couple³⁷⁰ comme nous l'avons déjà relevé. En effet, cette évolution procédurale est significative, car le pacs est un contrat, et le juge du contrat est le Tribunal de grande instance. Or, le juge de la famille, c'est le juge aux affaires familiales. La volonté législative de maintenir le PACS en dehors de toute « matrimonialisation » n'a plus de prise.

129. À défaut d'accords intervenus en dehors de tout contentieux entre les parties, la mise en œuvre des obligations alimentaires est de la compétence entière et exclusive du juge aux affaires familiales. Notamment, en vertu de l'article L. 6145-11 du Code de la santé publique, les établissements publics de santé ont toujours la possibilité d'exercer, s'il y a lieu, leurs recours contre les hospitalisés, contre leurs débiteurs et contre les personnes désignées par les articles 205, 206, 207 et 212 du Code civil, et ce, devant le juge aux affaires familiales³⁷¹. En effet, l'action directe des établissements publics de santé contre les débiteurs d'une obligation alimentaire suppose le recours préalable au juge judiciaire pour fixer le montant de la dette alimentaire³⁷². Le juge aux affaires familiales est également compétent pour connaître des recours formés par l'État ou le département en matière d'aide sociale sur le fondement de l'article L. 132-7 du Code de l'action sociale et des familles³⁷³.

130. On notera enfin que le législateur n'est pas allé au bout de l'unification et du regroupement des compétences entre les mains du juge aux affaires familiales concernant les questions patrimoniales. Cette compétence du juge aux affaires familiales cède en effet devant les compétences du président du Tribunal de grande instance et du juge des tutelles des majeurs³⁷⁴ et également en cas de décès, de déclaration d'absence, et surtout de droit des successions et des libéralités où le Tribunal de grande instance reste compétent³⁷⁵. La distinction personnes et biens n'est qu'atténuée.

B) Le juge aux affaires familiales et les mesures de crise

131. Lorsque les intérêts de la famille sont mis en péril, il entre dans le rôle du juge aux affaires familiales de prévoir des mesures afin de faire face à ces situations qualifiées d'anormales. Le juge aux affaires familiales peut ainsi protéger la victime de violences au

³⁷⁰ *Ibid* ; Colloque Lille 2, Reconstruire, la famille, un doit commun pour le couple ? 11 mai 2007 : LPA 20 décembre 2007, n° 254, n° spécial *op. cit.*

³⁷¹ Article 1141 du Code de procédure civile

³⁷² Cass. 1^{re} civ., 8 juin 2004, n° 02-12.131 : JurisData n° 2004-024003 ; JCP G 2005, II, 10023, note M. Rebourg.

³⁷³ Article 1141 du Code de procédure civile

³⁷⁴ Article L. 213-3, 1° *in fine* du Code civil.

³⁷⁵ Article L. 213-3, 2° *in fine* du Code civil.

sein du couple (1), et étendre ou restreindre les pouvoirs des membres du couple si l'intérêt de la famille est compromis (2).

1) Les violences au sein du couple

132. Depuis plusieurs années, les violences dites conjugales font l'objet d'une attention et d'un traitement particulier par le législateur. Et ce sont principalement les femmes les victimes « visibles » des violences dites domestiques. En 2013, 121 femmes sont décédées suite à des violences exercées par leur compagnon ou ancien compagnon³⁷⁶, 23 enfants ont été témoins de ces homicides et 13 enfants sont décédés des suites de violences exercées par leur père ou leur mère³⁷⁷.

133. Réserver une protection uniquement aux couples mariés aurait été réducteur et par la même attentatoire aux droits des victimes, c'est pourquoi le dispositif législatif est applicable à toutes les formes de couples (a) et accroît de manière significative les compétences du juge aux affaires familiales en la matière (b).

a) Un dispositif applicable à tous les couples

134. La loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures a confié au juge des affaires familiales les conséquences patrimoniales de la procédure de divorce, ainsi que les litiges portant sur les indivisions entre personnes liées par un pacs, de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux des partenaires pacsés et des concubins³⁷⁸. Il était donc logique que les violences au sein de tous les couples soient confiées au juge aux affaires familiales afin de faire disparaître toute différence de traitement entre les formes de conjugalité.

135. En matière de violences au sein de la famille, trois lois d'importance sont à étudier, la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006, la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010³⁷⁹ et celle n° 2014-873 du 4 août 2014³⁸⁰.

³⁷⁶ www.interieur.gouv.fr

³⁷⁷ Rapport ONED, « Les enfants exposés à la violence conjugale », décembre 2012.

³⁷⁸ Sauf en cas de décès ou de déclaration d'absence

³⁷⁹ 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, J.O. du 10 juillet 2010.

³⁸⁰ Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, J.O. du 5 août 2014.

Par ailleurs, la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce et son décret d'application n° 2004-1158 du 29 octobre 2004 portant réforme de la procédure en matière familiale avaient d'ores et déjà modifié les règles applicables à l'expulsion du conjoint violent du domicile conjugal, en cas de procédure de divorce, mais ces dispositions avaient insuffisamment marqué les esprits et ne protégeaient que le couple marié.

136. La loi du 4 avril 2006³⁸¹ en s'assignant pour objectif de lutter contre les violences au sein du couple a considérablement modifié le paysage judiciaire, car elle comporte outre les dispositions pénales attendues en la matière, de conséquentes dispositions civiles. Le droit du mariage a été ainsi substantiellement remanié aux fins de combattre les mariages forcés. La notion de « respect » avait été dès lors intégrée à l'article 212 du Code civil qui dispose depuis, « Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance ». Le volet civil de cette loi reflète un ordre public matrimonial qui, même s'il conserve son orientation protectrice, se renforce dans ses moyens et dans son intensité³⁸². Cet article remanié permet d'affirmer qu'un devoir général de loyauté s'impose dans le cadre du lien d'alliance³⁸³. La Cour européenne des droits de l'Homme n'est sans doute pas étrangère à cette évolution. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme protège le droit à une vie famille, pas la vie familiale en tant que telle. « L'épanouissement de l'individu est privilégié et cet objectif ne saurait être atteint si chaque membre du couple ne voit pas préservée son intégrité physique et morale »³⁸⁴.

137. La loi du 9 juillet 2010³⁸⁵ relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants est issue d'une proposition de loi présentée le 25 novembre 2009³⁸⁶, lors de la journée

³⁸¹ Loi n° 2006-399 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple et commises contre les mineurs, J.O. du 5 Avril 2006.

³⁸² M. AZAVANT, « Regard civiliste sur la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple » Dr. fam. n° 10, Octobre 2006, étude 40.

³⁸³ V. EGEA, « L'impératif en Dr. fam. », RRJ 2004-2, 1, p. 672.

³⁸⁴ C. PHILLIPE, « Un Dr. fam. résolument tourné vers la diversité » Dr. fam. n° 1, Janvier 2007, étude 3.

³⁸⁵ L 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, J.O. du 10 juillet 2010 ; A. BOURRAT-GUÉGEN, JCP G 2010, act. 805.

³⁸⁶ Le 17 décembre 1999, par sa résolution 54/134, l'Assemblée générale de l'ONU a proclamé le 25 novembre Journée internationale pour l'élimination de la violence à l'égard des femmes, et a invité les gouvernements, les organisations internationales et les organisations non gouvernementales à organiser ce jour-là des activités conçues pour sensibiliser l'opinion au problème. Les militants en faveur des droits des femmes ont choisi en 1981 la date du 25 novembre comme journée de lutte contre la violence, en mémoire des trois soeurs Mirabal, militantes dominicaines brutalement assassinées sur les ordres du chef de l'État, Rafael Trujillo (1930-1961). L'Assemblée générale a adoptée la Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes (A/RES/48/104) le 20 décembre 1993.

nationale de lutte contre les violences faites aux femmes³⁸⁷. Cette loi insère aux confins du Livre 1^{er} du Code civil, à la suite des articles relatifs au pacte civil de solidarité et du concubinage, un nouveau titre XIV intitulé « Des mesures de protection des victimes de violences »³⁸⁸. Le seul référé-violence de l'article 220-1 du même Code est ainsi remplacé par un arsenal de mesures bien plus complet. On peut dès lors observer qu'en raison de la place accordée à ces articles dans le Code civil, ces mesures de protection ne sont pas réservées aux seuls couples mariés, mais bien à toutes les formes de conjugalité. Par ailleurs, le texte ajoute dans le Code de procédure civile, dans le chapitre relatif à la procédure en matière familiale, une nouvelle section³⁸⁹ entièrement consacrée à « la procédure aux fins de mesures de protection des victimes de violence » qui se substitue à la procédure du référé violence de l'ancien article 1290 du Code de procédure civile. Parallèlement, outre son décret n° 2010-355 du 1^{er} avril 2010 relatif à l'assignation à résidence avec surveillance électronique et à la protection des victimes de violences au sein du couple faisant appel au juge d'instruction et au juge des libertés et de la détention, le décret n° 2010-1134 d'application du 29 septembre 2010 prévoit une nouvelle section 2 bis dans le livre II, chapitre VII, du Code pénal intitulé « De la violation des ordonnances prises par le juge aux affaires familiales »³⁹⁰. La protection civile du membre du couple victime de violences donne lieu en cas de non-respect à des sanctions répressives.

138. La loi n° 2014-476 du 14 mai 2014 autorise la ratification de la convention du Conseil de l'Europe sur « la prévention et la lutte contre les violences à l'égard des femmes et la violence domestique » signée à Istanbul le 11 mai 2011 est entrée en vigueur le 1^{er} août 2014³⁹¹. La convention a par ailleurs défini les violences domestiques. Elles sont définies comme « tous les actes de violence physique, sexuelle psychologique ou économique qui surviennent au sein de la famille ou du foyer ou entre des anciens ou actuels conjoints ou partenaires, indépendamment du fait que l'auteur de l'infraction partage ou a partagé le même domicile que la victime ». Elle invite également les États signataires à écarter les justificatifs

³⁸⁷ Le rapport annuel de l'Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales vient rappeler des chiffres malheureusement bien connus. En 2010-2011, 200 000 femmes entre 18 et 75 ans ont été victimes de violences sexuelles hors ménage et près de 600 000 femmes ont été victimes de violences au sein même de leur ménage, qu'il s'agisse de violences sexuelles ou physiques.

³⁸⁸ Articles 515-9 à 515-13 du Code civil.

³⁸⁹ Articles 1136-3 à 1136-13 du Code de procédure civile.

³⁹⁰ Articles 227-4-2 et 227-4-3 du Code pénal.

³⁹¹ V. DERVIEUX, « Lutte contre les violences à l'égard des femmes », AJ fam. 2014, p. 334.

des actes de violence encore trop souvent invoqués devant nos juridictions : la culture, la coutume, la religion, la tradition ou le prétendu « honneur »³⁹².

139. Enfin, la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes cherche à améliorer l'ordonnance de protection³⁹³ notamment en accélérant les délais de délivrance de l'ordonnance et en allongeant la durée de la mesure de quatre à six mois³⁹⁴. Il est certain que l'urgence de la protection est le moteur de l'action.

140. Le juge aux affaires familiales voit dès lors mis à sa disposition un nouvel arsenal de mesures spécifiques visant à assurer la protection des victimes de violences commises vraisemblablement par leurs partenaires actuels ou leurs anciens partenaires et d'appréciation pour restreindre les droits d'un parent qui met en danger l'autre parent ou son (ses) enfant (s)³⁹⁵. Il dispose de pouvoirs non seulement civils, mais également pénaux. Le statut de victime prévaut ainsi sur le statut de la relation puisque les dispositions de la loi de 2010 s'adressent indifféremment à toutes les formes de conjugalité, qu'elles soient actuelles ou anciennes.

141. Le juge aux affaires familiales est ainsi devenu le juge naturel de tous les conflits au sein du couple³⁹⁶, et aura alors contribué de nouveau³⁹⁷ à l'édification d'un droit commun des couples³⁹⁸.

b) Les pouvoirs du juge aux affaires familiales

142. Le nouveau dispositif d'importance confié au juge aux affaires familiales est sans conteste l'ordonnance de protection³⁹⁹. Voilà un bel exemple de cette nouvelle avancée dans le sens du regroupement des compétences familiales autour d'un seul juge et du signe notable⁴⁰⁰ qu'elle représente de la construction d'un droit unifié des couples⁴⁰¹. Les articles 515-9 à 515-13 du Code civil viennent se substituer au référé-violence de

³⁹² Article 12 § 5 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre les violences à l'égard des femmes et la violence domestique ».

³⁹³ M. LAMARCHE, « Violences conjugales : trois fois sur le métier remettez votre ouvrage, AJ fam 2014, p. 4.

³⁹⁴ V. DERVIEUX, « La loi du 4 août 2014 et le Dr. fam. », AJ fam. 2014, p. 486.

³⁹⁵ E. BAZIN, « Les nouveaux pouvoirs du juge aux affaires familiales en matière de violences au sein des couples », JCP G 2010, act. 957.

³⁹⁶ *Ibid.*

³⁹⁷ Loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, J.O. 13 mai 2009.

³⁹⁸ V. Colloque de l'Institut de l'éthique de Lille « Reconstruire, la famille, un doit commun pour le couple ? » 11 mai 2007 : LPA 20 décembre 2007, n° 254, n° spécial, *op. cit.* ; E. BAZIN, *op. cit.*

³⁹⁹ Article 515-11 du Code civil. ; Article L. 213-3 COJ qui fixe la compétence d'attribution du JAF

⁴⁰⁰ J.-J. LEMOULAND « Droit des couples », Recueil Dalloz 2011, p. 1040.

⁴⁰¹ M. LAMARCHE, « La loi de simplification et de clarification du droit : le surréalisme législatif » ; Dr. famille 2009, alerte 46.

l'article 220-1 du même Code comme nous l'avons d'ores et déjà précisé. Les magistrats intègrent ainsi un dispositif supplémentaire qui n'est pas seulement de nature civile, mais qui peut les conduire à prononcer des mesures inspirées du droit pénal et dont le non-respect se traduira par des sanctions pénales lourdes⁴⁰². L'article 515-10 du Code civil dispose : « La procédure de l'ordonnance de protection est particulière à bien des égards, que ce soit au niveau de l'introduction de l'instance, de son déroulement ou de ses suites. L'ordonnance de protection est délivrée par le juge, saisi par la personne en danger, si besoin assistée, ou, avec l'accord de celle-ci, par le ministère public. Dès la réception de la demande d'ordonnance de protection, le juge convoque, par tous moyens adaptés, pour une audition, la partie demanderesse et la partie défenderesse, assistées, le cas échéant, d'un avocat, ainsi que le ministère public. Ces auditions peuvent avoir lieu séparément. Elles peuvent se tenir en chambre du conseil ».

143. Le juge aux affaires familiales peut dès lors mettre en place un certain nombre de mesures adaptées à chaque situation. On citera tout d'abord l'attribution de la jouissance du logement à la victime des violences qui n'est plus réservée au seul conjoint, mais également au partenaire lié par un pacs ou au concubin. Le juge peut en se prononçant sur l'attribution de la jouissance du logement de tous les couples condamner l'auteur des violences à s'acquitter des charges du logement du couple. L'auteur des violences pourra ainsi être expulsé et se trouver condamné à supporter les charges de logement de sa victime. La loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 dite loi Alur⁴⁰³, permet dès que l'ordonnance de protection est délivrée par le juge aux affaires familiales, l'octroi par les organismes HLM, des places d'hébergement d'urgence et d'hébergement relais, destinées aux personnes mariées, pacsées ou vivant maritalement⁴⁰⁴. La loi du 4 août 2014 uniformise s'agissant de la décision relative au logement familial le sort des partenaires et des concubins avec celui des époux et renforce le principe de jouissance du logement attribué à celui qui n'est pas l'auteur des violences, et même s'il a bénéficié d'un hébergement d'urgence⁴⁰⁵. Le juge doit se prononcer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, sur la contribution aux charges du mariage pour les couples mariés, sur l'aide matérielle au sens de l'article 515-4 du Code civil pour les partenaires d'un pacte civil de solidarité et sur la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants. Le juge peut aussi prononcer l'interdiction pour l'auteur des violences de recevoir ou

⁴⁰² Ce qui en dit long sur une autre évolution du droit de la famille, sur laquelle V. obs. J. Hauser, RTD civ. 2010. 83 à propos d'un arrêt : Cass. Crim. 26 mai 2009, n° 08-85.601 ; V. aussi C. POMART-NOMÉDÉO, « Droit pénal et Droit de la famille, les liaisons dangereuses », Dr. fam. 2010. Etudes 20.

⁴⁰³ Loi n°2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové. J.O. du 26 mars 2014.

⁴⁰⁴ V. AVENA-ROBARDET, « Nouveautés dans la loi « Alur » », AJ fam. 2014, p. 211.

⁴⁰⁵ M. LAMARCHE, « Violences conjugales : trois fois sur le métier remettez votre ouvrage, AJ fam. 2014, p. 4.

de rencontrer certaines personnes ou d'entrer en relation avec elles⁴⁰⁶. Il peut interdire à l'auteur des violences de détenir ou porter une arme et lui ordonner de remettre au greffe les armes dont elle est détentrice. Il peut prononcer une interdiction temporaire de sortie du territoire français de la personne majeure menacée de mariage forcé⁴⁰⁷. Il peut autoriser la victime à dissimuler son domicile ou sa résidence et à élire domicile chez son avocat ou au Parquet⁴⁰⁸. On peut noter que certaines mesures de protection sont inspirées du droit pénal, comme la dissimulation du domicile, l'interdiction faite à l'auteur des violences de rencontrer la victime, de porter une arme. Ces interdictions ressemblent aux obligations qui peuvent être prononcées dans le cadre d'un contrôle judiciaire. Enfin, le juge des affaires familiales doit veiller à l'information de la victime en lui transmettant les coordonnées des associations susceptibles de l'accompagner dans la procédure d'urgence.

144. Au niveau de l'introduction de l'instance, les maîtres mots sont simplicité et efficacité. Le juge peut être saisi par une requête remise ou adressée au greffe par la personne en danger. La requête doit alors contenir, outre les mentions communes de l'article 58 du Code de procédure civile, un exposé sommaire des motifs de la demande et, en annexe, à peine de nullité, les pièces sur lesquelles elle se fonde. Le ministère public est avisé par le greffier qui convoque les parties à l'audience par lettre recommandée doublée d'une lettre simple. Le demandeur peut être convoqué verbalement contre émargement. La convocation du défendeur est possible par voie administrative, police ou gendarmerie, en cas de danger grave ou imminent ou s'il n'existe pas d'autre moyen de notification⁴⁰⁹. Le juge peut également être saisi par assignation en la forme des référés, qui doit contenir outre les mentions communes de l'article 56 du Code de procédure civile, l'indication de la date d'audience et en annexe, à peine de nullité, les pièces sur lesquelles la demande est fondée⁴¹⁰. La saisine peut enfin émaner du ministère public, avec l'accord du demandeur⁴¹¹. Selon le cas, le ministère public sera donc partie principale ou partie jointe.

145. La délivrance de l'ordonnance de protection est soumise à certaines conditions cumulatives, à savoir tout d'abord étudier le contexte, les violences doivent être exercées au sein du couple ou par un ancien conjoint (ancien pacsé ou concubin), et mettre en danger la personne qui en est victime, un ou plusieurs enfants. Depuis la loi du 4 août 2014, la

⁴⁰⁶ Article 515-11 du Code civil.

⁴⁰⁷ Article 515-13 du Code civil.

⁴⁰⁸ Article 515-6 du Code civil.

⁴⁰⁹ Article 1136-3 Code de procédure civile.

⁴¹⁰ M. LAMARCHE, *op. cit.* ; Article 1136-4 Code de procédure civile.

⁴¹¹ Article 515-10 du Code civil.

délivrance de l'ordonnance doit se faire dans les meilleurs délais⁴¹². Ensuite est exigée la commission des faits de violences alléguées ainsi que leur preuve et enfin la vraisemblance de la commission des faits de violence et la preuve du danger auquel la victime est exposée⁴¹³. L'égalité entre les parties à la procédure semble mise à mal en n'exigeant pas que les faits de violence soient établis, la loi de 2014 y a remédié en exigeant la preuve du danger allégué.

146. S'agissant du déroulement de la procédure, la situation particulière entraîne quelques entorses aux principes traditionnels. Le demandeur peut en effet solliciter l'autorisation de dissimuler son domicile ou sa résidence, sous réserve d'en informer son avocat ou le procureur de la République et d'élire domicile auprès de l'un ou de l'autre⁴¹⁴. L'adresse doit être communiquée au juge, mais elle ne doit pas l'être au défendeur ou à son représentant⁴¹⁵. Les parties se défendent elles-mêmes, et le juge doit s'assurer que le défendeur a disposé d'un temps suffisant entre la convocation et l'audience pour préparer sa défense. Les parties peuvent se faire assister ou représenter par un avocat, mais le juge peut à tout moment ordonner la comparution personnelle d'une partie pour l'entendre séparément ou en présence de l'autre⁴¹⁶. Il apparaît alors que certaines libertés peuvent être prises avec le principe du contradictoire dont le respect ne sera assuré, en cas d'audition séparée, que par l'accès au procès-verbal d'audition. La procédure est orale et devrait se dérouler le plus souvent en chambre du conseil⁴¹⁷. La mainlevée ou la modification des mesures peut être obtenue selon la même procédure. En cas d'appel, la demande de modification est formée par requête remise ou adressée au greffe de la cour d'appel pour être soumise, selon le cas, au premier président, au conseiller de la mise en état ou à la formation de jugement⁴¹⁸.

147. S'agissant enfin des suites procédurales de l'instance, elles sont marquées par le même souci d'efficacité : exécution provisoire de droit à moins que le juge n'en dispose autrement⁴¹⁹, notification de l'ordonnance par voie de signification à moins que le juge ne décide une notification par lettre recommandée ou par voie administrative, notification au ministère public par remise avec émargement ou envoi contre récépissé⁴²⁰, appel possible dans un délai de quinze jours suivant la notification⁴²¹.

⁴¹² Article 515-11 du Code civil.

⁴¹³ Article 515-11 du Code civil.

⁴¹⁴ Article 1136-5 Code de procédure civile.

⁴¹⁵ En cas de refus d'autorisation, à la demande du défendeur, l'avocat ou le procureur de la République communique sans délai l'adresse du demandeur selon l'article 1136-8 Code de procédure civile.

⁴¹⁶ Article 1136-6 Code de procédure civile.

⁴¹⁷ Article 515-10 du Code civil

⁴¹⁸ Article 1136-12 Code de procédure civile.

⁴¹⁹ Article 1136-7 Code de procédure civile

⁴²⁰ Article 1136-9 Code de procédure civile.

⁴²¹ Article 1136-11 Code de procédure civile

148. Une particularité résultait de la durée limitée des mesures prises dans l'ordonnance de protection en compensation des traits exorbitants de cette procédure, car ces mesures ne pouvaient être ordonnées que pour une durée de quatre mois à compter de la notification de l'ordonnance⁴²². Le juge ne pouvait fixer une durée moindre⁴²³ et une prolongation au-delà de ce délai de certaines de ces mesures n'était possible que dans le cadre d'une procédure de divorce ou de séparation de corps, donc au profit d'un époux et à l'exclusion du partenaire ou du concubin. La loi du 4 août 2014 a poussé plus loin le raisonnement d'égalité entre les couples en allongeant la durée de l'ordonnance de protection de quatre à six mois, mais surtout en permettant sa prorogation si durant ce délai, le juge est saisi d'une requête relative à l'autorité parentale et non plus une requête en divorce ou séparation de corps⁴²⁴.

149. En effet, il faudra en effet articuler cette procédure avec d'autres procédures dont le juge aux affaires familiales peut être saisi, à savoir l'exercice de l'autorité parentale, la fixation de l'obligation alimentaire, de la contribution aux charges de la vie commune, de l'obligation d'entretien, divorce ou séparation de corps et liquidation des intérêts patrimoniaux du couple. S'agissant du divorce ou de la séparation de corps, si la demande est postérieure à l'ordonnance de protection, les mesures prises dans le cadre de l'ordonnance continuent de produire effet jusqu'à ce qu'une décision de divorce soit intervenue et passée en force de chose jugée ; sauf si le juge en décide autrement ; sauf aussi pour ce qui concerne la résidence séparée, l'attribution du logement, les modalités d'exercice de l'autorité parentale et la contribution à l'entretien qui cessent de produire effet à compter de la notification de l'ordonnance de non-conciliation⁴²⁵. Si la demande aux fins de mesures de protection est présentée postérieurement à l'introduction de la procédure de divorce, elle sera portée devant le juge saisi de cette procédure. Mais la demande devra faire l'objet d'un examen spécifique en suivant les règles de procédure qui lui sont propres et le juge devra statuer par décision séparée.

150. Depuis la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010, le juge aux affaires familiales est compétent pour connaître des actions relatives à la protection de la personne majeure menacée de mariage forcé⁴²⁶. Il peut prononcer une ordonnance de protection dans les mêmes

⁴²² Article 515-12 du Code civil.

⁴²³ Article 1136-7 Code de procédure civile

⁴²⁴ V. DERVIEUX, *op. cit.*

⁴²⁵ Article 1136-13, al. 1^{er}, Code de procédure civile.

⁴²⁶ 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, J.O. du 10 juillet 2010.

conditions que dans l'hypothèse de violences au sein du couple⁴²⁷. « Le législateur a bien prévu un cas spécifique d'application de l'ordonnance de protection en cas de risque de mariage forcé. Rien ne permet d'exclure dès lors la saisine du juge aux affaires familiales dans ce cadre spécifique, par une enfant majeure, ne vivant plus avec ses parents. La condition de violences commises au sein du couple ou par l'ancien conjoint ou concubin n'est ici pas requise [...] »⁴²⁸.

151. Le juge aux affaires familiales peut prendre une mesure d'éloignement et/ou d'interdiction à l'égard de la partie défenderesse de détenir ou de porter une arme ; autoriser la partie demanderesse à dissimuler son domicile ou sa résidence et à élire domicile chez son avocat ; prononcer l'admission provisoire à l'aide juridictionnelle. Il peut également ordonner, à sa demande, l'interdiction temporaire de sortie du territoire de la personne menacée. La loi complète les dispositions de l'article 202-1 du Code civil, qui régit les conflits de lois en cas de mariage entre un français et une personne de nationalité étrangère. La loi étrangère éventuellement applicable pourra être écartée si la conception du consentement matrimonial qu'elle retient est plus restrictive qu'en droit français, et notamment si elle n'intègre pas la notion d'« intention matrimoniale », cette notion étant désormais élevée au rang de principe constituant l'ordre public international français, indépendamment de la notion de consentement⁴²⁹.

2) Les menaces sur les intérêts de la famille

152. Le rôle du juge aux affaires familiales dans sa mission de protection de toutes les familles se cristallise au moment d'une crise dans le couple, lors du « redressement judiciaire du ménage »⁴³⁰. Et cela concerne aussi bien les époux (a), que les partenaires pacsés et les concubins (b).

a) Les époux

153. Le régime primaire impératif permet d'assurer aux époux un minimum d'association et d'indépendance. Mais son dessein est aussi de prévoir des mesures afin de

⁴²⁷ Article 515-13 du Code civil.

⁴²⁸ V. DERNIEUX, « Ordonnance de protection : premières décisions en matière de mariage forcé » – Tribunal de grande instance de Pontoise 12 mai 2014 – AJ fam. 2014, p. 378.

⁴²⁹ A. PORTMANN, « Lutte contre les violences conjugales et les mariages forcés, une circulaire après la loi », Dalloz Actualité 9 septembre 2014 ; Circulaire du 7 août 2014 de présentation des dispositions de la loi n° 2014-873 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

⁴³⁰ A. KARM, « Répertoire de droit civile », Dalloz, Fascicule n°40, *Le mariage*.

conjurer les situations de crise. Notamment, le juge peut prendre deux types de mesures, les unes tendant à étendre les pouvoirs des époux, les autres à les restreindre. Les demandes d'autorisation et d'habilitation judiciaire relèvent depuis le 1er janvier 2010 de la compétence du juge aux affaires familiales⁴³¹ qui statue à charge d'appel⁴³². Toutefois, ces demandes prévues par les articles 217 et 219 du Code civil, lorsque le conjoint est hors d'état de manifester sa volonté, relèvent de la compétence du juge des tutelles⁴³³. Bien qu'un époux soit pareillement hors d'état de manifester sa volonté, les demandes fondées sur les articles 1426 et 1429 du Code civil restent formées par requête devant le juge aux affaires familiales. Et depuis la réforme opérée par le décret n° 94-42 du 14 janvier 1994, ce n'est plus le président du tribunal de grande instance, mais le juge aux affaires familiales qui prescrit les mesures urgentes prévues par l'article 220-1 du Code civil.

154. Aux termes de l'article 217 du Code civil, et quel que soit le régime matrimonial des époux, « 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 ». L'autorisation d'agir seul est conditionnée par la satisfaction de l'intérêt de la famille. Exclusivement compétent, un époux peut invoquer l'article 217 tant que le mariage n'est pas dissous, y compris en cours d'instance en divorce. Le régime des autorisations judiciaires prévu par les articles 217 et 1426 du Code civil repose sur la nécessité de protéger l'intérêt de la famille en période de crise⁴³⁴. Les juges du fond apprécient souverainement si le refus est justifié ou non par l'intérêt de la famille⁴³⁵. Lorsqu'une procédure de divorce a été engagée par les époux, il est certain qu'il y a une situation de crise au sein du ménage, et l'appréciation de l'intérêt de la famille peut conduire le juge à autoriser un époux à accomplir un acte malgré le refus manifesté par le conjoint. L'unification de la compétence au bénéfice du juge aux affaires familiales simplifie le contentieux et permet une meilleure lisibilité pour le justiciable.

⁴³¹ Article 1286 du Code de procédure civile ; S. TOSUN, L'autorisation judiciaire de l'article 217, alinéa 1er du Code civil à l'épreuve du décret n° 2009-1591 du 17 décembre 2009 : Gaz. Pal. 28 septembre 2010.

⁴³² Article 1288 du Code de procédure civile.

⁴³³ Article 1286 alinéa 2 du Code de procédure civile.

⁴³⁴ C. BOISMAIN, « Le refus non justifié par l'intérêt de la famille de l'article 217 du Code civil et les juges du fond », LPA 11 septembre 2013, p. 4.

⁴³⁵ Cass. 1^{re} civ., 19 octobre 1999, JCP G, 2000, I, P. 245, obs. G. Wiederkehr ; Défr. 2000, n° 22, obs. G. Champenois., Cass. 1^{re} civ., 22 novembre 2005, Bull. civ. I, n° 440 ; D. 2006, obs. J.-J. Lemouland, JCP G 2006, n° 21, note V. Larribau-Terneyre ; Cass. 1^{re} civ., 30 septembre 2009, Bull. civ. I, n° 196, D. 2009, obs. V. Égéa, JCP G 2010, n° 487, obs. G. Wiederkehr ; AJ fam. 2009, p. 451, obs. S. David.

155. Aux termes de l'article 219 du Code civil, « si l'un des époux se trouve hors d'état de manifester sa volonté, l'autre peut se faire habilitier 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 ». Et ce quel que soit le régime matrimonial applicable aux époux.

156. Ces mesures de représentation et d'autorisation prévues par les articles 217 et 219 du Code civil ont pour objet d'accroître en période de crise les pouvoirs habituels d'un époux. Ces demandes sont instruites et jugées comme en matière gracieuse, toutefois, si la demande d'autorisation tend à passer outre au refus du conjoint, la procédure revêt un caractère contentieux.

157. L'article 220-1 du Code civil permet lui de sauvegarder l'intérêt de la famille par un retrait de pouvoirs, si l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille. Le juge aux affaires familiales peut ainsi prescrire toutes les mesures urgentes que requièrent ces intérêts. L'article 1290 du Code de procédure civile précise les règles de procédure à respecter dans l'application de ces dispositions. Ces mesures ordonnées par le juge aux affaires familiales doivent être urgentes, temporaires, conservatoires et préventives. Ainsi, en raison de ce caractère provisoire, le juge aux affaires familiales conformément aux dispositions de l'article 1290 du Code de procédure civile n'a pas un pouvoir général d'autoriser des actes de disposition⁴³⁶. Il a été jugé en ce sens que la vente d'un immeuble indivis ne peut être ordonnée dès lors que la demande porte sur un ensemble attribué en jouissance à l'un des époux et constituant l'élément essentiel du patrimoine indivis entre les époux, sous le régime de la séparation de biens. Ces mesures doivent permettre de résoudre la crise traversée par les époux dans un délai assez court.

b) Les partenaires pacsés et les concubins

158. Les partenaires pacsés ainsi que les concubins ne disposent pas d'un dispositif analogue à celui des époux leur permettant de solliciter du juge aux affaires familiales la possibilité de représenter leur compagnon hors d'état de manifester sa volonté à l'instar des époux. Le partenaire ou le concubin est tout de même depuis la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, tuteur ou curateur de droit de son compagnon,

⁴³⁶ CA Versailles, 14e ch., 29 novembre 1991.

mais cela suppose de solliciter l'ouverture d'une mesure de protection qui peut se révéler lourde de conséquences.

159. Toutefois, la circulaire du 16 juin 2010⁴³⁷ a précisé que les procédures pour lesquels le juge aux affaires familiales est compétent recouvrent aussi les actions concernant les autorisations et les habilitations lorsque l'un des coïndivisaires est hors d'état de manifester sa volonté⁴³⁸ ou exprime un refus mettant en péril l'intérêt commun⁴³⁹. Si les membres d'un couple non marié ont acquis des biens en indivision, l'article 815-5 du Code civil leur permet de solliciter une autorisation judiciaire de passer seul un acte pour lequel le consentement d'un coïndivisaire serait nécessaire, si son refus met en péril l'intérêt commun.

160. Le devoir d'assistance entre partenaires, imposé depuis la loi du 23 juin 2006, pourrait permettre l'entrée en vigueur d'une disposition analogue à celle de l'habilitation judiciaire de l'article 219 du Code civil. Cela « matrimonialiserait » un peu plus le pacs et brouillerait encore un peu plus les frontières entre les différentes formes de conjugalité.

161. Au moment de la rupture du couple, qu'il soit marié ou non, le juge aux affaires familiales sera compétent pour statuer, comme il le fait en matière de divorce, sur la séparation et la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux du couple.

II : La protection de la désunion des couples

162. La loi du 12 mai 2009⁴⁴⁰ en judiciarisant le concubinage et le pacte civil de solidarité a ouvert la voie de la consécration d'un droit commun pour le couple. La crise et la rupture du couple sont réglées par un seul et même magistrat, le juge aux affaires familiales⁴⁴¹. Ainsi, en cas de litige cette loi a donné compétence de principe au juge aux affaires familiales pour statuer sur les demandes relatives au fonctionnement des indivisions entre personnes pacsées et à la liquidation et au partage des intérêts patrimoniaux des partenaires pacsés sauf en cas de décès ou de déclaration d'absence⁴⁴². Le juge des désaccords patrimoniaux entre concubins est le juge aux affaires familiales, néanmoins, afin de régler leurs désaccords personnels ils doivent se tourner vers le juge du contrat, le Tribunal de

⁴³⁷ Circulaire du 16 juin 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.

⁴³⁸ Article 815-4 du Code civil.

⁴³⁹ Article 815-5 du Code civil.

⁴⁴⁰ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, J.O. du 13 Mai 2009.

⁴⁴¹ X. LABBEE, « PACS, la dernière longueur », AJ fam. 2009, p. 345.

⁴⁴² Article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.

grande instance. Pour le pacs le raisonnement pourrait être analogue, puisque le pacs est un contrat. Or, c'est bien le juge aux affaires familiales qui sera compétent pour régler les conséquences de la séparation.

163. Quel que soit le mode de conjugalité, mariage, pacs ou concubinage, la rupture conduit quasi inéluctablement à l'établissement de comptes entre les membres du couple. Cependant, la rupture du concubinage est libre, le Code civil se contente de le définir et les concubins désireux d'établir des « comptes » doivent se tourner vers le droit commun. Et la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux à l'occasion du pacs représentent peu de contentieux, c'est donc en matière de divorce que la compétence du juge aux affaires familiales est la plus emblématique.

164. Concernant les époux, en 1975, deux juridictions étaient compétentes pour connaître du divorce, le juge aux affaires matrimoniales et le Tribunal de grande instance. Mais depuis la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993, le juge aux affaires familiales, remplaçant le juge aux affaires matrimoniales, a vu ses prérogatives étendues tant pendant la procédure de divorce ou de séparation de corps que dans l'après-divorce et est ainsi devenu l'homme orchestre du divorce, le Tribunal de grande instance n'ayant plus qu'un rôle exceptionnel⁴⁴³ a doctrine aura pu parler à ce propos du « singulier ménage à trois » : les époux et le juge⁴⁴⁴.

165. Le juge aux affaires familiales en tant que juge de la désunion se trouve investi d'une compétence qui lui était refusée, celle de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux des membres du couple après la désunion. Jusqu'à la loi de simplification et de clarification du droit, le juge aux affaires familiales cédait la place, après le prononcé de la séparation (A), au Tribunal de grande instance. Il a donc compétence pour se prononcer sur l'ensemble des conséquences patrimoniales de la désunion et intervenir lors d'éventuels conflits (B).

A) Le prononcé de la séparation

166. Le juge aux affaires familiales est compétent pour connaître des séparations de tous les couples, mais ce n'est que concernant les couples mariés que ses compétences se révèlent, car le prononcé de la rupture des couples non mariés ne génère pas de

⁴⁴³ J.-C. GROSLIÈRE, « Le juge aux affaires matrimoniales [ou l'homme orchestre du divorce] », D. 1976. p. 73, op.cit

⁴⁴⁴ R. GÉNIN, « L'enchevêtrement des compétences judiciaires en Dr. fam. », Annales Université J. Moulin, 1979, II, p. 15.

contentieux⁴⁴⁵. Le juge aux affaires familiales est ainsi compétent pour les demandes de divorce ou de séparation de corps. Depuis la loi du 11 juillet 1975, le texte opère un renvoi de principe de la séparation de corps vers le divorce, que ce soit pour les cas⁴⁴⁶ ou la procédure⁴⁴⁷. Le juge aux affaires familiales sera compétent quel que soit le fondement du divorce et pour en régler toutes les conséquences, aussi bien concernant le divorce par consentement mutuel (1), que les divorces dits contentieux (2).

1) Le divorce par consentement mutuel

167. Dans le divorce par consentement mutuel, le « démariage »⁴⁴⁸, que l'on oppose aux trois autres divorces, ceux dits contentieux, il n'y a que deux actes de procédure. La requête des époux et la convention portant règlement complet des effets du divorce. Le juge aux affaires familiales territorialement compétent sera, selon le choix des parties, celui du lieu où réside l'un ou l'autre des époux⁴⁴⁹. La requête, depuis la loi du 26 mai 2004 entendant pacifier le divorce, n'indique en rien les motifs, la ou les causes à l'origine de la demande, mais doit répondre aux conditions générales de l'article 1075 du Code de procédure civile⁴⁵⁰. Elle doit également comporter les mentions spécifiques de l'article 1090 du Code de procédure civile et les éléments d'identification de chacun des époux, l'indication de la juridiction, le nom du ou des avocats, la signature des époux et du ou des avocats, et ceci à peine d'irrecevabilité. À la requête doit être annexée la convention de divorce réglant les conséquences du divorce et portant règlement complet des effets du divorce⁴⁵¹, le tout à peine d'irrecevabilité.

168. Le juge aux affaires familiales est saisi par remise de la requête valant conclusions selon les dispositions de l'article 1092 du Code de procédure civile. Une lettre simple est expédiée quinze jours avant le délai avec avis aux avocats. Lors de l'audience

⁴⁴⁵ La rupture du concubinage est libre, et celle du pacs est encadrée par l'article 515-7 alinéa 2, 3 et 4 du Code civil qui dispose « Le pacte civil de solidarité se dissout également par déclaration conjointe des partenaires ou décision unilatérale de l'un d'eux.

Les partenaires qui décident de mettre fin d'un commun accord au pacte civil de solidarité remettent ou adressent au greffe du Tribunal d'instance du lieu de son enregistrement ou au notaire instrumentaire qui a procédé à l'enregistrement du pacte une déclaration conjointe à cette fin.

Le partenaire qui décide de mettre fin au pacte civil de solidarité le fait signifier à l'autre. Une copie de cette signification est remise ou adressée au greffe du Tribunal d'instance du lieu de son enregistrement ou au notaire instrumentaire qui a procédé à l'enregistrement du pacte ».

⁴⁴⁶ Article 296 du Code civil.

⁴⁴⁷ Article 298 du Code civil.

⁴⁴⁸ Pour Jean Carbonnier, le divorce par consentement mutuel est un mariage à l'envers.

⁴⁴⁹ Article 1110, al. 2 du Code de procédure civile.

⁴⁵⁰ Caisse d'assurance maladie, services ou organismes en matière de prestations familiales, pensions de retraite, avantages vieillesse

⁴⁵¹ Article 230 du Code civil et article 1091 du Code de procédure civile.

d'homologation et de contrôle, la demande est examinée avec chacun des époux, puis le juge réunit les avocats. Le contrôle gracieux du juge aux affaires familiales est capital, il doit être effectif puisqu'il doit acquiescer la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé⁴⁵². Tout comme l'officier d'état civil recueille les consentements des époux à l'union, le juge aux affaires familiales recueille le consentement des futurs ex-époux à la désunion.

169. Lorsque les dispositions prévues à l'article 232 du Code civil sont réunies, le juge homologue la convention réglant les conséquences du divorce et, par la même décision, prononce celui-ci. L'homologation permet aux parties d'exprimer leur liberté tout en permettant au juge aux affaires familiales d'exercer un contrôle étatique⁴⁵³. Le critère de vérification est celui prévu par l'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 et ainsi ne pas prononcer le divorce et ajourner sa décision. L'article 1099, alinéa 2, prévoit encore qu'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.

170. Un appel n'est possible qu'à l'encontre des décisions du juge aux affaires familiales qui ne prononcent pas le divorce, à savoir les décisions de renvoi à une seconde audience ou la décision de refus d'homologation à la première audience ou à la seconde audience⁴⁵⁴. Le délai d'appel est de quinze jours à compter de la décision. Par ailleurs, le pourvoi en cassation est toujours possible dans un délai de quinze jours à compter du prononcé de la décision qui homologue la convention des époux et prononce le divorce. Aux termes de l'article 1086 du Code de procédure civile, le délai de pourvoi en cassation suspend l'exécution de la décision qui prononce le divorce. Le pourvoi en cassation exercé dans ce délai est également suspensif. Aux termes de l'article 1087 du Code de procédure civile, l'effet suspensif qui s'attache au pourvoi en cassation ainsi qu'à son délai ne s'applique pas aux dispositions de la décision qui concerne les obligations à caractère alimentaire, l'exercice de l'autorité parentale, la jouissance du logement et du mobilier.

⁴⁵² Article 1099 du Code de procédure civile.

⁴⁵³ J. HAUSER, « Le juge homologateur », *in* Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, P. ANCEL et M.-C. RIVIER, (Dir.), éd. Economica, 2001, coll. Etudes juridiques, t. 10 p.114 ; B. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « L'homologation judiciaire en droit de la famille », *in* Mélanges J. Hauser, Dalloz 2012, p. 373.

⁴⁵⁴ Article 1102 du Code de procédure civile .

2) Les divorces contentieux

171. Dans les divorces dits contentieux, un des objectifs principaux de la réforme issue de la loi du 26 mai 2004 a été de privilégier à tous niveaux les ententes. Ces divorces sont le divorce pour faute, le divorce pour altération définitive du lien conjugal et le divorce accepté⁴⁵⁵. La pacification autant que faire se peut de la rupture est un objectif affiché depuis quelques années⁴⁵⁶. Ceci se traduit tout d'abord par la possibilité d'utiliser le dispositif de passerelle directe et totale de l'article 247 du Code civil qui permet aux époux à tout moment de demander au juge aux affaires familiales de constater leur accord pour voir prononcer le divorce par consentement mutuel en lui présentant une convention réglant les conditions de celui-ci. De même, l'article 268 du Code civil situé dans le paragraphe intitulé « Des conséquences propres du divorce autre que le consentement mutuel » prévoit que les époux peuvent, pendant l'instance, soumettre à l'homologation du juge une convention réglant tout ou partie des conséquences du divorce.

172. Quelle que soit la procédure de divorce choisie, elle débute par une requête adressée au juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance compétent dont la conséquence sera la tentative de conciliation et dont l'intérêt est la recherche des accords entre époux sur les mesures accessoires aux divorces. Le moment important, « fort » de la première phase du tronc commun est la tentative de conciliation. L'objectif principal est de concilier les époux sur le principe du divorce et sur ses conséquences. On pourrait même aller jusqu'à dire que la loi du 26 mai 2004 a consacré un droit au divorce, un droit à bien divorcer. Selon l'article 1106 du Code de procédure civile, la procédure de divorce est dès son commencement une procédure avec représentation obligatoire, comme toute procédure dite ordinaire devant le Tribunal de grande instance. Il s'agit là, d'une procédure ouverte laissant aux parties toute latitude pour aboutir à des accords amiables avant la tentative de conciliation et l'assignation en divorce, et l'on doit souligner qu'il est laissé aux parties la possibilité de choix, et de choisir le divorce le plus consensuel possible. La volonté de protéger les membres du couple est bien présente, au-delà du « moment » du divorce, le législateur entend pacifier les relations des époux. En revanche, la requête initiale doit contenir l'énoncé des demandes formées au titre des mesures provisoires et l'exposé sommaire de leurs motifs. La requête initiale apparaît alors comme étant seulement une demande de fixation de la date de la

⁴⁵⁵ Article 229 du Code civil.

⁴⁵⁶ C. LIENHARD, « La nouvelle procédure de divorce », AJ fam. 2004, p. 208.

tentative de conciliation puisque les époux n'ont pas à fournir les renseignements prévus par l'article 1075 du Code de procédure civile et à l'article 1075-1 du même Code⁴⁵⁷.

173. Il est à préciser qu'en pratique il peut être nécessaire de prendre certaines mesures urgentes dès la requête initiale, sans attendre la tentative de conciliation. L'article 257 du Code civil autorise le juge à prendre des mesures urgentes de deux ordres, il peut, tout d'abord, autoriser l'époux demandeur à résider séparément, s'il y a lieu avec ses enfants mineurs. Il peut ensuite prendre toutes mesures conservatoires pour la garantie des droits d'un époux, par exemple l'apposition des scellés sur les biens communs.⁴⁵⁸ En outre, sont également applicables les dispositions de l'article 220-1 du Code civil qui permettent au juge des affaires familiales de prendre toutes les mesures utiles lorsque les intérêts de la famille sont mis en péril. L'adaptation des procédures à l'évolution de la situation de chaque couple est permise par l'obligation de ne choisir le cas de divorce après la phase de conciliation et surtout, par la possibilité de modifier en cours de procédure le fondement de la demande en divorce et de régler, en toute la procédure, tout ou partie des questions par un accord.

174. Ensuite, dès le début de la tentative de conciliation, le juge aux affaires familiales doit statuer sur sa compétence. C'est seulement après avoir statué sur la compétence que le juge procédera à la tentative de conciliation proprement dite⁴⁵⁹. Selon l'article 252-1 du Code civil, « lorsque le juge cherche à concilier les époux, il doit s'entretenir personnellement avec chacun d'eux séparément avant de les réunir en sa présence. Les avocats sont ensuite appelés à assister et à participer à l'entretien. Dans le cas où l'époux qui n'a pas formé la demande ne se présente pas à l'audience ou se trouve hors d'état de manifester sa volonté, le juge s'entretient avec l'autre conjoint et l'invite à la réflexion ». Le souhait de la loi, c'est que les époux puissent s'exprimer aussi librement que possible devant le juge, « à cœur ouvert ». On peut dire que cette tentative de conciliation est une phase intime, secrète de la procédure, puisque l'article 252-4 dispose que « ce qui a été dit ou écrit à l'occasion d'une tentative de conciliation, sous quelque forme qu'elle ait eu lieu, ne pourra pas être invoqué pour ou contre un époux ou un tiers dans la suite de la procédure ».

⁴⁵⁷L'article 1075 du Code de procédure civile dispose que « Dès le début de la procédure, les époux font, le cas échéant, connaître, avec les indications nécessaires à leur identification, la caisse d'assurance maladie à laquelle ils sont affiliés, les services ou organismes qui servent les prestations familiales, les pensions de retraite ou tout avantage de vieillesse ainsi que la dénomination et l'adresse de ces caisses, services ou organismes. »

L'article 1075-1 du Code de procédure civile « Lorsqu'une prestation compensatoire est demandée au juge ou prévue dans une convention, chaque époux produit la déclaration sur l'honneur mentionnée à l'article 272 du Code civil ».

⁴⁵⁸ C. LIENHARD, « La nouvelle procédure de divorce » *op. cit.*

⁴⁵⁹ M. LALOUBERE, « La phase de la conciliation ». Actualité Juridique Famille, janvier 2005. p. 32.

175. Lorsque le juge constate que l'époux demandeur maintient sa demande, il doit inciter les parties à régler les conséquences de divorce à l'amiable. Il leur demande alors de présenter pour l'audience de jugement un projet de règlement des effets du divorce, conformément aux dispositions de l'article 252-3 du Code civil⁴⁶⁰.

176. L'article 255 du Code civil envisage dix mesures provisoires possible entre les époux sans limitation pour d'autres mesures qui seraient sollicitées ou considérées comme pertinentes par le juge et surtout non comprises les mesures que le juge va être amené à prendre pour les enfants. « Le juge peut notamment : Proposer aux époux une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder ; Enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de la médiation ; Statuer sur les modalités de la résidence séparée des époux ; 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 ; Ordonner la remise des vêtements et objets personnels ; Fixer la pension alimentaire et la provision pour frais d'instance que l'un des époux devra verser à son conjoint, désigner celui ou ceux des époux qui devront assurer le règlement provisoire de tout ou partie des dettes ; 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 ; 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 ; Désigner tout professionnel qualifié en vue de dresser un inventaire estimatif ou de faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux ; Désigner un notaire en vue d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager. »

177. Cette recherche d'accords nous montre ici tout l'intérêt de la tentative de conciliation. La loi, en explicitant le rôle du juge aux affaires familiales dans la recherche d'un accord sur les mesures accessoires divorce le transforme en juge promoteur d'accords. Ces différentes dispositions marquent tout l'intérêt porté par la loi au rapprochement entre les époux. Tout doit être mis en œuvre, pour aboutir à des accords globaux ou partiels qui permettront même de passer par un divorce par consentement mutuel ou un divorce accepté, en tout état de cause, la pacification du divorce est la norme.

⁴⁶⁰ L'article 252-3 du Code civil dispose « Lorsque le juge constate que le demandeur maintient sa demande, il incite les époux à régler les conséquences du divorce à l'amiable. Il leur demande de présenter pour l'audience de jugement un projet de règlement des effets du divorce. A cet effet, il peut prendre les mesures provisoires prévues à l'article 255. »

178. L'ordonnance de non-conciliation comporte l'autorisation immédiate des époux d'introduire l'instance en divorce⁴⁶¹. C'est à ce stade que le demandeur annonce le cas de divorce qu'il aura choisi. L'introduction de l'instance se fait selon les modalités procédurales en matière contentieuse applicables devant le Tribunal de grande instance⁴⁶². L'assignation doit comprendre une proposition de règlement patrimonial des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux⁴⁶³. Cela permet au juge d'appréhender dès ce stade la réalité de la situation patrimoniale des époux. En tout état de cause, le juge aux affaires familiales, juge de la mise en état, peut statuer sur les incidents mettant fin à l'instance⁴⁶⁴. Enfin, bien sûr, le juge prononcera le divorce et statuera sur le cas dont il est saisi ainsi que sur toutes ses conséquences.

B) Les difficultés postérieures

179. Jusqu'à la loi du 12 mai 2009, le juge aux affaires familiales cédait la place au Tribunal de grande instance pour statuer sur les conséquences du divorce⁴⁶⁵. La compétence du juge aux affaires familiales ne s'efface plus. Depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2010, du nouvel article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire issu de la loi précitée, le juge aux affaires familiales est devenu compétent pour connaître « 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 ». Ainsi est-il désormais appelé à connaître des suites patrimoniales de la séparation du couple, quel qu'en soit le statut juridique.

180. Le juge aux affaires familiales connaît de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux des couples mariés (1) et celle des couples non mariés (2).

1) La liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des couples mariés

181. Les notions de liquidation et de partage ne se confondent pas. Le partage est l'opération qui met fin à une indivision en substituant aux droits indivis sur l'ensemble de la masse indivise une pluralité de droits privatifs sur des biens déterminés. Le terme liquidation

⁴⁶¹ Article 111 du Code de procédure civile.

⁴⁶² Article 750 du Code de procédure civile.

⁴⁶³ Article 257-2 du Code civil et article 115 du Code de procédure civile.

⁴⁶⁴ Article 771 du Code de procédure civile.

⁴⁶⁵ 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 », *op. cit.*

désigne l'ensemble des opérations préalables au partage d'une indivision. Il s'agit, dans ce cas, de déterminer les éléments actifs et passifs de la masse à partager ainsi que les droits de chacun des copartageants dans cette masse, et c'est aussi chiffrer les créances, et ce indépendamment de toute indivision⁴⁶⁶.

182. Le transfert de compétences de l'après-divorce au juge aux affaires familiales est la traduction d'une des préconisations du rapport GUINCHARD. En effet, au nom de la spécialisation accrue du juge et du traitement vertical des dossiers, il était plus qu'opportun de ne pas cantonner le juge aux affaires familiales au prononcé du divorce. La liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux en sont la suite naturelle. L'article 1136-1 du Code de procédure civile consacre ainsi la compétence du juge aux affaires familiales dès lors qu'il s'agit d'intervenir après le prononcé du divorce.

183. En cas d'appel de la décision prononçant le divorce et statuant sur les mesures accessoires, la compétence se trouve dévolue soit au premier président de la cour, soit au conseiller de la mise en état⁴⁶⁷. Le juge aux affaires familiales, juge d'après-divorce, n'est donc jamais compétent en cas d'appel⁴⁶⁸. Voilà un exemple de la particularité de l'incidence des mécanismes procéduraux sur la famille et qui fait écrire au Professeur DOUCHY- OUDOT, « Le droit civil de la famille se heurte souvent à la question du juge compétent »⁴⁶⁹.

Pendant le délai d'appel, tant que la cour n'est pas saisie, le juge aux affaires familiales se trouve compétent s'il y a lieu de procéder soit à la modification des mesures accessoires si elles ont été assorties d'exécution provisoire, soit des mesures provisoires qui continuent à s'appliquer si des mesures accessoires n'ont pas été déclarées exécutoires. Après le prononcé de l'arrêt d'appel, et à condition que la cour soit effectivement et totalement dessaisie, le juge aux affaires familiales retrouve sa compétence de juge après-divorce comme l'indique l'article 1084 du Code de procédure civile. L'article dispose « Quand il y a lieu de statuer, après le prononcé du divorce, sur l'exercice de l'autorité parentale, la pension alimentaire ou la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant, la demande est présentée, même si un pourvoi en cassation a été formé, au juge aux affaires familiales selon les modalités prévues à

⁴⁶⁶ E. BUAT-MÉNARD, « Liquidation des régimes patrimoniaux » : La compétence liquidative en cas de séparation du couple», AJ fam. 2015, p. 458.

⁴⁶⁷ Article 1083, 1118 et 1119 du Code de procédure civile ; Cass. 1re civ., 4 octobre 2005, n° 03-20.548, Bull. civ. I, n° 356 ; D. 2005, IR p. 2546, et D. 2006, Pan. p. 336, obs. G. Serra et L. Williatte-Pellitteri ; RTD civ. 2006, p. 94, obs. J. Hauser; AJ fam. 2005, p. 447, obs. S. David.

⁴⁶⁸ Cass. 1re civ., 4 octobre 2005, n° 04-13.463, Bull. civ. I, n° 354 ; D. 2005, IR p. 2705 ; RTD civ. 2006, p. 94, obs. J. Hauser; AJ fam. 2005, p. 447, obs. S. David; Gaz. Pal., 8 avril 2006, n° 98 ; déjà 8 février 2005, n° 03-12.964, Bull. civ. I, n° 69 ; D. 2005, IR p. 594 ; RTD civ. 2005, p. 370, obs. J. Hauser.

⁴⁶⁹ M. DOUCHY-OUDOT, « Le lien familial en dehors du droit civil de la famille – la procédure civile » in Le lien familial hors du droit civil de ma famille, (dir.) Ingrid MARIA et Michel FARGE, Institut Universitaire Varenne, 2014, pp. 131-147.

la section III du présent chapitre. Il en est de même, lorsque le divorce a acquis force de chose jugée, des demandes portant sur la prestation compensatoire. Les articles 1075-1 et 1075-2 du présent Code sont applicables ».

184. En ce qui concerne l'exercice de l'autorité parentale, et les modifications des prestations et pensions, il ne fait aucun doute que le juge aux affaires familiales a compétence pour intervenir. Le juge aux affaires familiales est, depuis les lois du 30 juin 2000⁴⁷⁰ et du 26 mai 2004⁴⁷¹, exclusivement compétent pour tous les cas de révision de la prestation compensatoire.

185. Une fois le divorce prononcé, la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 donne compétence au juge aux affaires familiales en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des époux. Le juge doit surveiller les opérations de liquidation et statuer sur les contestations subsistant entre les parties au regard des règles générales du partage judiciaire contenues dans le Code de procédure civile auquel l'article 267-1 du Code civil renvoie. L'objectif principal du législateur était de permettre que le transfert de compétence du Tribunal de grande instance au juge aux affaires familiales soit sans incidence sur la procédure applicable antérieurement. Cet objectif avait d'ailleurs été rappelé par la circulaire du 16 juin 2010 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. En ce sens, l'article 1136-1 du Code de procédure civile 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 ». On change de juge, mais pas de procédure.

186. Par ailleurs, l'article 267 du Code civil issu de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 avait déjà élargi les pouvoirs liquidatifs du juge aux affaires familiales en lui permettant d'accorder « une avance sur leur part de communauté ou de biens indivis ; de statuer sur les demandes de maintien dans l'indivision ou d'attribution préférentielle ; de statuer sur tous les désaccords persistants entre les époux qui lui sont soumis, sous réserve qu'un projet d'état liquidatif contenant des informations suffisantes ait été dressé par un notaire désigné sur le fondement de l'article 255, 10° du Code civil »⁴⁷².

187. Le juge doit être saisi par une assignation. Celle-ci doit contenir un descriptif sommaire du patrimoine à partager et préciser les intentions du demandeur quant à la

⁴⁷⁰ Loi n° 2000-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce, J.O. du 1^{er} juillet 2000.

⁴⁷¹ Article 270 du Code civil.

⁴⁷² V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op. cit.*

répartition des biens. De même, l'assignation doit indiquer les diligences entreprises en vue de parvenir à un partage amiable puisque le partage judiciaire ne peut intervenir qu'après une tentative de partage amiable⁴⁷³. Chargé de la surveillance des opérations de liquidation, le juge aux affaires familiales statue également sur les contestations subsistant entre les parties et les renvoie devant le notaire pour établir l'état liquidatif.

188. Mais si le juge aux affaires familiales est devenu le juge de la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux et s'il est aussi, en même temps, le juge du divorce, les deux compétences sont cependant soigneusement dissociées. L'intention du législateur, inscrite dans la loi du 12 mai 2009, était bien de scinder les deux instances, en divorce et en liquidation. Le juge est cantonné dans son rôle de juge du divorce en veillant à éviter qu'il n'empiète sur son rôle de juge de la liquidation et de prendre des mesures d'anticipation. C'est ainsi que les pouvoirs liquidatifs du juge prononçant le divorce sont fermement circonscrits aux seules hypothèses prévues par l'article 267 du Code civil ; qu'une demande en partage ne pourrait pas être formée à l'occasion d'une procédure de divorce et que seule une assignation en partage peut saisir le juge aux fins d'un partage judiciaire. Cette vision qui peut apparaître restrictive⁴⁷⁴, favorise, après le prononcé du divorce, les partages amiables et ainsi la déjudiciarisation.

189. La loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures incite le gouvernement à tirer les conséquences des arrêts remarquables du 7 novembre 2012 dans lesquels est reconnu au juge aux affaires familiales de larges pouvoirs en matière de liquidation partage des intérêts patrimoniaux du couple⁴⁷⁵. Selon la première chambre civile, il entre de façon évidente dans les pouvoirs du juge aux affaires matrimoniales, lors du prononcé du divorce, de désigner un notaire⁴⁷⁶.

Dans un premier arrêt⁴⁷⁷, la haute juridiction judiciaire censure l'arrêt de la cour d'appel qui infirme la décision du juge aux affaires familiales désignant un notaire pour procéder à la liquidation et au partage des intérêts patrimoniaux des époux. En retenant qu'il ne pouvait

⁴⁷³ Article 1360 du Code de procédure civile.

⁴⁷⁴ 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. – V. aussi, E. Buat-Ménard, Le partage du régime matrimonial devant le juge aux affaires familiales : état des lieux au lendemain d'une réforme, AJ fam. 2010, p. 156.

⁴⁷⁵ Civ. 1^{re}, 7 novembre 2012, n° 12-17.394, n° 11-17.377 et n° 11-10.449, D. 2012. 2661, et 2013. 593 et 594, chron. C. Capitaine ; AJ fam. 2012. 607, Pratique E. Buat-Ménard, 2013. 55, obs. P. Hilt, et 57, obs. E. Buat-Ménard ; V. n° 148.

⁴⁷⁶ Cass. 1^{re} civ., 12 avril 2012, n° 11-20.195, F-D, JurisData n° 2012-007083, Dr. Fam. 2012, comm. 96, V. Larribau-Terneyre ; JCP N 2012, n° 29, 1302, note J. Combret et N. Baillon-Wirtz ; Gaz. Pal. 2012, n° 22-23, obs. J. Casey ; D. 2012, p. 2011, note C. Brenner ; AJ fam. 2012, p. 403, obs. S. David, RTD civ. 2013, 96 ; obs. J. Hauser. Cass. Civ. 1^{re}, 11 sept. 2013, n° 12-18.512, AJ fam. 2013. 585, obs. P. Hilt et S. Ferré-André.

⁴⁷⁷ Pourvoi n° 12-17.394, 7 novembre 2012, *op. cit.*

procéder à cette désignation, la cour d'appel a méconnu l'étendue de ses pouvoirs en violation de l'article 267, alinéa 1, du Code civil.

Dans un deuxième arrêt⁴⁷⁸, la Cour de cassation casse l'arrêt estimant que la cour d'appel a violé l'article 267, alinéa 1, du Code civil « en 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 ordonnés par le juge qui prononce le divorce ».

Enfin, dans un troisième arrêt⁴⁷⁹, la Cour de cassation censure également la cour d'appel, au visa de l'article 267, alinéa 4, du Code civil. Celle-ci avait rejeté la demande de l'épouse tendant à voir fixer l'indemnité d'occupation due par son mari, retenant que la demande n'avait pas été faite en application des dispositions de l'article 267 du Code civil. La Cour de cassation considère que la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations en statuant ainsi, « alors qu'elle avait constaté que le rapport d'expertise établi par le notaire désigné par l'ordonnance de non-conciliation avait évalué le bien immobilier commun et l'indemnité d'occupation y afférente ».

190. La loi autorise le gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour 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 patrimoniaux⁴⁸⁰.

191. Semble alors se dessiner un juge du divorce chargé des questions d'ordre patrimonial et extrapatrimonial, afin de concentrer le contentieux familial, un juge unique pour ces deux questions. La Cour a ainsi jugé qu'« il entre dans les pouvoirs dévolus au juge aux affaires familiales de se prononcer sur le régime matrimonial des époux », ce qui lui donne également compétence pour déterminer, lorsque le mariage est contracté entre étrangers comme c'était le cas l'espèce, la loi applicable au régime matrimonial⁴⁸¹.

⁴⁷⁸ Pourvoi n° 11-10.449, 7 novembre 2012, *op. cit.*

⁴⁷⁹ Pourvoi n° 11-17.377, 7 novembre 2012, *op. cit.*

⁴⁸⁰ V. ÉGEA, « Un semestre de droit procédural de la famille (janvier 2015/juin 2015) », Dr. fam. n° 9, Septembre 2015, chron. 3

⁴⁸¹ Cass. Civ. 1^{re}, 20 mars 2013, n° 11-27.845, Dr. fam. 2013. Comm. 97 ; D. 2013. 1451, note S. Le Gac-Pech, et 2050, chron. C. Capitaine; AJ fam. 2013. 388, obs. A. Boiché.

2) La liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des couples non mariés

192. Concernant les partenaires, l'article 515-7 du Code civil les invite à procéder « eux-mêmes à la liquidation des droits et obligations résultant pour eux du pacte civil de solidarité ». Ce n'est qu'à défaut d'accords amiables que le juge aux affaires familiales pourra être saisi d'une demande de partage judiciaire⁴⁸². De même que pour les époux, le partage des indivisions entre partenaires et le règlement de leurs créances peuvent avoir lieu à tout moment, sans attendre la rupture.

193. S'agissant des concubins, l'imbrication de leurs intérêts patrimoniaux fait naître un contentieux particulier. Il est évident qu'une union de fait, bien que consacrée par le Code civil⁴⁸³, n'ouvre pas droit, au concubin délaissé à une instance judiciaire permettant le partage des torts ou encore l'attribution d'une prestation compensatoire. Mais si certains, par trop fidèles à la formule de Bonaparte, « Les concubins ignorent la loi, la loi ignore les concubins », s'opposent à toute idée d'intervention juridique⁴⁸⁴, l'on sait néanmoins que lorsque les intérêts pécuniaires des concubins se sont imbriqués, il leur est possible d'intenter deux actions pouvant réparer le dommage pécuniaire, une action fondée sur l'enrichissement sans cause⁴⁸⁵ ou sur la société créée de fait.

194. L'enrichissement sans cause est une action d'origine jurisprudentielle qui relève du droit commun. La jurisprudence se fonde sur l'article 1371 du Code civil et la définit classiquement comme « l'enrichissement d'une personne en relation directe avec l'appauvrissement d'une autre personne, alors que le déséquilibre des patrimoines n'est pas justifié par une raison juridique. La personne appauvrie peut alors exercer l'action *in rem verso* »⁴⁸⁶. Nul ne peut s'enrichir sans cause au détriment d'autrui. Cette action subsidiaire⁴⁸⁷ est subordonnée à la constatation d'un enrichissement, d'un appauvrissement, d'une relation directe entre les deux, et de l'absence de cause de l'appauvrissement. La jurisprudence se montre particulièrement sévère quant à la réussite de cette action. Ainsi, lors d'une rupture survenue après plusieurs années de vie commune, une concubine, titulaire de la nue-propriété

⁴⁸² CA Paris, 9 novembre 2006, RG n° 06/11003.

⁴⁸³ L'article 515-8 du Code civil dispose que « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ».

⁴⁸⁴ N. le RUDULIER, « La modernité de l'enrichissement sans cause en droit de la famille », *in* Mélanges R. Le Guidec, Lexis-Nexis, 2014, p. 147.

⁴⁸⁵ Action de *in rem verso* de l'article 1371 du Code civil.

⁴⁸⁶ A.-M. ROMANI, « Répertoire de droit civil », Dalloz, v° *Enrichissement sans cause*, mars 2012. ; Cass. Civ. 1^{re}, 25 février 2003, n° 00-18.572, Bull. civ. I, n° 55 ; D. 2004. 1766, note M.-P. Peis ; RTD civ. 2003. 280, obs. J. Hauser ; *Ibid.* 297, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁴⁸⁷ Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2008, droit de la famille, com. 95, et Civ 1^o 6 mai 2009, RDF Juin 2009, com. 68.

de l'immeuble d'habitation, sollicite l'expulsion de celui qui fut son compagnon, ainsi que le paiement d'une indemnité d'occupation. Ce dernier forme une demande reconventionnelle en paiement d'une certaine somme au titre de sa participation à l'amélioration du bien immobilier de sa concubine. Sur le fondement de l'enrichissement sans cause, la cour d'appel condamne la concubine au paiement de la somme de 70 000 €. En effet, le cœur de l'action de *in rem verso* réside dans l'absence de cause, qui s'entend de l'inexistence d'un titre juridique, d'une intention libérale ou simplement d'un intérêt personnel. Or, il est de jurisprudence constante que l'accomplissement ou le financement de travaux sur l'immeuble qui constituera l'habitation principale du demandeur présente un intérêt indéniable résultant du profit tiré de cette occupation⁴⁸⁸. Fort logiquement, les travaux réalisés lui profitant directement, l'amélioration du cadre de vie et l'hébergement gratuit constituent la contrepartie de son appauvrissement. L'appréciation des juges est souveraine. Ils se réfèrent au train de vie du couple. Ainsi, seule l'existence d'un excès est susceptible de générer une indemnité sur le fondement de l'enrichissement sans cause⁴⁸⁹. Sans cela, les travaux entrent dans la contribution normale entre concubins, ils y trouvent nécessairement leur cause. Inutile alors d'analyser l'existence d'une contrepartie qui s'en déduit aisément⁴⁹⁰. L'enrichissement pourra être constitué par le bénéfice tiré par un concubin de la collaboration bénévole de l'autre à sa profession⁴⁹¹, par le profit résultant des travaux accomplis ou financés par l'un pour le compte de l'autre ou par le financement d'une acquisition faite par l'autre partenaire ou d'une dette de celui-ci⁴⁹². Cet enrichissement se mesure au jour où l'action est intentée.

195. La société créée de fait est quant à elle une technique existante en droit des sociétés. C'est un groupement de personnes qui se sont comportées comme des associés sans avoir manifesté leur volonté initiale d'être des associés. La société créée ainsi a fonctionné en fait, et ce n'est que lorsqu'il s'agit de la faire disparaître que l'on a recours à cette notion de manière à procéder à une véritable liquidation, à un partage. Souvent les concubins tentent d'invoquer cette technique de la société créée de fait, lorsque les années de vie commune ont enchevêtré leurs intérêts, et que l'un d'entre eux désire récupérer ses apports en capital ou en

⁴⁸⁸ Cass. 1^{re} civ., 24 septembre 2008, n° 07-11.212, JurisData n° 2008-045072, Droit de la famille n° 4, Avril 2014, comm. 62, S. Toricelli.

⁴⁸⁹ Cass. 1^{re} civ., 24 septembre 2008, n° 06-11.294, JurisData n° 2008-045071, Droit de la famille n° 4, Avril 2014, comm. 62 S. Toricelli., Bull. civ. I, n° 211 ; D. 2009. 140, obs. I. Gallmeister, note J.-J. Lemouland; AJ fam. 2008. 431, obs. F. Chénéde; RTD civ. 2008. 660, obs. J. Hauser.

⁴⁹⁰ Cass. 1^{re} civ., 23 janvier 2014, n° 12-27.180, F-D, JurisData n° 2014-001142, Droit de la famille n° 4, Avril 2014, comm. 62 S. Toricelli.

⁴⁹¹ Cass. 1^{re} civ., 20 janv. 2010, n° 08-16.105, Bull. civ. I, n° 15 ; D. 2010. p. 718, chron. F. Chénéde ; *Ibid.* 2011. 1040, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2010. 132 ; Rev. sociétés 2010. 430, note B. Dondero ; RTD civ. 2010. 306, obs. J. Hauser ; RTD com. 2010. 355, obs. C. Champaud et D. Danet.

⁴⁹² Cass. 1^{re} civ., 24 sept. 2008, n° 06-11.294, *op. cit.*

numéraire. Si les concubins ont réuni des ressources en capitaux ou en activité et ont collaboré pour faire prospérer une entreprise commune ou une entreprise qui à l'origine n'appartenait qu'à l'un d'eux, la jurisprudence retient la société créée de fait. Cela permet, à la rupture de concubinage, au concubin qui a participé à l'entreprise de l'autre, de reprendre ces apports et de partager les bénéfices. La jurisprudence se montre portant très sévère à l'encontre de cette technique et demande l'existence d'apports de part et d'autre, apport en capital ou en travail, une participation aux bénéfices et aux pertes et surtout « l'affectio societatis », l'intention de s'associer, c'est-à-dire intention de collaborer sur un pied d'égalité à un projet commun. La jurisprudence exige que chacun de ces éléments soit prouvé séparément, sans possibilité de les déduire les uns des autres⁴⁹³.

196. S'agissant de la rupture des partenaires, l'article 515-7 du Code permet à l'un des partenaires d'y mettre fin, par décision unilatérale, sous réserve d'en aviser son partenaire par voie de signification, et la rupture du concubinage est libre. Il s'en suit que la rupture ne peut donner lieu à l'octroi de dommages-intérêts, sauf si les circonstances de la rupture sont de nature à établir une faute de son auteur⁴⁹⁴. Et si la rupture se révèle fautive, faut-il se tourner vers le juge de la responsabilité civile ou vers le juge aux affaires familiales ? Les actions en responsabilité issues de la rupture fautive du concubinage ou du pacs ne relèvent pas du juge aux affaires familiales dès lors qu'elles ne se rattachent pas au partage de l'indivision⁴⁹⁵. À moins que l'on ne considère que la faute délictuelle de l'un des partenaires à l'égard de l'autre fasse naître entre eux une obligation qui est un rapport de droit pécuniaire entre les partenaires et, donc figure au nombre de leurs intérêts patrimoniaux dont la liquidation relève du juge aux affaires familiales. Pour un auteur, « 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 juge aux affaires familiales et, spécialement

⁴⁹³ Cass. Com. 30 juin 1970, Bull. civ. IV, n° 222 ; Cass. 1^{re} Civ., 20 janvier 2010, n° 08-13.200, Bull. civ. I, n° 11 ; D. 2010. 323, et les obs. ; *Ibid.* 522, chron. N. Auroy et C. Creton ; 718, chron. F. Chénéde ; *Ibid.* 2797, obs. J.-C. Hallouin, E. Lamazerolles et A. Rabreau ; *Ibid.* 2011. 1040, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2010. 132, obs. S. Milleville ; Rev. sociétés 2010. 430, note B. Dondero ; RTD civ. 2010. 306, obs. J. Hauser ; RTD com. 2010. 355, obs. C. Champaud et D. Danet ; Cass. Com. 23 juin 2004, AJ fam 2004, p. 324, « L'intention de s'associer ne peut se déduire de la participation financière d'un projet immobilier ». D. 2004. 2969, obs. D. Vigneau ; AJ fam. 2004. 324, obs. F. Bicheron ; Rev. sociétés 2005. 131, note F.-X. Lucas ; RTD civ. 2004. 487, obs. J. Hauser ; RTD com. 2004. 740, obs. C. Champaud et D. Danet. ; Cass. 1^{re} Civ., 20 janvier 2010 *op. cit.*

⁴⁹⁴ L'article 1382 du Code civil dispose « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer » ; CA Poitiers, 21 mai 2013 RG n° 12/02583 ; CA Paris, 21 février 2013, RG n° 10/13 523.

⁴⁹⁵ Circulaire du 16 juin 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.

concernant le préjudice économique, concerne directement la liquidation des intérêts patrimoniaux des concubins »⁴⁹⁶. Pourtant, la circulaire du 16 juin 2010 précise que « les actions en responsabilité issues 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 ».

⁴⁹⁶ V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op. cit.*

197. **Conclusion de chapitre.** La distinction traditionnelle entre les personnes et les biens, traduction de la distinction cardinale entre l'être et l'avoir a construit le droit de la famille, sous l'égide de l'ordre public. Le juge aux affaires matrimoniales était le protecteur de la vie maritale et de la famille qualifiée de « légitime ». Le Tribunal de grande instance était le seul garant des droits indisponibles et le juge d'instance celui des biens du majeur « incapable ».

198. Sous l'effet de l'unification du droit familial, et de l'atténuation de la distinction entre les personnes et les biens, le juge aux affaires familiales est devenu le juge de toutes les formes de vie familiale. La concentration accrue de compétences entre ses mains est le reflet de sa mission de protection de la famille, s'agissant des membres du couple, aussi bien au stade de l'union qu'à celui de la désunion. Le juge aux affaires familiales est le juge spécialisé de la famille entendue dans sa globalité, tant sur le patrimonial qu'extra-patrimonial. Cela induit une meilleure lisibilité de la justice familiale dans son ensemble. Certaines dérogations peuvent être apportées à la procédure comme l'entorse à la règle de la publicité des débats, les adaptations procédurales existent, mais sont tout de même limitées. En cela le juge de la famille a été modelé. Ses compétences sont le fruit d'une évolution dans laquelle l'unification du droit des enfants puis celle du droit des couples ont joué un rôle particulièrement important. Le pluralisme juridictionnel est alors renouvelé. Il est utilisé à des fins de protection de toutes les familles, sa forme a évolué, sa fonction a été renouvelée. Il est la garantie pour le justiciable de bénéficier de la meilleure règle de droit applicable.

199. L'émergence d'une juridiction spécialisée implique une réduction du pluralisme juridictionnel en droit de la famille. Un seul juge interviendrait en matière familiale, le juge aux affaires familiales. Néanmoins sa compétence n'est toujours pas exclusive en matière de contentieux familial. L'évolution vers un juge unique de la famille n'est ainsi pas achevée, des juges de la famille demeurent imposés.

Chapitre 2 : Des juges de la famille imposés

200. « Marqués par le poids de l'histoire judiciaire, nous sommes confrontés à une imbrication de juridictions et de compétences compréhensible par le seul initié et encore souvent il trébuche, la frontière étant incertaine »⁴⁹⁷. Le juge aux affaires familiales connaît d'une partie importante du contentieux familial et ses attributions matérielles ne cessent de croître. Toutefois, « les décisions d'autres juges modifient la structure familiale ou les modalités d'organisation des relations entre ses membres »⁴⁹⁸. « Reste que l'on n'a pas créé de juge unique de la famille et que le juge des tutelles, comme le juge des enfants demeurent compétents dans certains domaines »⁴⁹⁹. Cette diversité des juges ayant à connaître d'une situation familiale nous amène à nous interroger sur les critères d'attribution des contentieux liés à la famille.

201. La notion de compétence d'attribution se définit au profit d'une juridiction, c'est un signe distinctif qui permet de distinguer une juridiction d'une autre en fonction de la matière qu'elle connaît. C'est la compétence d'une juridiction en fonction de la nature des affaires, parfois aussi de leur importance pécuniaire. Les règles de compétence d'attribution répartissent les litiges entre les divers ordres, degrés et nature de juridiction⁵⁰⁰. Cette compétence est l'aptitude à connaître d'une affaire déterminée par l'ordre auquel appartient la juridiction, par le degré de la juridiction, par la nature de la juridiction, par la nature du contentieux. La compétence matérielle d'une juridiction correspond à « la *juris dictio*, l'action de dire le droit, qui se distingue de l'*imperium*, le pouvoir de commandement appartenant au juge »⁵⁰¹.

202. Le droit de la famille nécessite une approche à la fois substantielle et procédurale, les règles de droit substantiel et le droit processuel sont indissociables en droit de la famille⁵⁰². La question de la compétence matérielle des juridictions reflète le pluralisme, le

⁴⁹⁷ E. VARAUT, « Faut-il supprimer les tribunaux d'instance », Gaz. Pal. 5 juillet 1997, p. 895.

⁴⁹⁸ V. EGEA, « La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille » Defrénois, 2010, p. 9.

⁴⁹⁹ M. LAMARCHE, « La loi de simplification et de clarification du droit, le surréalisme législatif », Dr. famille 2009, alerte 46.

⁵⁰⁰ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), « Lexique des termes juridiques », Dalloz, 22 édition, 2014-2015, p. 670, V° Compétence d'attribution.

⁵⁰¹ S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER (dir.) « Institutions juridictionnelles », 13^{ème} édition, Dalloz, 2015, p. 45.

⁵⁰² En ce sens J. HAUSER, « Le contentieux familial en France, la forme et le fond », *in* Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé, (Actes du Congrès International organisé par le centre de Droit de la Famille de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, 5-8 juillet 1994) Dir. MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, Bruxelles et Paris, éd. Bruylant et LGDJ, 1997, pp. 28-48. ; V. EGEA. « La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille », *op.cit.*

pluralisme des formes juridiques de vie en famille notamment⁵⁰³. La modification des compétences juridictionnelles est une conséquence du rapprochement juridique opérée entre les différentes formes juridiques du couple. En effet, nous assistons à une concentration de plus en plus accrue des compétences entre les mains du juge aux affaires familiales. Cette logique de regroupement des compétences dans les seules mains du juge aux affaires familiales initiée par la loi de 1993 n'a pas permis à ce jour de lui transférer la totalité du contentieux de droit de la famille. Des juges de la famille demeurent imposés par des droits particuliers. L'évolution n'est pas achevée.

203. Si le contentieux familial n'est toujours pas à ce jour connu que du seul juge aux affaires familiales, c'est parce que la recherche de la répartition efficiente du contentieux, la recherche de la meilleure protection l'impose. Particulièrement, le Tribunal de grande instance conserve de nombreuses compétences, en tant que juridiction de droit commun, (Section 1). Le Tribunal d'instance « c'est tout à la fois »⁵⁰⁴ le « juge de la famille, du voisinage et de l'économie »⁵⁰⁵, il dispose d'une compétence parcellaire en contentieux des personnes et de la famille (Section 2), et incarne une juridiction à par entière et spécialisée, celle de la protection des majeurs vulnérables (Section 3). L'analyse serait incomplète si nous ne développions pas la mission particulière confiée au Ministère public. Il n'est pas une juridiction, mais il incarne le gardien du droit des personnes et de la famille, il est donc un acteur incontournable dans une matière où l'ordre public règne en maître (Section 4).

Section 1 : Le Tribunal de grande instance

204. Héritiers des tribunaux civils de districts institués par la loi des 16 et 24 août 1790 par la Constituante, les tribunaux de grande instance ont été institués par l'ordonnance n° 58-1273 du 22 décembre 1958 relative à l'organisation judiciaire⁵⁰⁶. La commission GUINCHARD en rejetant la solution du tribunal unique de première instance a souhaité concentrer le Tribunal de grande instance sur un contentieux particulier, celui familial, en renforçant notamment la compétence du juge aux affaires familiales. Un bloc de compétences

⁵⁰³ I. BARRIÈRE-BROUSSE et M. DOUCHY-OUODOT (dir.), « Les contentieux familiaux, droit interne, international et européen », Lextenso édition, 2013.

⁵⁰⁴ S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER (dir.) « Institutions juridictionnelles », 13^{ème} édition, Dalloz, 2015, p. 489.

⁵⁰⁵ Colloque du XXe anniversaire de l'IEJ de Poitiers, 22 et 23 octobre 1987, not. G. Cornu et J. Normand, p. 9 et 53.

⁵⁰⁶ Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

lui échappe néanmoins et a été réservé au Tribunal de grande instance, juridiction collégiale. Le législateur considère en effet que certaines questions, particulièrement empreintes de gravité, et dont les contentieux se révèlent particulièrement techniques doivent bénéficier de la collégialité. Elle est « bienvenue, voire même indispensable »⁵⁰⁷. Nous pensons tout particulièrement au droit de la filiation et au droit des successions et des libéralités. Le Tribunal de grande instance dispose en droit de la famille à la fois d'une compétence résiduelle (I) et de différentes compétences exclusives (II). Le président du Tribunal de grande instance dispose en outre de compétences propres (III).

I : Une compétence résiduelle

205. Le Tribunal de grande instance est juge de droit commun, il connaît par principe de toutes les affaires pour lesquelles compétence n'a pas été attribuée expressément à une autre juridiction, en raison de la nature de l'affaire ou du montant de la demande. « 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 »⁵⁰⁸ (A). Il statue alors à charge d'appel⁵⁰⁹. Les attributions juridictionnelles du Tribunal de grande instance sont exercées de différentes manières, la formation ordinaire, collégiale est une audience publique, mais il peut aussi siéger en chambre du conseil ou en d'autres lieux qu'au siège du Tribunal de grande instance. Par ailleurs, le Tribunal de grande instance peut connaître de questions qui relèveraient normalement d'un juge d'exception (B).

⁵⁰⁷ 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. 141.

⁵⁰⁸ Articles L. 211-3 et R. 211-3 du Code de l'organisation judiciaire.

⁵⁰⁹ Article R. 211-3 du Code de l'organisation judiciaire, « Dans les matières pour lesquelles compétence n'est pas attribuée expressément à une autre juridiction en raison de la nature de l'affaire ou du montant de la demande, le Tribunal de grande instance statue à charge d'appel. Lorsqu'il est appelé à connaître, en matière civile, d'une action personnelle ou mobilière portant sur une demande dont le montant est inférieur ou égal à la somme de 4 000 euros, le Tribunal de grande instance statue en dernier ressort. Dans les matières pour lesquelles il a compétence exclusive, et sauf disposition contraire, le Tribunal de grande instance statue en dernier ressort lorsque le montant de la demande est inférieur ou égal à la somme de 4 000 euros. »

A) La nature de la demande

206. La répartition des compétences repose sur une détermination résiduelle de principe de la compétence du Tribunal de grande instance, soit un texte attribue compétence à une autre juridiction, soit ce tribunal peut statuer⁵¹⁰.

207. Quant aux moyens de défense, la solution de principe résulte d'un adage : « le juge de l'action est juge de l'exception », qui est reprise par l'article 49 du Code de procédure civile : Toute juridiction saisie d'une demande de sa compétence connaît, même s'ils exigent l'interprétation d'un contrat, de tous les moyens de défense à l'exception de ceux qui soulèvent une question relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction (question préjudicielle)⁵¹¹. Dans la matière qui nous intéresse, avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, le Tribunal de grande instance était par exemple compétent en matière de PACS⁵¹².

208. Le Tribunal de grande instance en formation collégiale n'a plus qu'une compétence résiduelle dans le cadre de la procédure de divorce. En effet, le juge aux affaires familiales a la possibilité de renvoyer une affaire en l'état à une audience en formation collégiale s'il en éprouve le besoin. Sa décision n'a pas à être motivée et ne peut faire l'objet d'aucune voie de recours⁵¹³. La formation collégiale comprend le juge qui a ordonné le renvoi⁵¹⁴. Cette possibilité est également offerte aux parties, dont la simple demande confère alors un caractère obligatoire au renvoi⁵¹⁵. D'une manière générale, le renvoi à la formation collégiale pour statuer en matière de divorce peut être décidé à tout moment⁵¹⁶.

B) Demande incidente et prorogation de compétences

209. Deux procédés peuvent permettre au Tribunal de grande instance de connaître de questions qui relèveraient normalement d'un juge d'exception : le jeu d'une demande incidente ou d'une prorogation de compétence accordée par les parties.

⁵¹⁰ Par exemple, en matière de bail à construction ; TGI Arras, 20 avril 1988, JCP 1989. II. 21269, obs. L. Cadiet.

⁵¹¹ N. FRICERO, « répertoire de procédure civile », Dalloz, mars 2013.

⁵¹² CA Douai, 27 février 2003, D. 2004. 2969, obs. J.-J. Lemouland

⁵¹³ Article L. 312-1 alinéa 4 du Code de l'organisation judiciaire.

⁵¹⁴ Article L. 213-4 alinéa 3 du Code de l'organisation judiciaire.

⁵¹⁵ Article L. 213-4 alinéa 2 du Code de l'organisation judiciaire.

⁵¹⁶ Article 804 du Code de procédure civile.

1) Le jeu d'une demande incidente

210. Le principe de la bonne administration de la justice permet à l'article 51 du Code de procédure civile de prévoir qu'à la différence des juridictions d'exception, le Tribunal de grande instance « connaît de toutes les demandes incidentes qui ne relèvent pas de la compétence exclusive d'une autre juridiction », tandis que « les autres juridictions ne connaissent que des demandes incidentes qui entrent dans leur compétence d'attribution ». L'unité et la cohérence du litige se trouvent ainsi privilégiées par rapport aux règles de compétences⁵¹⁷.

Le Tribunal de grande instance, lorsqu'il est saisi de la demande principale, peut donc connaître de toutes les demandes incidentes qui ne relèvent pas de la compétence exclusive – au sens défini précédemment concernant les moyens de défense – d'une autre juridiction.

Si la demande incidente relève de la compétence exclusive d'une autre juridiction, le tribunal ne peut que la déclarer irrecevable, à charge pour celui qui l'a formulée de mieux se pourvoir.

211. Par ailleurs, le juge aux affaires familiales n'étant pas une juridiction autonome, le Tribunal de grande instance doit donc pouvoir statuer par voie d'exception en matière d'exercice de l'autorité parentale, par exemple pour confier l'enfant à un tiers ou pour prononcer la délégation de l'autorité parentale en dehors des hypothèses prévues par le Code. Il est bien sûr exclu cependant qu'il puisse statuer à titre principal sur une demande relevant de la compétence du JAF.

2) La prorogation de compétence

212. Les règles de compétence matérielle répartissant les matières entre les ordres de juridiction sont d'ordre public, il ne peut y être dérogé. Il en va de même s'agissant des règles fixant les degrés de juridiction. À l'intérieur des juridictions civiles, la stipulation de clauses attributives de compétence matérielle est, en principe, illicite, pour heurter, ici encore, des règles d'ordre public ou exclusives. Par exception, il est cependant possible, dans certains cas, de saisir le tribunal de droit commun d'une demande principale pour laquelle il n'a, normalement, pas compétence.

213. Dans le cadre de la prorogation légale de compétence, en matière de demandes connexes ou indivisibles, le principe veut que le Tribunal de grande instance, saisi de la demande principale, soit compétent pour trancher les demandes, sous réserve que cette

⁵¹⁷ L. CADIET et E. JEULAND, « Droit judiciaire privé », LexisNexis, 8e éd., 2013, n° 256.

dernière demande ne relève pas de la compétence exclusive d'une autre juridiction⁵¹⁸.

214. En matière de prorogation conventionnelle de compétence, l'article 41 du Code de procédure civile prévoit en effet que : « le litige né, les parties pourront toujours convenir que le différend sera jugé par une juridiction bien que celle-ci soit incompétente en raison du montant de la demande ». Ce texte est d'application stricte et ne permet aucune autre prorogation de compétence au profit d'un juge d'exception pour une matière relevant de la compétence du Tribunal de grande instance⁵¹⁹. Cette disposition vise la matière personnelle et mobilière, qui se répartit entre le Tribunal de grande instance et le Tribunal d'instance⁵²⁰. Le Tribunal d'instance peut être saisi à la place du Tribunal de grande instance alors même que le montant du litige dépasse la compétence, et l'inverse est envisageable⁵²¹. Comme le note la doctrine, étant juge de droit commun, le Tribunal de grande instance possède « une aptitude naturelle à connaître de tout litige qui n'a pas été attribué exclusivement à une juridiction d'exception », mais, en réalité, une compétence d'ordre public, sans être exclusive « suffit à interdire les prorogations conventionnelles de compétence »⁵²².

215. Cette compétence de droit commun du Tribunal de grande instance est de plus en plus résiduelle. La compétence des régimes matrimoniaux ainsi que celle relative aux contentieux des concubins ont été transférées au juge aux affaires familiales. Néanmoins, le Tribunal de grande instance conserve des compétences exclusives en droit des personnes et de la famille.

II : Des compétences exclusives en matière familiale

216. La compétence du Tribunal de grande instance est exclusive lorsqu'aucune autre juridiction ne peut statuer sur la matière intéressée. Aussi bien s'agissant d'une demande principale, qui serait formée devant une autre juridiction, que d'un moyen de défense⁵²³ ou d'une demande incidente⁵²⁴. Dans le premier cas, cette autre juridiction devrait se déclarer incompétente. Dans le second cas, il y aurait question préjudicielle lui imposant de surseoir à statuer jusqu'à la décision du Tribunal de grande instance. Au regard de l'appel, lorsque le Tribunal de grande instance est saisi dans les matières pour lesquelles il a une compétence exclusive en raison de la nature de l'affaire, il statue en dernier ressort à l'égard des demandes

⁵¹⁸ L. CADIET et E. JEULAND, « Droit judiciaire privé » *op. cit.*

⁵¹⁹ *Ibid* ; J. HÉRON, « Droit judiciaire privé », Montchrestien, 3e éd., 2006, n° 984.

⁵²⁰ Le taux de compétence est fixé à 10 000 €.

⁵²¹ P. JULIEN, obs. sous CA Paris, 10 décembre 1984, D. 1985. IR 263

⁵²² L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*

⁵²³ Article 49 du Code de procédure civile.

⁵²⁴ Article 51 du Code de procédure civile.

inférieures ou égales à 4000 € et à charge d'appel lorsque la valeur en litige est supérieure à ce même montant ou encore lorsque la valeur en litige est indéterminée⁵²⁵, sous réserve des cas où la loi ferme l'appel. L'article L. 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 ». L'article R. 211-4 énumère la liste de ces compétences, de manière non exhaustive. La compétence traditionnelle du Tribunal de grande instance est conservée pour la liquidation du régime matrimonial en cas de décès ou de déclaration d'absence d'un des conjoints. Le Tribunal de grande instance reste compétent lors de la liquidation des intérêts patrimoniaux des couples non mariés en cas de décès ou de déclaration d'absence et pour les actions en responsabilité intentées en raison d'une rupture fautive d'un concubinage.

217. Le principe absolu de l'indisponibilité de l'état des personnes justifie une compétence historique et exclusive du Tribunal de grande instance en matière d'état civil des personnes (A), ainsi que pour des questions d'ordre purement patrimoniales, la distinction classique entre les personnes et les biens n'a été qu'atténuée par les réformes récentes (B).

A) Le Tribunal de grande instance et l'état des personnes

218. L'état des personnes réunit l'ensemble des caractéristiques sociales et biologiques permettant l'individualisation de la personne au sein de la société, c'est-à-dire le sexe, le nom, la nationalité, la situation matrimoniale, la filiation...⁵²⁶. « Les fonctions de l'état des personnes sont doubles. Utilisée à titre d'instrument normatif, l'institution permet à l'état de modeler la condition juridique des personnes et de diffuser les valeurs et les principes qui fondent l'ordre démocratique dans lequel il se reconnaît. Affectée à une fonction d'identification, la catégorie fournit à la société comme aux individus des éléments fixateurs de l'identité »⁵²⁷.

219. Les actions d'état tendent à l'établissement ou à la modification de l'un des éléments constitutifs de l'état des personnes. L'ensemble de ces actions est soumis à un régime juridique uniforme, principalement construit sur le modèle des actions relatives à la filiation⁵²⁸. Comme l'avait exprimé le doyen J. CARBONNIER, « c'est en grande partie par

⁵²⁵ Article R. 211-3, al. 3 du Code de l'organisation judiciaire.

⁵²⁶ A-M. LEROYER, « La notion d'état des personnes », *in* Ruptures, mouvements et continuité du droit, Mélanges M. Gobert, 2004, Economica, p. 247 s.

⁵²⁷ M. AZAVANT, « L'ordre public et l'état des personnes », thèse, Pau, 2002, p. 12., H. HAMADI « Recherches sur l'ordre public familial », thèse, Toulon, 2009.

⁵²⁸ G. CORNU, « Introduction, les personnes, les biens », 13e éd., 2007, Montchrestien, no 33, p. 258.

ses aspects judiciaires que l'état des personnes s'est imposé à l'attention de la doctrine comme de la loi : la théorie de l'état a commencé par être une théorie des actions d'état »⁵²⁹. Les actions d'état se répartissent en deux grandes catégories : les *actions déclaratives*, d'une part, qui tendent à obtenir la constatation judiciaire de l'existence ou de l'inexistence d'un état, et les *actions constitutives*, d'autre part, qui aboutissent à la création d'un état nouveau ou encore à la modification de l'une des conséquences d'un état resté inchangé.

220. Autrefois soumis à la compétence du tribunal civil, l'état des personnes est une compétence traditionnelle du Tribunal de grande instance. L'article R. 211-4, 1° du Code de l'organisation judiciaire le rappelle expressément, même si la compétence du juge aux affaires familiales, en particulier, a réduit celle réservée au Tribunal de grande instance lui-même. La compétence exclusive du Tribunal de grande instance en matière d'état des personnes entraîne l'incompétence des autres juridictions pour en connaître, même au titre des demandes incidentes, qu'il s'agisse des juridictions administratives ou des juridictions civiles d'exception⁵³⁰

221. En principe, le Tribunal de grande instance est seul compétent en matière d'état civil des personnes, qu'il s'agisse du contrôle des actes d'état civil (1), qui marquent les étapes principales de la vie des individus, qu'en matière de nom et prénoms (2) et en matière de formation du mariage (3).

1) Le contrôle des actes de l'état civil

222. Le Tribunal de grande instance assure le contrôle des actes de l'état civil. Il a ainsi compétence pour connaître de l'annulation des actes de l'état civil, de leurs énonciations ou des pièces en tenant lieu, et de la rectification des jugements déclaratifs ou supplétifs d'actes de l'état civil⁵³¹. Il doit, par exemple, statuer sur les litiges relatifs à la déclaration d'acte d'enfant sans vie auprès de l'officier d'état civil, comme le permet l'article 79-1 du Code civil. Ce texte prévoit que, lorsqu'un enfant est décédé avant que sa naissance ait été déclarée à l'état civil et à défaut de certificat médical indiquant que l'enfant est né vivant et viable et précisant les jours et heures de sa naissance et de son décès, l'officier d'état civil

⁵²⁹ J. CARBONNIER, Droit civil, t. 1, Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple, 2004, coll. Quadrige, PUF, no 266, p. 493

⁵³⁰ Cass. soc., 25 avril 1990, JCP G 1991, II, 21696, obs. J. Beauchard. – Cass. soc., 1er avril 1999, n° 97-17.139. – CA Toulouse, 7 septembre 2004, n° 03/03841, JurisData n° 2004-256223.

⁵³¹ Article 1047 du Code de procédure civile

établit un acte d'enfant sans vie, transcrit à sa date sur les registres de décès⁵³².

223. Le Tribunal de grande instance peut encore être saisi en cas de refus d'enregistrement d'une déclaration de nationalité française présentée en application des articles 21-12 et 21-2 du Code civil⁵³³.

224. Le Tribunal de grande instance intervient lorsque l'officier d'état civil ne peut agir seul. Il est ainsi compétent pour rendre un jugement déclaratif de décès⁵³⁴ ainsi que pour prononcer l'annulation de ce jugement lorsque la personne déclarée judiciairement décédée reparaît par la suite⁵³⁵. Il en va de même en ce qui concerne la déclaration d'absence⁵³⁶ et l'annulation de ce jugement quand l'absent reparaît ou lorsque sa survie est ultérieurement prouvée⁵³⁷. Il est à souligner et nous y reviendront par la suite, que lorsqu'une personne a cessé de paraître à son domicile sans que l'on ait de nouvelles, il est de la compétence du juge des tutelles de constater qu'il y a présomption d'absence⁵³⁸. On notera que, depuis la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités ayant modifié l'article 116 du Code civil, si l'absent est appelé à un partage, l'état liquidatif n'est plus soumis à homologation du Tribunal de grande instance comme c'était le cas auparavant, mais à celle du juge des tutelles ce qui permet une plus grande cohérence du traitement du dossier.

Le Tribunal de grande instance est également compétent en ce qui concerne les jugements déclaratifs et les contestations des actes de décès des personnes mortes en déportation⁵³⁹.

225. En matière de rectification des actes de l'état civil ou des pièces en tenant lieu, la lecture de l'article 99 du Code civil laisse apparaître plusieurs hypothèses. Tantôt le

⁵³² Cass. 1^{re} civ., 6 février 2008, n° 06-16.498, JurisData n° 2008-042654 ; JCP G 2008, II, 10045, note G. Loiseau

⁵³³ Cass. 1^{re} civ., 27 mars 2007, n° 04-11.744, Bull. civ. 2007, I, n° 134. – Cass. 1^{re} civ., 14 novembre 2007, n° 07-10.935, JurisData n° 2007-041363.

⁵³⁴ Article 89 du Code civil, « La requête est présentée au Tribunal de grande instance du lieu de la mort ou de la disparition, si celle-ci s'est produite sur un territoire relevant de l'autorité de la France, sinon au tribunal du domicile ou de la dernière résidence du défunt ou du disparu ou, à défaut, au tribunal du lieu du port d'attache de l'aéronef ou du bâtiment qui le transportait. A défaut de tout autre, le Tribunal de grande instance de Paris est compétent.

Si plusieurs personnes ont disparu au cours du même événement, une requête collective peut être présentée au tribunal du lieu de la disparition, à celui du port d'attache du bâtiment ou de l'aéronef, au Tribunal de grande instance de Paris ou à tout autre Tribunal de grande instance que l'intérêt de la cause justifie ». Cass. 1^{re} civ. 30 avril 1985, Bull. civ 1985, I ; Cass. 1^{re} civ., 14 mars 1995, Bull. civ. 1995, I, n° 125.

⁵³⁵ Article 92 du Code civil.

⁵³⁶ Article 122 du Code civil.

⁵³⁷ Article 129 du Code civil.

⁵³⁸ Article 112 du Code civil.

⁵³⁹ Loi n° 85-528 du 15 mai 1985 sur les actes et jugements déclaratifs de décès des personnes mortes en déportation, J.O. 18 mai et Décret n° 86-66 du 7 janvier 1986, portant application de la loi n° 85-528 du 15 mai 1985 sur les actes et jugements déclaratifs des personnes mortes en déportation J.O. 15 janvier.

président du Tribunal de grande instance est compétent⁵⁴⁰ lorsqu'il s'agit d'un simple acte, tantôt le tribunal lui-même lorsqu'il s'agit d'un jugement déclaratif ou supplétif d'acte d'état civil. La compétence du président du tribunal est limitée à la simple rectification des actes, car, ne pouvant pas statuer en matière d'état des personnes, il ne peut ni les modifier, ni les annuler, ni trancher une question d'état⁵⁴¹. Le président du Tribunal de grande instance est ainsi compétent pour la suppression d'une particule⁵⁴², cette suppression d'une particule ne peut être ordonnée par le procureur de la République au titre d'une simple rectification matérielle.

La compétence du tribunal s'étend à la rectification d'un acte de l'état civil dressé en exécution d'un jugement déclaratif ou supplétif ou d'une décision relative à l'état des personnes. Et il est encore seul compétent lorsqu'il s'agit non pas d'une simple rectification de l'acte, mais de son annulation.

2) Une compétence en matière de noms et prénoms

226. La compétence du Tribunal de grande instance en matière d'état des personnes lui donne aussi une vocation de principe à connaître des questions concernant le nom et des atteintes au droit de « propriété » du nom⁵⁴³ ainsi que des contestations relatives à l'usurpation du nom de famille et de celles accessoires au nom, par exemple la question des armoiries⁵⁴⁴. Le Tribunal de grande instance est également compétent pour déterminer le nom de la personne adoptée simplement par application de l'article 363 du Code civil⁵⁴⁵. Le Tribunal de grande instance est aussi compétent quant au relèvement du nom des citoyens morts pour la France, l'article 1er, alinéa 2, de la loi du 2 juillet 1923 perpétuant le nom des citoyens morts pour La Patrie disposant que la requête doit être présentée au « tribunal civil », devenu Tribunal de grande instance, du lieu d'ouverture de la succession du défunt.

227. Néanmoins, sont exclus du champ de compétence du Tribunal de grande instance les changements de nom pour intérêt légitime prévus par les articles 61 et suivant du

⁵⁴⁰ Les articles 1046 et suivants du Code de procédure civile précisant les règles de compétence territoriale en la matière.

⁵⁴¹ Cass. 1re civ., 26 janvier 1983, Bull. civ. 1983, I, n° 38 ; D. 1983, p. 436, note J. Massip. – Cass. 1re civ., 14 mai 1985, Bull. civ. 1985, I, n° 150 ; Cass. 1re civ. 19 mars 2008, n°06-19.640, JurisData n°2008-043311

⁵⁴² Cass. Civ. 1re, 5 novembre 2014, n° 14-11.407. D. 2014. 2297, et 2015. 511, chron. I. Guyon-Renard; AJ fam. 2014. 704, obs. V. Brot.

⁵⁴³ Voir par exemple, T. confl., 22 juillet 1922, DP 1924, 3, p. 25.

⁵⁴⁴ CA Paris, 20 décembre 1949, D. 1951, p. 204, concl. Rolland, note Luchaire. CA Paris 30 octobre 1998, JurisData 1997-14039 arrêt dit Bidochon, à la différence du titre nobiliaire qui relève de la compétence administrative ; H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, t. II *op. cit.*, n° 18.

⁵⁴⁵ Cass. 1re civ., 22 février 2005, n° 03-14.332, JurisData n° 2005-027074 ; Bull. civ. 2005, I, n° 92, ; Cass. 1ere civ. 6 octobre 2010, deux arrêts, n° 09-15.092 et 09-15.114, Bull. civ. I, n°192.,

Code civil. L'article 61 du Code civil dispose ainsi que « toute personne qui justifie d'un intérêt légitime peut demander à changer de nom ». La demande doit être adressée au Garde des Sceaux et le Conseil d'État statuant en premier et dernier ressort est seul compétent pour connaître des oppositions à changement de nom⁵⁴⁶. Les tribunaux administratifs sont compétents pour connaître des décisions rejetant une demande de changement de nom⁵⁴⁷. Notamment, lorsqu'est en question l'appréciation de l'intérêt légitime, ainsi, l'attitude d'un père abandonnant ses enfants du jour au lendemain sans subvenir à leurs besoins tant psychologiques que matériels caractérise les circonstances exceptionnelles de nature à caractériser l'intérêt légitime⁵⁴⁸.

228. Le Tribunal de grande instance est également incompétent en ce qui concerne le contentieux de la francisation des noms et prénoms dont le contentieux relève, comme celui des décisions de rejet des demandes de changement de nom, du tribunal administratif⁵⁴⁹.

229. En ce qui concerne le nom d'usage, institué par l'article 43 de la loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985⁵⁵⁰ et qui permet à une personne d'ajouter à son nom, à titre d'usage, le nom de celui de ses parents qui ne le lui a pas transmis, le texte ne prévoit pas d'attribution de compétence. Lorsque le demandeur est majeur, le Tribunal de grande instance devrait être compétent en cas de litige. Mais, s'agissant d'un mineur, l'alinéa 2 de l'article 43 de la loi précitée précise que la faculté de prendre un nom d'usage est mise en œuvre par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, ce qui a conduit à lier la compétence en cas de conflits entre les parents, à la compétence en matière d'autorité parentale. Le désaccord des parents devra être tranché par le juge aux affaires familiales.

230. En matière de prénom, la compétence anciennement dévolue au Tribunal de grande instance s'est effacée au bénéfice du juge aux affaires familiales⁵⁵¹ par la loi du 12 mai 2009⁵⁵² comme nous l'avons évoqué dans le chapitre précédent. Le Tribunal de grande instance ne retrouve une compétence résiduelle qu'au cas où le changement de prénom est

⁵⁴⁶ Article 61-1 du Code civil.

⁵⁴⁷ CE, 25 avril 2001, n° 213757, JurisData n° 2001-062289.

⁵⁴⁸ CE, 2^e et 7^e ss-sect. réun., 31 janvier 2014, n° 362444, *Retterer*, D. 2014. 1171, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJDA 2014. 253, et 444, chron. A. Bretonneau et J. Lessi ; AJ fam. 2014. 196, obs. C. Doublein ; RFDA 2014. 387, concl. X. Domino ; RTD civ. 2014. 332, obs. J. Hauser). Le simple motif d'ordre affectif permet donc la remise en cause de l'identité familiale révélée par le nom (déjà, CE 12 décembre 2012, n° 357865, AJDA 2013. 666 ; RTD civ. 2013. 344, obs. J. Hauser).

⁵⁴⁹ CE, 2 octobre 1996, req. n° 174195. – CE, 25 avril 2001, n° 213757, JurisData n° 2001-062289, préc

⁵⁵⁰ Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs, J.O. 24 décembre 1985.

⁵⁵¹ Article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.

⁵⁵² Article 14 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, J.O. du 13 mai 2009.

consécutif à l'autorisation d'un changement de sexe⁵⁵³. En effet, par exception à la règle d'indisponibilité de l'état des personnes, « lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence »⁵⁵⁴. Cette circonstance exceptionnelle permet une modification, sans rétroactivité, des mentions de l'acte d'état civil de la personne en cause relatives à ses prénoms et à son sexe. Une telle demande relève de la compétence du Tribunal de grande instance⁵⁵⁵. La compétence est identique pour le cas de personnes hermaphrodites demandant l'adaptation des mentions de l'état civil à l'orientation sexuelle choisie en fonction leur orientation sexuelle prévisible et concrétisée par une intervention médicale⁵⁵⁶. Le Tribunal de grande instance paraît également compétent en cas d'erreur sur le sexe apparent déclaré dans l'acte de naissance⁵⁵⁷.

3) La formation de l'union

231. Le Tribunal de grande instance a compétence exclusive pour statuer sur les questions relatives à l'existence et à la validité ou à la nullité d'un mariage⁵⁵⁸. L'article 146 du Code civil dispose depuis la loi promulguée le 27 mars 1803 qu'« Il n'y a point de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ». Ainsi, une nullité du mariage a été prononcée pour un époux blessé mortellement par sa femme qui ne l'avait épousé que « dans un esprit de lucre et de cupidité », après n'avoir autorisé la consommation du mariage qu'une fois le jour des noces, pour se refuser ensuite, et qui pensait pouvoir ainsi bénéficier d'un patrimoine

⁵⁵³ Cass. 1re civ., 14 novembre 2006, n° 04-10.058, Bull. civ. 2006, I, n° 478, Montpellier, 18 janvier 2010, JCP 2010 n°24, act. 651 ; RTD civ. 2010, 759, obs. Hauser.

⁵⁵⁴ Cass. Ass. plén. 11 décembre 1992, n° 91-11.900, JurisData n° 1992-002595 ; Bull. civ. 1992, ass. plén., n° 13. – Cass. 1re civ., 18 octobre 1994, n° 93-10.730, RTD civ. 1995, p. 598, obs. J. Hauser.

⁵⁵⁵ Cass. 1re civ., 18 octobre 1994, n° 93-10.730, précité.

⁵⁵⁶ CA Versailles, 22 juin 2000, n° 7799-99, JurisData n° 2000-134595 ; JCP G 2001, II, 10595, note Ph. Guez.

⁵⁵⁷ CA Paris, 8 décembre 1967, JCP G 1968, II, 15518.

⁵⁵⁸ Voir par exemple, Cass. civ., 19 mars 1945, D. 1945, p. 251. – Cass. 1re civ., 28 mai 1991, Bull. civ. 1991, I, n° 169. Cass. 1re civ., 8 juin 1999, n° 97-15.520. – Cass. 1re civ., 28 mars 2006, n° 03-10.072, JurisData n° 2006-032901 ; Bull. civ. 2006, I, n° 184. – Cass. 1re civ., 13 mars 2007, n° 05-16.627, JurisData n° 2007-037901 ; Bull. civ. 2007, I, n° 113, pour un acte transcrit à l'état civil malgré l'opposition du Procureur de la République. – TGI Lille, 1er avril 2008, JurisData n° 2008-366137 ; Dr. famille 2008, comm. 98, note V. Larribau-Terneyre ; Dr. famille 2008, repère 7, note P. Murat ; D. 2008, p. 1389, note P. Labbé. ; Cass. Civ. 1^{re}, 13 février 2013, n° 12-17.645, Dr. fam. 2013. Comm. 49, obs. V. Larribau-Terneyre.

conséquent pour élever un enfant qu'elle avait eu avec un tiers⁵⁵⁹. L'article 180 du Code civil poursuit le raisonnement « Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre, ou par le ministère public. L'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage. S'il y a eu erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage ». L'article 177 du Code civil lui donne également compétence pour connaître des demandes de mainlevée d'opposition à mariage⁵⁶⁰.

232. Le Tribunal de grande instance est à l'heure actuelle seul compétent pour reconnaître l'existence d'un mariage putatif⁵⁶¹, et pour fixer, tant la pension alimentaire qui en résulterait accessoirement, que le sort des enfants, comme le prévoit l'article 202 du Code civil. Mais seul le juge aux affaires familiales pourra ultérieurement modifier la pension et les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Le Tribunal de grande instance est également seul compétent pour voir procéder à la transcription d'un mariage⁵⁶².

233. On rappellera tout de même que le Tribunal de grande instance était compétent en matière de pacte civil de solidarité⁵⁶³. Mais la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, applicable aux demandes formées après le 1er janvier 2010, a transféré la connaissance des demandes relatives aux indivisions entre contractants d'un PACS ou entre concubins au juge aux affaires familiales.

B) Le Tribunal de grande instance et les droits patrimoniaux

234. Le Tribunal de grande instance sous l'empire des lois ne reconnaissant que la famille légitime et la protection et la transmission de la propriété, connaissait de cette protection et de cette transmission. Le transfert au juge aux affaires familiales du droit des régimes matrimoniaux est un signe de l'atténuation de la distinction entre les personnes et les biens, mais la volonté n'a pas été suivie jusqu'à son terme.

⁵⁵⁹ Cass. Civ. 1^{re}, 19 décembre 2012, n° 09-15.606, D. 2013. 85, obs. I. Gallmeister ; AJ fam. 2013. 137, obs. B. de Boysson.

⁵⁶⁰ V. p. ex., JCl. Civil Code, Articles 172 à 179, Fasc. unique, n° 129, par A. Lamboley. – Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2007, n° 05-16.627, JurisData n° 2007-037901 ; Bull. civ. 2007, I, n° 113. – CA Paris, 23 avril 2003, n° 2002/21392, JurisData n° 2003-221399 ; D. 2003, p. 2716, note J.-J. Lemouland

⁵⁶¹ Civ. 1^{re}, 25 septembre 2013, n°12-26.041, Cass. 1^{re} civ., 28 mai 1991, Bull. civ. 1991, I, n° 169

⁵⁶² Article 171-7 du Code civil.

⁵⁶³ V. p. ex., CA Douai, 27 février 2003, n° 02/5614, JurisData n° 2003-264084

235. Le Tribunal de grande instance, juge de la responsabilité civile connaît du contentieux de l'abus dans la désunion (1). Et la particulière technicité du contentieux du droit des successions et des libéralités expliquerait que ce volet de droit patrimonial de la famille échappe au juge aux affaires familiales (2).

1) La rupture abusive

236. La liberté matrimoniale, principe de valeur constitutionnelle⁵⁶⁴, suppose que tout préambule à l'union n'empêche pas les futurs époux de rompre. La rupture des fiançailles, cette « manière de divorce par anticipation »⁵⁶⁵ est donc libre⁵⁶⁶, aucun texte spécifique ne permet au (à la) fiancé(e) déçu(e) de faire valoir devant la justice son chagrin et sa déception. Néanmoins, la jurisprudence permet la possibilité d'octroi de dommages et intérêts lorsque la rupture se révèle fautive. C'est ainsi vers l'article 1382 du Code civil que l'ex-fiancé(e) peut se tourner. Car « tout fait de l'homme causant à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer », énonce l'article précité. La demande de dommages et intérêts suppose de la part de celui qui les demande la preuve d'une faute lors de la rupture de la promesse, notamment lorsque la rupture intervient brutalement à une date proche du mariage⁵⁶⁷. Ce sont les circonstances dans lesquelles la rupture est intervenue qui seront appréciées par les juges du fond, en l'absence de convention, une demande d'indemnité ne saurait être basée sur le seul fait de la rupture.

237. Concernant les cadeaux d'usage, l'article 1088 du Code civil dispose que « toute donation faite en faveur du mariage sera caduque, si le mariage ne n'ensuit pas ». On doit différencier une donation en vue du mariage et de simples cadeaux d'usage, car ces derniers ne donnent pas lieu à restitution, la jurisprudence des juges du fond assimile cadeau d'usage et modicité du don, alors que la donation supposerait une libéralité d'une valeur économique plus conséquente en faveur du mariage projeté. L'article 852 du Code civil énonce à cet effet que « les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'apprentissage, les frais ordinaires d'équipement, ceux de noces et les présents d'usage ne doivent pas être

⁵⁶⁴ DC n° 93-325, 13 août 1993. Journal Officiel 18 Aout 1993, p. 11722. Droit de la famille n° 6, Juin 2000, chron. 14, note J. Descamps : droit reconnu à propos du contrôle de constitutionnalité des lois relative à l'immigration ; 28 janvier 2011 n°2012-261 QPC ; 29 juin 2012, n°2012-260 QPC.

⁵⁶⁵ L. JOSSERAND, « Le problème juridique de la rupture des fiançailles », D. 1927, chron. 24.

⁵⁶⁶ Cass. 1^{re} civ., 4 janvier 1995, n°92-21767, RTD civ. 1995, 604, obs. J. Hauser.

⁵⁶⁷ CA Rouen, 15 juin 2005 RG 03/01005, et CA Aix-en-Provence, 3 mars 2005, RG n°03/07185, Possibilité d'allouer des D&I à une future mariée lorsque abus de droit de la part du futur marié qui a rompu les fiançailles de manière brutale et totalement inexpliquée.

rapportés, sauf volonté contraire du disposant. Le caractère de présent d'usage s'apprécie à la date où il est consenti et compte tenu de la fortune du disposant »⁵⁶⁸.

238. S'agissant du divorce et de la séparation de corps, la compétence traditionnelle du Tribunal de grande instance a disparu au profit du juge aux affaires familiales. Le divorce et la séparation de corps relèvent donc désormais de la compétence du seul juge aux affaires familiales qui, tout en étant un juge délégué du Tribunal de grande instance, dispose de pouvoirs juridictionnels propres, même lorsque le juge aux affaires familiales statue en formation collégiale.

239. Depuis le 1er janvier 2010, le juge aux affaires familiales connaît des demandes relatives au fonctionnement des indivisions entre concubins, de la liquidation et du partage de leurs intérêts patrimoniaux, sauf en cas de décès ou de déclaration d'absence, des actions relatives à la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants⁵⁶⁹. Ce dispositif visant à renforcer et centraliser les compétences entre les mains du juge aux affaires familiales étend à toutes les actions d'ordre patrimonial quel que soit leur fondement juridique la compétence du juge aux affaires familiales sauf contentieux spécialement dévolu à un autre juge⁵⁷⁰ et sauf en cas de décès ou de déclaration d'absence. De même, les actions en responsabilité issues 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. Tout comme pour la rupture des fiançailles, le principe même de la rupture ne peut ouvrir droit à réparation, ce seront les circonstances de la rupture, qui, si elles se révèlent fautives permettront au concubin lésé de fonder une action sur les dispositions de l'article 1382 du Code civil⁵⁷¹.

2) Le droit des successions et des libéralités, une compétence purement patrimoniale

240. Le Tribunal de grande instance est traditionnellement compétent en matière de successions. Cette compétence purement patrimoniale peut étonner puisque le juge aux affaires familiales est compétent dans cette autre matière patrimoniale d'importance, les régimes matrimoniaux. Il est vrai que le juge aux affaires familiales est le juge du couple. Les

⁵⁶⁸ CA Angers, 12 décembre 2000, RG n° 99/01736.

⁵⁶⁹ Article 213-3 du Code de l'organisation judiciaire.

⁵⁷⁰ Par exemple, compétence du juge d'instance en matière de crédit, du tribunal des affaires de la sécurité sociale en matière d'allocations familiales

⁵⁷¹ « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer » ; CA Poitiers, 21 mai 2013 RG n° 12/02583.

régimes matrimoniaux sont inhérents aux époux. Le droit des successions n'est pas l'apanage du couple, mais celui de la famille. Mais de la famille au sens le plus étendu que l'on peut lui donner. Nous avons ainsi affirmé que le juge aux affaires familiales était devenu le juge de la famille, mais la famille entendue dans son sens le plus restreint, intime, c'est-à-dire le couple. Or le droit des successions, matière purement technique, voire arithmétique n'est pas spécialement inhérente au couple, mais à la personne.

241. Cette compétence du Tribunal de grande instance est expressément formulée à l'article R. 211-4, 3° du Code de l'organisation judiciaire⁵⁷², ainsi que par certains textes ponctuels du Code civil⁵⁷³. Il a, par exemple, été jugé que « le Tribunal de grande instance a compétence exclusive pour connaître d'une demande relative au partage d'une succession, telle une demande d'homologation d'un acte de liquidation-partage »⁵⁷⁴. Il statue aussi sur l'existence d'un éventuel recel successoral⁵⁷⁵.

L'article 1391 du Code civil prévoit encore que le contrat de mariage doit déterminer les biens sur lesquels portera la faculté stipulée au profit du survivant et peut fixer des bases d'évaluation et des modalités de paiement, sauf la réduction au profit des héritiers réservataires s'il y a avantage indirect. Et il ajoute que, compte tenu de ces clauses et à défaut d'accord entre les parties, la valeur des biens sera arrêtée par le Tribunal de grande instance

En outre, l'article 1381 du Code de procédure civile dispose que les demandes d'envoi en possession de l'État pour les successions en déshérence⁵⁷⁶, sursis au partage⁵⁷⁷, maintien provisoire de l'indivision⁵⁷⁸, attribution partielle⁵⁷⁹, attribution préférentielle de biens et droits immobiliers à destination agricole⁵⁸⁰, bail rural au bénéfice d'un héritier ou du conjoint survivant⁵⁸¹, attribution préférentielle⁵⁸², annulation de partage⁵⁸³, révocation d'un exécuteur testamentaire⁵⁸⁴ portées devant le Tribunal de grande instance.

242. Plus généralement encore, en matière d'indivision, la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 a conféré une compétence au Tribunal de grande instance pour autoriser

⁵⁷² V. p. ex., Cass. 1re civ., 12 juin 2013, n° 12-18.444, JurisData n° 2013-012085, pour l'action d'un héritier en paiement d'une créance contre la succession

⁵⁷³ Article 727-1 du Code civil pour la déclaration d'indignité d'un héritier.

⁵⁷⁴ Cass. 1re civ., 28 février 2006, n° 03-19.853, JurisData n° 2006-032401 ; Bull. civ. 2006, I, n° 108

⁵⁷⁵ V. p. ex., Cass. 1re civ., 18 avril 1989, n° 97-10.829.

⁵⁷⁶ Article 811 du Code civil.

⁵⁷⁷ Article 820 du Code civil.

⁵⁷⁸ Articles 821 et 821-1 du Code civil.

⁵⁷⁹ Article 824 du Code civil.

⁵⁸⁰ Article 832-1 du Code civil

⁵⁸¹ Article 832-2 du Code civil

⁵⁸² Article 832-3 du Code civil

⁵⁸³ Article 887 du Code civil

⁵⁸⁴ Article 1022 du Code civil

l'aliénation d'un bien indivis, même en cas d'opposition de certains indivisaires⁵⁸⁵. Il est à noter que l'article L. 223-2 du Code de l'organisation judiciaire réserve la compétence du Tribunal d'instance en matière de partage judiciaire dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle.

243. On signalera encore qu'en matière de funérailles, il a été jugé que si le Tribunal d'instance est compétent par exception pour connaître des « contestations sur les conditions des funérailles » en application de l'article 1061-1 du Code de procédure civile, le Tribunal de grande instance est seul compétent pour statuer sur le sort des cendres du défunt après sa crémation⁵⁸⁶.

III : Le président Tribunal de grande instance

244. Le président du Tribunal de grande instance est compétent lorsque les époux séparés de biens ou les couples non mariés ont acquis un ou des biens en indivision pour les actions fondées sur les articles 815-6⁵⁸⁷, 815-7⁵⁸⁸ et 815-9⁵⁸⁹ du Code civil c'est-à-dire l'indivision successorale. Cette compétence est ancienne, issue de la loi n° 76-1286 du 31 décembre 1976 et paraît justifiée par son caractère hautement technique. Le président du Tribunal de grande instance, juge des référés paraît le plus qualifié pour requérir les mesures urgentes de l'article 815-6 du Code civil notamment.

Ainsi, la Cour de cassation a dans un arrêt du 4 décembre 2013 jugé qu'il entre dans les pouvoirs que le président du Tribunal de grande instance tient de l'article 815-6 du Code civil

⁵⁸⁵ Article 815-5-1 du Code civil.

⁵⁸⁶ TGI Créteil, 25 juin 2013, n° 13/04250, JurisData n° 2013-017904. – V. a contrario, Cass. 2e civ., 24 juin 2010, n° 09-12.772, JurisData n° 2010-010462.

⁵⁸⁷ 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. »

⁵⁸⁸ Article 815-7 du Code civil : « Le président du tribunal peut aussi interdire le déplacement des meubles corporels sauf à spécifier ceux dont il attribue l'usage personnel à l'un ou à l'autre des ayants droit, à charge pour ceux-ci de donner caution s'il l'estime nécessaire. »

⁵⁸⁹ Article 815-9 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.

L'indivisaire qui use ou jouit privativement de la chose indivise est, sauf convention contraire, redevable d'une indemnité. »

d'autoriser un indivisaire à conclure seul un acte de vente d'un bien détenu de manière indivise si une telle mesure est justifiée par l'urgence et l'intérêt commun⁵⁹⁰.

245. Néanmoins concernant ses compétences relatives à l'indivision du couple, leur maintien paraît contraire à l'esprit des lois de concentration du contentieux familial.

Ainsi, durant l'instance en divorce, il arrive que l'un des époux requière des mesures urgentes relatives aux biens, pendant la procédure de divorce, s'appuyant en cela sur des textes spécifiques des régimes matrimoniaux⁵⁹¹, demande de séparation de biens judiciaire, règlement anticipé de la créance de participation, *etc.* ou du droit de l'indivision⁵⁹². Il arrive parfois aussi que dans un régime séparatiste, un époux sollicite le paiement d'une créance entre époux, sans attendre le règlement définitif du régime matrimonial. Classiquement, en pareil cas, la compétence exclusive du juge aux affaires familiales en matière de divorce cédait le pas devant la compétence naturelle du Tribunal de grande instance en matière liquidative ou du président du Tribunal de grande instance en matière d'indivision, sous réserve de l'action fondée sur l'article 220-1 du Code civil qui relèverait déjà de la compétence du juge du divorce. La loi du 12 mai 2009 a élargi le bloc de compétences dévolues au juge aux affaires familiales afin d'éviter autant que faire se peut la dispersion du contentieux, qui se retrouve désormais compétent pour connaître « [...] des demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux ». Ce transfert de prérogatives au bénéfice du juge aux affaires familiales s'exerce néanmoins « sous réserve des compétences du président du Tribunal de grande instance », dont on sait qu'elles sont prééminentes en matière d'indivision. L'existence d'une dualité de compétences persiste donc et le risque de voir deux juges saisis apparaît cependant d'autant plus concevable que les époux, quel que soit leur régime matrimonial, se retrouvent en indivision, au plus tard, à compter de l'ordonnance de non-conciliation, dès lors qu'ils ont acquis des biens ensemble. Ces solutions paraissent contraires à l'esprit de la loi qui est de concentrer entre les mains du juge aux affaires familiales l'ensemble des contentieux intéressant les couples mariés.

246. Par ailleurs, le décret du 29 décembre 2009⁵⁹³, prévoit transfert au profit du président du Tribunal de grande instance de la procédure de paiement direct des pensions

⁵⁹⁰ Cass. 1^{re} civ., 4 décembre 2013, n° 12-20.158, JCP N, 2014, n° 19, 1187, n° 6, obs. H. Périnet-Marquet.

⁵⁹¹ Mesures des articles 1426 et 1429 du Code civil.

⁵⁹² Mesures des articles 815-6 et 815-7 du Code civil.

⁵⁹³ Décret n° 2009-1693 du 29 décembre 2009 relatif à la répartition des compétences entre le Tribunal de grande instance et le Tribunal d'instance, J.O. 31 décembre.

alimentaires qui relevait de la compétence du Tribunal d'instance⁵⁹⁴. En effet, bien que sa compétence a été allégée concernant le contentieux de l'exécution suite à la création du juge de l'exécution par la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 à qui est conférée la compétence exclusive en matière d'exécution⁵⁹⁵, le Tribunal d'instance conservait une compétence résiduelle dans certaines matières, dont celle des contestations relatives au recouvrement direct de toute pension alimentaire, prestation compensatoire et subside⁵⁹⁶. En modifiant ainsi l'article 5 du décret n° 73-216 du 1^{er} mars 1973, le présent décret contribue à parfaire le processus de dépouillement initié en 1991⁵⁹⁷.

247. Enfin, une compétence toute particulière appartient au président du Tribunal de grande instance en matière de procréation médicalement assistée. L'article 1157-2 du Code de procédure civile dispose que « Les époux ou concubins qui recourent à une assistance médicale à la procréation nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, prévue à l'article 311-20 du Code civil, y consentent par déclaration conjointe devant le président du Tribunal de grande instance de leur choix ou son délégué, ou devant notaire ».

248. Si le juge de droit commun est le Tribunal de grande instance, le Tribunal d'instance conserve des compétences éparses en droit des personnes et de la famille.

Section 2 : Le Tribunal d'instance

249. Institués par une ordonnance du 22 décembre 1958⁵⁹⁸, les tribunaux d'instance ont une origine historique, le Tribunal d'instance devant beaucoup à son ancêtre, le juge de paix dont la création remontait aux Assemblées révolutionnaires⁵⁹⁹. Le Tribunal d'instance revêt trois caractères essentiels et particuliers. Il constitue d'abord une juridiction civile d'exception, sa nature particulière empêche toute assimilation, il ne peut y avoir qu'une seule juridiction de droit commun et c'est le Tribunal de grande instance. C'est aussi une juridiction de proximité et il est également une juridiction à juge unique. La commission GUINCHARD

⁵⁹⁴ C. DUDIT, M. LE POGAM « Retour sur le décret du 29 décembre 2009 relatif à la répartition des compétences entre le TGI et le TI », Gaz. Pal., 13 avril 2010 n° 103, p. 15

⁵⁹⁵ Article 213-6 du Code de l'organisation judiciaire.

⁵⁹⁶ Ancien article R. 221-8 du COJ.

⁵⁹⁷ La commission GUINCHARD avait envisagé de retirer ce contentieux au Tribunal d'instance pour le donner à un juge de l'exécution mobilier dépendant du Tribunal d'instance. L'idée était de concentrer le contentieux de l'exécution immobilière sur un juge de l'exécution du Tribunal de grande instance et le contentieux de l'exécution mobilière sur un juge de l'exécution Tribunal d'instance.

⁵⁹⁸ Ordonnance n°58-1273.

⁵⁹⁹ J.-P. ROYER, Histoire de la justice en France, PUF, 3^{ème} édition, 1996.

avait proposé de rejeter la structure du tribunal unique de première instance, mais de fusionner la juridiction de proximité avec le Tribunal d'instance et de clarifier la lisibilité de cette juridiction en le déchargeant de certaines missions non juridictionnelles et en la confortant dans les contentieux à faible enjeu financier ou à forte immersion sociale, sans représentation obligatoire⁶⁰⁰, en somme de la pérenniser en raison de la tradition historique, de notre culture judiciaire de maintenir deux juridictions de première instance⁶⁰¹.

250. La compétence du Tribunal d'instance en matière civile doit être entendue largement. Le Code de l'organisation judiciaire distingue et ce, à travers deux articles successifs, une compétence générale en matière personnelle ou mobilière à l'article L. 221-4, et des compétences particulières fixées par voie réglementaire à l'article L. 221-5. Le juge d'instance jouit de compétences dans divers domaines, nous pourrions citer à titre d'exemple les actions aux fins de détermination de l'indemnisation en suite de la chute d'aéronefs étrangers sur le sol français⁶⁰² ou encore le pouvoir de suspension d'un permis de chasse⁶⁰³. Cette diversité n'est que le prolongement de l'hétérogénéité des compétences déjà relevée à propos du Tribunal d'instance lui-même. Ce tribunal apparaît comme « la juridiction à tout faire de notre organisation judiciaire »⁶⁰⁴. Sa nature particulière a de ce fait entraîné le souhait de sa suppression⁶⁰⁵ qui pourtant résiste. Il incarne la justice du quotidien. Ainsi, le Tribunal d'instance jouit ainsi d'une compétence, très parcellaire, en matière de contentieux intéressant les personnes et la famille. Le juge du Tribunal d'instance assume des attributions extra juridictionnelles (I) et extra judiciaires (II).

I : Les attributions extra juridictionnelles

251. Au titre des attributions extra juridictionnelles assumées par le juge du Tribunal d'instance, figurent quelques attributions relatives au statut des personnes. Le juge du Tribunal d'instance est en effet investi de compétences particulières consistant, tantôt à dresser des actes de notoriété tantôt à procéder, dans des circonstances exceptionnelles, à la réception de testaments.

252. Il est dévolu au juge d'instance le pouvoir de dresser, en différentes

⁶⁰⁰ S. GUINCHARD (dir.), « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », La documentation Française, 2008, coll. des rapp. officiels, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000392>, proposition n°1, 9, 36, 39 et 40 à 43.

⁶⁰¹ S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER (dir.), « Institutions juridictionnelles », 13^{ème} édition, Dalloz, 2015, p. 488.

⁶⁰² Article R. 123-9 *in fine* du Code de l'aviation.

⁶⁰³ Article L. 428-15 et suivants du Code de l'environnement.

⁶⁰⁴ L. CADIET, *op. cit.*

⁶⁰⁵ VARAUT, « Faut-il supprimer les tribunaux d'instance ? », Gaz. Pal. 1997, p. 895.

hypothèses, certains actes de notoriété. Ce faisant, le juge d'instance exerce une compétence qui consiste à constater une situation de fait. Il en va ainsi en matière de possession d'état⁶⁰⁶. On sait qu'elle constitue un mode autonome d'établissement de la filiation, que celle-ci soit issue du mariage ou hors mariage.

253. Le juge du Tribunal d'instance a compétence pour recevoir des testaments dans certaines circonstances limitativement énumérées par le Code civil, en ses articles 985 et 986. Le juge d'instance est alors appelé à se substituer au notaire, officier public, dans la réception des testaments. Ainsi, l'article 985 du Code civil envisage-t-il le cas d'une communication localement impossible en raison d'une maladie contagieuse : « Les testaments faits dans un lieu avec lequel toute communication est impossible à cause d'une maladie contagieuse peuvent être faits par toute personne atteinte de cette maladie ou située dans des lieux qui en sont infectés, devant le juge d'instance ou devant l'un des officiers municipaux de la commune, en présence de deux témoins ». De plus, selon l'article 986 du Code civil, lorsque, « Les testaments faits dans une île du territoire métropolitain ou d'un département d'outre-mer, où il n'existe pas d'office notarial, peuvent, lorsque toute communication avec le territoire auquel cette île est rattachée est impossible, être reçus dans les formes prévues à l'article 985. L'impossibilité des communications est attestée dans l'acte par le juge d'instance ou l'officier municipal qui reçoit le testament ». On soulignera qu'il a été jugé que l'article 986 ancien n'était pas applicable en Polynésie française⁶⁰⁷.

En outre, les contestations relatives aux conditions des funérailles qui relèvent de la compétence du Tribunal d'instance⁶⁰⁸ et ce, à charge d'appel⁶⁰⁹. Cette compétence spéciale doit être entendue strictement : ainsi, la demande d'autorisation d'ouverture d'une sépulture en vue du transfert d'une dépouille mortelle n'entre-t-elle pas dans le champ de compétence du Tribunal d'instance⁶¹⁰.

II : Les attributions extrajudiciaires

254. Les attributions extrajudiciaires du Tribunal d'instance sont assez nombreuses et diversifiées. Ce sont généralement les greffiers en chef des tribunaux d'instance qui sont

⁶⁰⁶ Article 317 du Code civil « 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.

⁶⁰⁷ CA Papeete, 23 octobre 1997, Dr. fam. 1998. Comm. 127, note Beignier.

⁶⁰⁸ Article R. 221-7 du Code de l'organisation judiciaire ; A.-M. LEROYER, « Juridictions, compétences civiles », RTD Civ. 2005, p. 662 ; Décret n° 2005-460 du 13 mai 2005 relatif aux compétences des juridictions civiles, à la procédure civile et à l'organisation judiciaire J.O. 14 mai 2005.

⁶⁰⁹ Article 221-3 du Code de l'organisation judiciaire.

⁶¹⁰ TI Saint-Girons, 12 juin 1986, Gaz. Pal. 1987. 1. Somm. 37

compétents pour l'exercice même de ces attributions extrajudiciaires et certaines sont relatives au droit des personnes, il s'agit précisément d'attributions relatives à la nationalité française (A), et au pacte civil de solidarité (B)

A) La nationalité française

255. Pour les questions relevant du droit de la nationalité française, la compétence du greffier en chef du Tribunal d'instance concerne soit la réception des déclarations de nationalité française, soit la délivrance des certificats de nationalité française. Selon les modalités de l'alinéa premier de l'article 26 du Code civil, si la déclaration de nationalité française souscrite en raison du mariage avec un conjoint français est reçue par le représentant de l'État dans le département où, à Paris, le préfet de police, ou par le consul, toutes autres déclarations de nationalité souscrites en France sont, quant à elles, reçues par le greffier en chef du Tribunal d'instance.

256. La déclaration de nationalité française doit être enregistrée par le greffier en chef du Tribunal d'instance, et ce à peine de nullité⁶¹¹. Une fois enregistrée, copie de la déclaration est remise au déclarant revêtue de la mention de l'enregistrement⁶¹² et la déclaration prend effet au jour où elle a été souscrite⁶¹³. Cependant, si les déclarations ne satisfont pas aux conditions légales, le greffier en chef du Tribunal d'instance doit refuser d'enregistrer les déclarations et sa décision motivée doit être notifiée au déclarant qui pourrait la contester devant le Tribunal de grande instance durant un délai de six mois⁶¹⁴. Le siège et le ressort des tribunaux d'instance compétents pour recevoir et enregistrer les déclarations de nationalité française sont fixés par décret⁶¹⁵.

257. La délivrance des certificats de nationalité française à toute personne qui justifie de cette nationalité est de la compétence du greffier en chef du Tribunal d'instance. L'article 31 du Code civil, qui fonde cette compétence, précise que ce greffier en chef « a seul qualité » pour effectuer cette délivrance : cela signifie qu'il s'agit là d'une compétence exclusive. Le siège et le ressort des tribunaux d'instance compétents pour délivrer ces certificats sont, par ailleurs, fixés par décret⁶¹⁶. Concernant la compétence territoriale, lorsque le demandeur est domicilié en France, c'est le greffe du Tribunal d'instance dans le ressort

⁶¹¹ Article 26-1 du Code civil.

⁶¹² Article 26-4 du Code civil.

⁶¹³ Article 26-5 du Code civil.

⁶¹⁴ Article 26-3 du Code civil.

⁶¹⁵ Article 26-2 du Code civil.

⁶¹⁶ Article 31-1 du Code civil.

duquel son domicile est situé qui est compétent. Lorsque le demandeur, né en France, réside à l'étranger, c'est le greffe du Tribunal d'instance de son lieu de naissance qui est compétent. Enfin, lorsque le demandeur est né et réside à l'étranger, c'est le greffe du Tribunal d'instance du premier arrondissement de Paris qui doit être saisi⁶¹⁷.

B) Le Pacte civil de solidarité

258. Le pacs est un contrat resté longtemps à la périphérie du droit des personnes⁶¹⁸. La loi du 12 mai 2009 l'a fait entrer dans le droit de la famille en confiant au juge aux affaires familiales ses effets. Mais le greffe du Tribunal d'instance est néanmoins investi d'une compétence en matière de pacte civil de solidarité. Celle-ci concerne tant la conclusion, que la modification et la rupture du pacte civil de solidarité⁶¹⁹. Cette compétence du greffe du Tribunal d'instance en matière de pacte civil de solidarité a été instituée dès la création de ce pacte par la loi n° 99-944 du 15 décembre 1999⁶²⁰, sous réserve de la compétence des notaires.

259. Il appartient au greffier du Tribunal d'instance dans le ressort duquel les partenaires fixent leur résidence commune de procéder à l'enregistrement de la déclaration⁶²¹. Les personnes qui concluent un pacte civil de solidarité en font la déclaration conjointe au greffe du Tribunal d'instance dans le ressort duquel elles fixent leur résidence commune ou, en cas d'empêchement grave à la fixation de celle-ci, dans le ressort duquel se trouve la résidence de l'une des parties⁶²². Il est cependant prévu que le greffier du Tribunal d'instance doit se transporter au domicile ou à la résidence de l'une des parties, en cas d'empêchement grave⁶²³. Le greffier a pour rôle d'enregistrer la déclaration conjointe des parties et de faire procéder aux formalités de publicité⁶²⁴. Mais il n'assure pas qu'une simple mission d'enregistrement, il pourrait être amené à déclarer irrecevable une déclaration pour absence de production de la convention ou parce que l'une des parties ne remplit pas les conditions de capacité. L'enregistrement du PACS vise aussi à assurer le respect de l'ordre public relatif à

⁶¹⁷ Article R. 221-52 du Code de l'organisation judiciaire.

⁶¹⁸ J.-J. LEMOULAND, « Compétence du Tribunal de grande instance pour statuer sur les conséquences de la rupture du PACS », D. 2004, p. 2969.

⁶¹⁹ Article 515-3 du Code civil.

⁶²⁰ Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, J.O. 16 novembre.

⁶²¹ Décret n°2006-1806 du 23 décembre 2006 relatif à la déclaration, la modification, la dissolution et la publicité du PACS, JO 31 décembre 2006. Sur l'enregistrement depuis la loi du 28 mars 2011 par un notaire, décret n°2012-966 du 20 août 2012 relatif à l'enregistrement de la déclaration, de la modification et de la dissolution du PACS reçu par un notaire.

⁶²² Article 515-3 al. du Code civil.

⁶²³ Article 515-3, al. 2 du Code civil.

⁶²⁴ Article 515-3, al. 4 du Code civil.

l'état des personnes⁶²⁵. Toute contestation devra être portée devant le président du Tribunal de grande instance ou à son délégué statuant en la forme des référés⁶²⁶. Le greffier n'a en revanche aucun pouvoir d'appréciation quant au contenu de la convention. Lorsque des partenaires souhaitent modifier la convention de pacte civil de solidarité qui les lie, ils doivent remettre ou adresser leur convention modificative au greffe du Tribunal d'instance qui a reçu la convention initiale, aux fins d'enregistrement⁶²⁷. Enfin, le greffe du Tribunal d'instance du lieu d'enregistrement du pacte civil de solidarité a également compétence en cas de rupture dudit pacte, qu'il s'agisse d'une rupture par décès ou d'une rupture volontaire. En cas de rupture du pacte par décès ou mariage de l'un des partenaires, c'est l'officier d'état civil compétent qui informera le greffier du Tribunal d'instance du lieu d'enregistrement du pacte : ledit greffier enregistrera la dissolution et fera procéder aux formalités de publicité⁶²⁸. Si la rupture est volontaire, elle imposera, suivant les cas, que soit remise ou adressée au greffe du Tribunal d'instance du lieu d'enregistrement du pacte : soit, en cas de rupture d'un commun accord, la déclaration conjointe des partenaires ; soit, en cas de rupture unilatérale par l'un des partenaires, copie de la signification que ce dernier a adressée à l'autre⁶²⁹.

260. La loi de simplification du droit et d'allègement des procédures n'aura pas remis en cause la compétence du Tribunal d'instance, toutefois, la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011⁶³⁰ est venue permettre aux officiers publics de procéder à la réception, sous forme notariée, des conventions de pacte civil de solidarité. Dans cette éventualité, les notaires procéderont également à l'enregistrement de ces conventions et feront procéder aux formalités de publicité requises par la loi⁶³¹. Le notaire assume alors un rôle strictement équivalent à celui du greffier du Tribunal d'instance. Le but affiché étant de contribuer à décharger, au moins partiellement, les greffes des tribunaux d'instance des demandes d'enregistrement de pactes civils de solidarité. La volonté de déjudiciarisation est souvent invoquée afin de recentrer les auxiliaires de justices sur des « tâches » plus complexes. Le souhait de recentrer le juge sur son cœur de métier est aussi invoqué pour les greffiers.

261. Au-delà des attributions qu'il exerce au titre de la juridiction le juge du Tribunal d'instance incarne également une juridiction à part entière et spécialisée, ainsi peut-il

⁶²⁵ X. LABBÉE, « PACS, quelle finalité ? Quelle réforme ? » AJ fam. 2004, p. 257.

⁶²⁶ Décret 23 décembre 2006 précité, article 1^{er}.

⁶²⁷ Article 515-3 alinéa 6 du Code civil.

⁶²⁸ Article 515-7 alinéa 2 du Code civil.

⁶²⁹ Article 515-7, al. 4 et 5 du Code civil.

⁶³⁰ Loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées, J.O. 29 mars 2011.

⁶³¹ Article 515-3 alinéa 5 du Code civil.

statuer en qualité de juge des tutelles des majeurs.

Section 3 : Le juge des tutelles

262. On assiste en droit contemporain à une imbrication des intérêts familiaux et patrimoniaux, la distinction entre les personnes et les biens est de plus en plus atténuée. Le regroupement des questions extrapatrimoniales et patrimoniales permettrait de valoriser la fonction de juger les litiges familiaux⁶³². Comme nous l'avons vu dans le précédent chapitre, le juge aux affaires familiales dispose d'un large éventail de compétences, notamment concernant le contentieux patrimonial et plus spécifiquement concernant le régime de protection des mineurs.

263. Or, le regroupement de compétences est incomplet puisque le juge des tutelles conserve le monopole du contentieux de l'incapacité des majeurs. Nous pouvons justifier cette compétence en opérant un rapprochement avec le juge des enfants. En effet, juge des tutelles et juge des enfants sont des juges spécialisés dont la spécialisation repose sur la personne du justiciable considéré. Enfant en danger pour le juge des enfants, majeurs vulnérables pour le juge d'instance. Ce mouvement se généralise d'ailleurs à toute la justice familiale, la prise en compte de la personne, en tant que telle, sa protection est liée à la spécialisation du juge.

264. Selon certains « ce juge tend à constituer une juridiction, sinon autonome, du moins distincte du tribunal dont il est d'ailleurs l'un des éléments »⁶³³.

265. Installé par la loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964, le juge des tutelles vit son office croître avec les lois n° 68-5 du 3 janvier 1968⁶³⁴ et n° 77-1447 du 28 décembre 1977 qui étendirent sa compétence d'attribution à l'ouverture, au fonctionnement et à la mainlevée des mesures d'incapacités des majeurs et à la constatation de la présomption d'absence⁶³⁵.

La première avait réformé l'administration légale et la tutelle des mineurs, en créant notamment un juge spécialisé, le juge des tutelles rattaché au Tribunal d'instance, les deux autres organisaient, sous le contrôle de ce juge récemment créé, pour l'une, la gestion des prestations sociales dans certaines hypothèses et, pour l'autre, la mise en œuvre et le suivi de la protection des majeurs vulnérables. Tant les règles de procédure que les règles de droit

⁶³² M.-T. MEULDERS-KLEIN, « L'autonomie judiciaire du contentieux familial – Identification et délimitation d'un besoin », in XIe journées d'études juridiques Jean Dabin, L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économiques, social et familial – Approche comparative, Bruylant, Bruxelles, 1984, pp. 957-976.

⁶³³ M. DOUCHY-OUDOT, « Tribunal d'instance, Juge des tutelles », J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 320.

⁶³⁴ Loi n°68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, JO 4 janvier 1968, p. 114.

⁶³⁵ Article L. 221-9 du Code de l'organisation judiciaire.

substantiel, en particulier en ce qui concerne la gestion du patrimoine, sont très largement communes⁶³⁶. La réforme de 1968 initiée par le doyen CARBONNIER demeura le droit positif jusqu'à la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs⁶³⁷. Ces deux lois poursuivaient le même objectif, à savoir pour reprendre l'expression du doyen CARBONNIER, « protéger le faible sans jamais le diminuer »⁶³⁸.

266. Deux types de magistrats jouent un rôle essentiel pour les mesures de protection civiles, le juge des tutelles et le procureur de la République. Tous deux ont une mission de surveillance générale des mesures de protection des majeurs⁶³⁹, ce qui les oblige, comme le représentant de l'État dans le département⁶⁴⁰, à exercer un contrôle de l'activité des mandataires judiciaires à la protection des majeurs (MJPM)⁶⁴¹. Le juge des tutelles dans son rôle de protecteur des majeurs vulnérables (I) est le véritable « homme orchestre » des procédures judiciaires de protection des majeurs⁶⁴², il applique une procédure propre à sa matière (II).

I : Le rôle protecteur du juge des tutelles

267. Traditionnellement, le juge des tutelles est associé aux personnes vulnérables. Vulnérable provient de *vulnus* qui signifie blessure, atteinte morale. La vulnérabilité est associée au risque⁶⁴³, une « disponibilité à la blessure »⁶⁴⁴. Une personne peut être rendue vulnérable par son âge, sa santé, une altération de ses facultés mentales ou physiques ou blessée par les circonstances de la vie⁶⁴⁵. Associée au domaine juridique, la vulnérabilité évoque la situation d'une personne faible que le droit entend protéger de manière

⁶³⁶ A. CARON-DÉGLISE, T. VERHEYDE, « La nouvelle juridiction des tutelles : entre scission et rattachement au Réseau Famille » AJ fam. 2008 p. 324.

⁶³⁷ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, J.O. du 7 mars 2007.

⁶³⁸ T. FOSSIER, « L'objectif de la réforme du droit des incapacités, protéger sans jamais diminuer », Defrénois 2005, n°38076, p. 3.

⁶³⁹ Articles 416 et 417 du Code civil.

⁶⁴⁰ Article L. 472-10 du Code de l'action sociale et des familles, al. 1^{er}. - G. LESIGNE « Le rôle du parquet dans la protection des personnes vulnérables » AJ fam. 2014, p. 170.

⁶⁴¹ Sur le statut des mandataires judiciaires à la protection des majeurs (MJPM), v. les actes du Colloque de Caen, A. Bateur, L. Mauger-Vielpeau et G. Raoul-Cormeil, dir., in Dr. fam. décembre 2012, études 12 à 17, p. 13 à 34

⁶⁴² N. PETERKA, A. CARON-DÉGLISE, F. ARBELLOT, « Dalloz référence, Droit des tutelles » 2014/2015, n°01.12.

⁶⁴³ E. PAILLET, « Avant-propos », in Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne, E. Paillet, P. Richard (dir.), Bruylant, 2012, p. 5.

⁶⁴⁴ S. LAUGIER, « Tous vulnérables, Le care, les animaux et l'environnement », Petite bibliothèque Payot, éd. Payot et Rivages, 2012.

⁶⁴⁵ F. ROUVIÈRE, (dir.), « Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité », Bruylant 2011, p. 5.

spécifique⁶⁴⁶, à l'aide notamment du droit des tutelles. Cette protection qui dans son sens premier évoque la défense contre un danger, évoque dans un seconde acception la promotion de la capacité de la personne à protéger, le respect de son autonomie et de sa volonté.

268. À ces fins, la protection des majeurs est essentiellement judiciaire, prioritairement familiale et toujours protectrice des libertés individuelles. La protection de la personne, elle-même en est la principale motivation. Comme cela était exigé sous l'empire de l'ancienne juridiction des tutelles, il est de principe que tout Tribunal d'instance doit assurer au justiciable l'accès au juge des tutelles des majeurs. Ainsi, d'après le Code de l'organisation judiciaire, « au sein du Tribunal d'instance, un ou plusieurs juges exercent les fonctions de juge des tutelles des majeurs »⁶⁴⁷. Encore convient-il de préciser que, depuis la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009⁶⁴⁸, 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 ». La loi précitée du 12 mai 2009 a, corrélativement, dessaisi l'ancien juge des tutelles de la compétence relative à la protection des mineurs, désormais confiée au juge aux affaires familiales⁶⁴⁹. C'est là la consécration d'une proposition issue du rapport établi par la commission GUINCHARD. Il est apparu pertinent en effet de regrouper l'ensemble des compétences intéressant la famille — couple et enfant — entre les mains de sa juridiction naturelle, soit précisément au profit du juge aux affaires familiales⁶⁵⁰.

269. La fonction est réellement spécialisée dans les tribunaux disposant de plusieurs juges placés sous l'autorité d'un juge directeur et dont l'un au moins est en charge du service des tutelles⁶⁵¹. Le Code de l'organisation judiciaire précise l'étendue de cette compétence matérielle qu'a largement renouvelée la réforme du dispositif de protection des majeurs réalisée par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007⁶⁵², complétée par le décret n° 2008-1276 du 5 décembre 2008⁶⁵³. L'ensemble du dispositif de protection des majeurs relève de la

⁶⁴⁶ *Ibid.*

⁶⁴⁷ Article L. 221-3 du Code de l'organisation judiciaire.

⁶⁴⁸ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures JO 13 mai 2009.

⁶⁴⁹ CARON-DEGLISE et VERHEYDE, La nouvelle juridiction des tutelles : entre scission et rattachement au Réseau Famille, AJ fam. 2008. 324. - V. sur la mise en oeuvre, un temps reportée, de ce transfert de compétences et les mesures de transition qui furent en conséquence nécessaires, DOUCHY-OUDOT, Tutelle, Procédures février 2010. Comm. 39.

⁶⁵⁰ Commission Guichard....

⁶⁵¹ Article R. 222-2 du Code de l'organisation judiciaire

⁶⁵² Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs JO 7 mars 2007.

⁶⁵³ Décret n° 2008-1276 du 5 décembre 2008, relatif à la protection juridique des mineurs et des majeurs et modifiant le Code de procédure civile J.O. du 7 décembre 2008 ; - V., sur ce texte, T. FOSSIER, « Protection juridique des mineurs et des majeurs, à propos du décret du 5 décembre 2008 modifiant le Code de procédure civile », JCP 2008. Actu. 732. - O. SALATI, « Présentation du décret n° 2008-1276 du 5 décembre 2008 relatif à la protection juridique des mineurs et des majeurs et modifiant le Code de procédure civile », Procédures, février 2009.

compétence matérielle du juge des tutelles des majeurs. Ce dernier doit ainsi connaître de la sauvegarde de justice, de la curatelle, de la tutelle des majeurs ainsi que des mesures d'accompagnement judiciaire⁶⁵⁴. Il lui appartient d'instruire toutes les demandes de protection, de décider de la mesure qu'il estime la plus adaptée à la situation, d'en assurer ensuite le suivi et le cas échéant d'y mettre fin. Ce juge d'instance est généralement saisi par requête remise ou adressée au greffe de la juridiction.⁶⁵⁵ Quant à la compétence territoriale du juge des tutelles des majeurs, il est de principe que le juge compétent soit celui du lieu de la résidence habituelle de la personne à protéger ou protégée, ou encore celui du lieu du domicile du tuteur⁶⁵⁶.

270. Le juge des tutelles joue un rôle important dans la protection des majeurs car une fois saisi par simple requête, il lui appartient de constater l'altération des facultés mentales conformément à l'article 425 du Code civil, même s'il doit s'en tenir à une stricte application du principe de subsidiarité et de nécessité des mesures judiciaires⁶⁵⁷. Il autorise les actes soumis à son pouvoir de contrôle, mais il exerce aussi une surveillance générale des mesures de protection dans son ressort et peut visiter ou faire visiter les personnes protégées et convoquer les personnes chargées de la protection et révoquer un mandataire. Plus largement, le juge des tutelles gère le dossier du majeur protégé en procédant, le cas échéant, à des actes que l'on a pu apparenter à des mesures d'instruction caractérisées par leur grande souplesse et qui sont destinées à lui permettre d'orienter au mieux la procédure, en fonction, notamment, de l'évolution des facultés mentales de la personne, critère initial et essentiel de sa saisine.

271. La compétence du Tribunal d'instance s'étend à l'ensemble de la matière de la protection patrimoniale des majeurs et des mesures de protection juridique⁶⁵⁸ y compris, à la procédure civile et à l'organisation judiciaire⁶⁵⁹, les mesures de sauvegarde entre époux lorsque l'un d'eux est hors d'état de manifester sa volonté⁶⁶⁰. Ainsi, depuis l'entrée en vigueur du décret n° 2005-460 du 13 mai 2005, le juge des tutelles est compétent pour connaître des demandes d'autorisation et d'habilitation prévues par les articles 217 et 219 du

⁶⁵⁴ Article L. 221-9, 1o du Code de l'organisation judiciaire.

⁶⁵⁵ Article 1217 du Code de procédure civile.

⁶⁵⁶ Article 1211 du Code de procédure civile

⁶⁵⁷ Article 428 du Code civil.

⁶⁵⁸ Article 415 du Code civil.

⁶⁵⁹ Depuis le décret n° 2005-460 du 13 mai 2005 relatif aux compétences des juridictions civiles, D. n° 2005-460, 13 mai 2005, J.O. du 14 Mai 2005.

⁶⁶⁰ Articles 217 et 219 du Code civil, article 1286 du Code de procédure civile.

Code civil⁶⁶¹ lorsqu'un époux est hors d'état de manifester sa volonté et qu'il convient de passer un acte pour lequel son concours ou son consentement est requis⁶⁶² ou lorsqu'il est nécessaire, pour la même raison, d'habiliter un époux à représenter son conjoint défaillant, d'une manière générale ou pour certains actes particuliers⁶⁶³, l'époux saisit le juge d'une demande instruite et jugée selon les règles fixées par l'article 1289-1 du Code de procédure civile. L'article 1286 alinéa 2 du Code de procédure civile dispose à cette fin 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 ». La cour d'appel de Montpellier a rappelé cette règle : « L'habilitation judiciaire d'un époux à gérer conjointement les comptes bancaires ouverts au titre de la communauté au seul nom de son conjoint, qui aboutit à une gestion exclusive de la communauté par un seul des époux par substitution de l'autre et non à une autorisation de gestion conjointe, ne peut être autorisée conformément aux articles 1286 et suivants du Code de procédure civile que par le Tribunal de grande instance ou, le cas échéant lorsque l'époux est hors d'état de manifester sa volonté et que l'action est fondée sur les articles 217 et 219 du Code civil, par le juge des tutelles. C'est donc à tort, et en méconnaissance de cette compétence d'attribution, que le président du TGI a accordé l'autorisation sollicitée »⁶⁶⁴.

272. Le juge des tutelles semble être le mieux placé pour apprécier l'opportunité de s'en tenir aux sauvegardes conjugales plutôt que de mettre en place un régime spécial de protection des majeurs. Est donnée compétence à un seul juge lorsque la situation d'un époux est telle qu'elle relève à la fois des mesures de crise du droit des régimes matrimoniaux et de la protection des personnes majeures. Il avait ainsi été jugé qu'un époux puisse invoquer l'état mental ou l'aliénation mentale de son conjoint qui empêche ce dernier de passer un acte, sans qu'il soit nécessaire, dans tous les cas, d'obtenir au préalable l'autorisation du juge des tutelles ou la mise en œuvre de telle ou telle procédure destinée à assurer la protection du majeur à protéger⁶⁶⁵. La compétence du juge des tutelles permet de simplifier la procédure⁶⁶⁶ et c'est la raison pour laquelle le juge aux affaires familiales ne sera pas compétent même si les mesures de crise conjugales sont connues de lui.

⁶⁶¹ Article 418 du Code civil : Et qui doivent s'appliquer prioritairement à toute mesure de protection judiciaire par application du principe de subsidiarité ; Cass. 1re civ., 1er février 2012, n° 11-11.346 : JurisData n° 2012-001235 ; Bull. civ. 2012, I, n° 19.

⁶⁶² Article 217 du Code civil.

⁶⁶³ Article 219 du Code civil

⁶⁶⁴ CA Montpellier, 26 mars 2009, RG n° 08/04730 , JurisData n° 2009-007451.

⁶⁶⁵ TGI Nevers, 29 novembre 1972 , D. 1973, p. 415, note G. A. ; RTD civ. 1974, p. 396, obs. R. Nerson.

⁶⁶⁶ N. COUZIGOU-SUHAS, Y. LE LEVIER, Les habilitations judiciaires entre époux : une figure libre d'assistance à la personne vulnérable à promouvoir, AJ fam. 2006, p. 198

273. Plus spécialement, mais de façon complémentaire, le juge des tutelles est également compétent en ce qui concerne les actions relatives à l'exercice du mandat de protection future⁶⁶⁷. Sa compétence s'étend encore aux mesures d'habilitation et de représentation judiciaires qu'un époux peut solliciter dans le cadre de son régime matrimonial pour faire face, notamment, à l'incapacité de son conjoint et aux conséquences de celle-ci sur la gestion des biens du couple, au titre du régime matrimonial primaire⁶⁶⁸, ainsi que sur le fondement des règles propres au régime de la communauté légale⁶⁶⁹.

274. Le juge des tutelles est compétent en outre pour les demandes relatives à la présomption d'absence⁶⁷⁰ et le juge compétent sera celui du Tribunal d'instance du lieu où demeure l'intéressé ou qui a été celui de sa dernière résidence avant sa dernière apparition ou ses dernières nouvelles⁶⁷¹. Si l'on est dans l'ignorance de cette dernière résidence ou encore si l'intéressé n'avait pas de résidence connue en France au moment où survient l'incertitude sur son existence ou sa non-existence actuelle, sera compétent le juge des tutelles du Tribunal d'instance du lieu où demeure le demandeur⁶⁷². La procédure de déclaration d'absence reviendra au juge de l'état des personnes, le Tribunal de grande instance.

II : La procédure devant le juge des tutelles

275. La procédure devant le juge des tutelles est gracieuse⁶⁷³. L'exercice de la juridiction gracieuse par le juge des tutelles a cette spécificité qu'elle comprenne plusieurs types d'actes ou de décisions. En effet, le juge des tutelles prend de nombreuses décisions par des actes qui sont de pure administration judiciaire, d'autres qui relèvent à proprement parler de décisions de juridiction gracieuse, et enfin des actes mixtes dont on ne peut pas dire *a priori* qu'ils ont une nature d'acte d'administration judiciaire ou s'ils relèvent de la juridiction gracieuse.

⁶⁶⁷ Article 477 et suivant du Code civil.

⁶⁶⁸ Article 217 et 219 du Code civil.

⁶⁶⁹ Article 1426 et 1429 du Code civil.

⁶⁷⁰ Article 112 du Code civil, article 1062 du Code de procédure civile.

⁶⁷¹ Article 1062 du Code de procédure civile.

⁶⁷² Alinéa 2 de l'article 1062 du Code de procédure civile.

⁶⁷³ La procédure devant le juge des tutelles obéit aux règles générales en matière de juridiction gracieuse ajoutées à celles du chapitre X du titre 1er du livre 3 du Code de procédure civile consacré aux mesures de protection et des majeurs, auquel il est également fait renvoi en matière d'absence. ; G. RAOUL-CORMEIL, « Nature juridique de la procédure devant le juge des tutelles » AJ fam. 2014 p148.

276. Ainsi, « en matière gracieuse, la demande est formée par requête »⁶⁷⁴. La procédure devant le juge des tutelles obéit aux règles générales en matière de juridiction gracieuse ajoutées à celles du chapitre X du titre 1er du livre 3 du Code de procédure civile consacré aux mesures de protection des mineurs et des majeurs, auquel il est également fait renvoi en matière d'absence⁶⁷⁵. L'article 1217 du Code de procédure civile accorde aux parties l'option d'adresser leur requête au greffe du Tribunal d'instance ou de la lui remettre en mains propres. Une fois l'instance introduite, le juge dispose de prérogatives plus étendues qu'en matière contentieuse⁶⁷⁶. L'accroissement de ses pouvoirs s'explique par l'absence de contradicteur⁶⁷⁷ même si une évolution tend à ce que la personne à protéger ait plus d'autonomie dans l'ouverture de la procédure. Le juge des tutelles peut entendre toute personne et se fonder sur des faits non allégués par le requérant. Le juge des tutelles peut ordonner toutes mesures d'instruction opportunes et il peut ordonner une expertise médicale pour compléter le certificat médical circonstancié de carence⁶⁷⁸. Mais surtout, la personne à protéger est elle-même entendue. L'on pourrait même dire que la procédure change de nature, l'évolution se fait vers plus de contentieux. Il y a de plus en plus de contradictoire. L'audition du majeur à protéger étant nécessaire, le juge des tutelles peut ainsi se déplacer à l'hôpital si besoin est, en établissement d'accueil pour personnes âgées ou à domicile⁶⁷⁹.

277. Le juge des tutelles rend son jugement hors la présence du public, la matière gracieuse permettant de déroger au principe de la publicité des débats. Toutefois, la notification du jugement d'ouverture permet de faire connaître cette décision à tous les intéressés, au majeur protégé, à moins que cela ne porte préjudice à sa santé, au requérant ainsi qu'à toute personne que le juge estime devoir être informée et qu'il désigne parmi les personnes visées à l'article 430 du Code civil⁶⁸⁰. Les membres de la famille et de l'entourage du majeur protégé qui ne sont pas intervenus à l'instance sont habilités à interjeter appel⁶⁸¹, mais la notification de la décision permet de faire courir le délai d'appel de quinze jours à compter de la notification plutôt qu'à compter du jugement⁶⁸². La signification du jugement

⁶⁷⁴ Article 60 du Code civil.

⁶⁷⁵ Article 1063 du Code de procédure civile.

⁶⁷⁶ G. RAOUL-CORMEIL, « Nature juridique de la procédure devant le juge des tutelles » *op. cit.*

⁶⁷⁷ V. spéc. L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Lexisnexis, coll. « Manuel », 8^e éd., 2013, n° 662.

⁶⁷⁸ Douai, 11 janvier 2013, n° 12/05941, D. 2013. 2196, obs. J.-J. Lemoulant, D. Noguéro et J.-M. Plazy ; AJ fam. 2013. 136, obs. G. Raoul-Cormeil; RTD civ. 2013. 348, obs. J. Hauser. - Adde, D. Noguéro, Le certificat médical circonstancié, RRJ 2011. 1227

⁶⁷⁹ Article 1220-1 du Code de procédure civile

⁶⁸⁰ Article 1230-1 du Code de procédure civile

⁶⁸¹ Article 1239, alinéa 2. Du Code de procédure civile. Mais seul le requérant peut interjeter appel d'un jugement qui a refusé d'ouvrir une mesure de protection, v. article 1239-2 du même Code.

⁶⁸² Articles 1239, al. 3 et 1241 du Code de procédure civile.

n'est pas nécessaire. Une notification suffit, tel l'envoi du jugement, à la diligence du greffe, par lettre recommandée avec accusé réception⁶⁸³.

278. Un contentieux peut naître de la manifestation d'une opposition à une requête gracieuse. Opposition qui peut émaner du ministère public, d'un tiers ou même de l'une des parties originaires de la demande. L'élévation du contentieux peut aussi survenir par un recours manifesté par un tiers ou le ministère public, devenu alors partie principale au litige, à l'encontre d'une décision gracieuse. Dans tous ces cas, la procédure perd son caractère gracieux, mais sans basculer dans la pure et simple matière contentieuse.

279. L'existence d'un litige au cours de la procédure tutélaire paraît à l'article 1213 du Code de procédure civile lorsqu'il permet au juge des tutelles de soumettre l'examen de la requête à un débat contradictoire. L'assignation n'est pas nécessaire, même lorsque le litige préexiste à la saisine du juge. Le Code de procédure civile ne distingue pas non plus, lorsqu'il régit la procédure d'appel, selon que l'appel est interjeté par un tiers opposant ou par le requérant. L'appel d'un tiers opposant manifeste un litige, alors que l'appel du requérant contre la décision qui rejette sa demande sera instruit et jugé selon les règles applicables à la matière gracieuse. Dans tous les cas, l'instance est instruite et jugée, même en appel, en chambre du conseil. Ainsi, malgré l'élévation du contentieux survenu en cas de litige, la mission du juge des tutelles ou de la cour d'appel reste la même : rechercher l'intérêt du majeur protégé et déterminer la décision qui convient à sa situation. Cette perspective confère au juge des devoirs qui dépassent la mission de trancher un litige et d'examiner des prétentions opposées.

280. La faculté octroyée au juge des tutelles de soumettre l'examen de sa requête à un débat contradictoire, ne sous entend pas qu'il pourrait l'écarter. Ce principe directeur du procès prévaut sur la procédure spéciale devant le juge des tutelles. Les prétentions opposées doivent ici être entendues dans des conditions égalitaires mêmes si les parties ne sont pas en mesure de s'approprier leur litige.

281. En définitive, la procédure devant le juge des tutelles, si imprégnée d'ordre public, présente une profonde originalité, « on y débat de l'intérêt du majeur protégé »⁶⁸⁴. La personne concernée est davantage écoutée, elle participe à sa propre protection.

⁶⁸³ Articles 675, al. 2 et 1231 du Code de procédure civile.

⁶⁸⁴ G. RAOUL-CORMEIL, « Nature juridique de la procédure devant le juge des tutelles » *op. cit.*

Section 4 : Le Ministère public, gardien du droit des personnes et de la famille

282. Au sein de notre société, « il semble que l'on se fasse du Ministère public une image fautive parce que partielle, on ne voit que le rôle où il est particulièrement en lumière : celui qu'il joue en matière pénale et on limite là son rôle »⁶⁸⁵. Créée au XIV^e siècle par la volonté d'imposer au sein des autorités judiciaires un agent mandataire du pouvoir souverain, l'image persiste alors même que le rôle du Ministère public n'a plus rien de commun avec la représentation d'accusateur figée dans la mémoire collective⁶⁸⁶. Bien qu'il trouve son domaine de prédilection en matière pénale, le Ministère public apparaît comme un acteur important du contentieux familial, notamment concernant le contentieux de la filiation. En effet, en dehors du prétoire, le Ministère public entreprend une toute autre tâche, méconnue, mais au plus haut point protectrice. La procédure civile offre au Ministère public, un large éventail d'interventions, à des degrés divers, mais visant essentiellement à la sauvegarde des intérêts des personnes les plus vulnérables. En outre le Ministère public veille aux intérêts des présumés absents, mais plus généralement, le Ministère public accomplit son devoir dans tous les cas où le titulaire d'un droit a besoin d'être protégé et assisté en présence d'un danger qui le menace. L'article 423 du Code de procédure civile consacre l'action du Ministère public d'agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion de faits lui portant atteinte⁶⁸⁷.

283. Le Ministère public dispose de deux modes d'action, car selon les dispositions de l'article 421 du Code de procédure civile, « le Ministère public peut agir comme partie principale, ou intervenir comme partie jointe. Il représente autrui dans les cas que la loi détermine ». Alors qu'il entre dans la mission du législateur de veiller à concilier les aspirations individuelles avec le bien commun ou l'intérêt général, il entre dans la mission du Ministère public de garantir l'intérêt général, à travers une mission de police civile notamment⁶⁸⁸. En effet, le Ministère public est gardien de la légalité et de l'équité en droit des personnes et de la famille, matière sensible nécessitant parfois un contrôle accru. Il est le protecteur de la famille (I) et celui des personnes les plus faibles (II).

⁶⁸⁵ M. ROLLAND, « Le Ministère public en droit français », JCP G 1956, I, 1281.

⁶⁸⁶ *Ibid.*

⁶⁸⁷ F. ARBELLOT, « L'action d'office du ministère public prévue à l'article 423 du Code de procédure civile », JCP G n° 24, 16 juin 2014, p. 698.

⁶⁸⁸ J. DÉCAMPS, « Le Ministère public gardien des libertés en droit des personnes et de la famille », Droit de la famille, juin 2000, p. 7.

I : Le Ministère public et la protection de la famille

284. Comme gardien de la légalité⁶⁸⁹, entendue comme « conformité à la loi »⁶⁹⁰, le Ministère public assure une mission de police civile en surveillant l'exécution des lois, des arrêts et des jugements⁶⁹¹. Le Ministère public est garant de l'ordre public. Mais faire référence à l'ordre public ne doit pas réduire l'action du Ministère public au seul rôle de censeur, car en droit des personnes et de la famille, son rôle va bien au-delà.

285. Son pouvoir d'intervention de censeur en matière d'ordre public familial est entendu strictement (A), alors que sa mission protectrice apparaît largement étendue (B).

A) L'ordre public familial

286. « Le repos des familles dont la protection doit être assurée, contre toute atteinte »⁶⁹². En droit de la famille, le rôle du Ministère public, comme garant de l'ordre public, apparaît tout d'abord en matière de mariage puisqu'il en contrôle la validité (1) et assure la protection des victimes de violences conjugales (2).

1) Le contrôle de validité des mariages

287. En droit de la famille, il incombe au Ministère public le devoir d'assurer le juste équilibre entre le respect de l'ordre public et le principe fondamental de la liberté du mariage.

288. La liberté matrimoniale, élevée au rang de principe fondamental⁶⁹³ et considérée par le Conseil constitutionnel comme une véritable « composante de la liberté individuelle »⁶⁹⁴. Pourtant ce caractère n'est pas absolu, puisqu'aux termes de la loi, le Ministère public s'oppose à une union et si le mariage est prononcé, il peut, en aval de la cérémonie, requérir la nullité du mariage contracté en violation des conditions de fond et de forme rappelées par l'article 184 du Code civil. En amont, la loi l'autorise expressément à

⁶⁸⁹ *Ibid.*

⁶⁹⁰ G. CORNU, « Vocabulaire juridique », G. CORNU (dir.), Association H. CAPITANT, PUF, 10^e édition, 2014, p. 467, V^o *Légalité*.

⁶⁹¹ Article L751-2 du Code de l'organisation judiciaire.

⁶⁹² Cass. 1^{re} civ., 10 juin 1953, D. 1953, jurispr. p. 612.

⁶⁹³ Article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme; Article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; Article 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

⁶⁹⁴ DC n^o 93-325, 13 août 1993. op.cit.

« former opposition pour les cas où il pourrait demander la nullité du mariage »⁶⁹⁵. L'article 175-2 énonce que « lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer, le cas échéant au vu de l'audition prévue par l'article 63, que le mariage envisagé est susceptible d'être annulé au titre de l'article 146 ou de l'article 180, l'officier de l'état civil peut saisir sans délai le procureur de la République. Il en informe les intéressés. Le procureur de la République est tenu, dans les quinze jours de sa saisine, soit de laisser procéder au mariage, soit de faire opposition à celui-ci, soit de décider qu'il sera sursis à sa célébration, dans l'attente des résultats de l'enquête à laquelle il fait procéder. Il fait connaître sa décision motivée à l'officier de l'état civil, aux intéressés. La durée du sursis décidé par le procureur de la République ne peut excéder un mois renouvelable une fois par décision spécialement motivée. À l'expiration du sursis, le procureur de la République fait connaître par une décision motivée à l'officier de l'état civil s'il laisse procéder au mariage ou s'il s'oppose à sa célébration. 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 dix jours. La décision du président du Tribunal de grande instance peut être déférée à la cour d'appel qui statue dans le même délai ».

289. Saisi sur renvoi de la Cour de cassation⁶⁹⁶, le Conseil constitutionnel a dû se prononcer sur la conformité de la faculté d'opposition au mariage du Ministère public aux droits et libertés garantis par la Constitution. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision rendue le 22 juin 2012⁶⁹⁷, a refusé de censurer les articles 146, 175-1 et 180 du Code civil organisant l'intervention du Ministère public dans le contrôle de la sincérité et de la liberté de l'engagement matrimonial.

290. En vertu de l'article 144 du Code civil, « le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus », mais il est laissé au procureur la faculté d'accorder des dispenses pour des motifs graves.⁶⁹⁸ Si le non-respect de l'âge légal, le défaut de présence physique⁶⁹⁹ ne posent guère de difficulté d'appréciation, en revanche, l'existence du consentement de l'article 146 du Code civil illustre parfaitement les pouvoirs du parquet. À ce titre, seul le défaut de consentement, « et non les vices pouvant l'altérer », justifie le prononcé de la nullité. L'existence d'une déficience mentale ne constitue pas en effet un empêchement dirimant au droit de se marier. Le majeur sous tutelle ou sous curatelle⁷⁰⁰ peut convoler en

⁶⁹⁵ Article 175-1 du Code civil.

⁶⁹⁶ Cass. 1^{re} civ., 12 avril 2012, n° 12-40.013, AJ fam. 2012.348, obs. F. Chénédedé.

⁶⁹⁷ QPC n° 2012-261 du 22 juin 2012, note F. Chénédedé, AJ Famille juillet 2012, p. 466.

⁶⁹⁸ Article 145 du Code civil.

⁶⁹⁹ Article 146-1 du Code civil.

⁷⁰⁰ CA Lyon, 4 juin 2009, Dr. Famille n2009, 161, note I. Maria.

justes noces avec le consentement, soit, du conseil de famille ou des père et mère, soit du curateur, pour autant que son consentement personnel ait été reçu dans un intervalle de lucidité. En ce sens, si le mariage *in extremis* d'une personne sénile reste valable⁷⁰¹, en revanche, celui contracté par une personne présentant, « de notoriété publique », un état « de démence sénile », encourt la censure⁷⁰². À l'identique, un mariage consenti par un époux schizophrène sera déclaré nul, alors que celui contracté par un sujet présentant une certaine « altération de ses facultés mentales » demeure valable, sauf au demandeur à rapporter la preuve du défaut de consentement réel et volontaire au moment de la célébration⁷⁰³.

291. Cette obligation de concilier deux intérêts fondamentaux et concurrents devient particulièrement complexe en présence de mariages simulés, fictifs ou de complaisance. En de telles circonstances, l'accord de volonté des futurs époux scelle une union fictive étrangère à toute intention maritale. Ce que la Cour de cassation qualifie, notamment depuis son arrêt d'assemblée plénière du 31 mai 1991 de « détournement d'institution »⁷⁰⁴. Faute de disposition légale adaptée, le Ministère public invoquait, en raison de son pouvoir général de défense de l'ordre public⁷⁰⁵, le défaut de consentement de l'article 146 du Code civil. L'obligation de prouver la volonté, exclusive des époux, de détournement de l'institution réduisait d'autant le pouvoir d'intervention du Parquet, sauf cas exceptionnel de mariage visant exclusivement à la protection des intérêts d'un enfant, arrêt « Appietto »⁷⁰⁶, ou encore, d'illicéité de la cause objectivement prouvée⁷⁰⁷.

292. Il est à noter qu'une proposition de loi vise à renforcer la lutte contre les mariages frauduleux⁷⁰⁸. La faculté pour l'officier d'état civil de saisir le Ministère public en cas de doute sur la sincérité ou la réalité des intentions matrimoniales deviendrait une obligation.

2) Les violences conjugales

⁷⁰¹ CA Paris, 20 mars 1872, DP 1872, 2, 109., Cass, 1re civ., 31 janvier 2006, Dr famille 2006, 79, 2° esp., note V. Larribau-Terneyre.

⁷⁰² Cass. 1re civ. 28 mai 1980, JCP G 1981, II, 19552, note G. Raymond.

⁷⁰³ Cass. 1re civ. 2 décembre 1992, D. 1993, jurispr. p. 409, note F. Boulanger ; Defrénois 1993, p. 725, obs. J. Massip.

⁷⁰⁴ Cass. ass. plén., 31 mai 1991, D. 1991, jurispr. p. 417, rapp. Y Chartier, note D. Thouvenon ; JCP G 1991, II, 22752, concl. Dontenville, note F. Terré. — V. aussi F. BOULANGER, « Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ? », JCP G 1993, I, 3665.

⁷⁰⁵ Article 423 du Code de procédure civile.

⁷⁰⁶ Cass. 1re civ., 20 novembre 1963, D. 1964, jurispr. p. 465, note G. Raymond, JCP G 1964, II, 13498, note J. Mazeaud, RTD civ. 1964, p. 286, obs. H. Desbois.

⁷⁰⁷ TGI Paris, 18 mars 1978, JCP N 1980, II, n° 144.

⁷⁰⁸ Prop. de loi AN n° 2336, 5 novembre 2014.

293. En matière de violences conjugales, l'action du Ministère public est bien moins connue que les missions du juge aux affaires familiales et du juge des enfants. Dès que le juge aux affaires familiales a connaissance d'un danger encouru par une victime de violences conjugales, il peut prendre une ordonnance de protection. Le dispositif est rendu opérationnel par le décret n° 2010-1134 du 29 septembre 2010 relatif à la procédure civile de protection des victimes de violences au sein des couples⁷⁰⁹. Cette mesure phare de la loi est prévue dans un titre XIV du Code civil portant sur « des mesures de protection des victimes de violences »⁷¹⁰. Grâce à ce nouveau dispositif, le juge aux affaires familiales va pouvoir délivrer en urgence une ordonnance de protection à partir du moment où des violences exercées par l'actuel ou ancien conjoint, le concubin ou le partenaire mettront en danger la victime ou les enfants. Il est saisi par la personne en danger ou – avec son accord – par le ministère public conformément aux dispositions de l'article 515-10 du Code civil. La communication entre juge aux affaires familiales et parquet est primordiale, ainsi, un comité de pilotage⁷¹¹, la COPIL, créé, coordonné et animé par le du parquet de Pontoise, permet, depuis sa création en mai 2012, de formaliser une concertation avec les juges du siège, de structurer le partenariat, d'organiser les échanges, de diffuser les informations et les bonnes pratiques et d'améliorer le travail sur le terrain.

294. Au travers de ses fonctions traditionnelles, le parquet supervise plus de 95 % des enquêtes pénales⁷¹² et peut ainsi mener une politique pénale lisible sur les contentieux de masse, et donc les violences conjugales. L'action des parquets se poursuit au profit des victimes, à l'égard des auteurs et à l'attention des professionnels

295. Il serait regrettable d'occulter la mission du Ministère public, dont la finalité est protectrice des intérêts des sujets les plus vulnérables.

B) Une action à finalité protectrice

296. Le ministère public veille aux intérêts des présumés absents et des disparus (1),

⁷⁰⁹ Décret n° 2010-1134 du 29 septembre 2010, J.O. du 30 septembre 2010.

⁷¹⁰ Article 515-9 à 515-13 du Code civil ; E. BAZIN, « Les nouveaux pouvoirs du JAF en matière de violences au sein des couples », JCP G 2010, 1799. – G. PITTI, « L'ordonnance de protection instituée par la loi du 9 juillet 2010, le juge aux affaires familiales « juge de paix familiale » », Gaz. Pal. 2010, n° 231, p. 8.

⁷¹¹ Le comité de pilotage est composé d'un représentant du directeur départemental de la sécurité publique, du commandant de groupement de la gendarmerie, du barreau, des juges du siège concernés - application des peines, juge des enfants, juge aux affaires familiales et président de la chambre correctionnelle spécialisée -, des secrétaires généraux des chefs de juridiction, de la préfecture, du conseil général, de la communauté d'agglomération, des associations partenaires, du SPIP et des délégués du procureur spécialisés dans le domaine. Des personnalités extérieures sont ponctuellement invitées pour faire partager leur expérience.

⁷¹² V.-O. DERVIEUX, « Le nouveau rôle du parquet en cas de violences conjugales, l'expérience du parquet de Pontoise », AJ fam. 2013, p. 291.

et aux intérêts des enfants des mineurs à travers le choix du prénom (2)

1) Les présumés absents et les disparus

297. Il paraît difficile d'aborder la mission du Ministère public sans évoquer son pouvoir exclusif « de veiller aux intérêts des présumés absents »⁷¹³, car il est des personnes dont on ne sait si elles sont encore vivantes ou déjà décédées. Elles sont considérées alors comme absentes.

298. Éventuellement partie principale à la procédure de présomption d'absence, il peut requérir d'office la mise en œuvre ou la modification des mesures de sauvegarde ordonnées par le juge. Par cette voie, il s'impose comme arbitre impartial des intérêts d'ordre privé intéressant dans un premier temps, ceux du présumé absent, et, dans un deuxième temps, ceux des parties concernées.

299. Les articles 88 et suivants du Code civil règlent les situations où une personne a disparu « dans des circonstances de nature à mettre sa vie en danger ». La personne disparue a été exposée à un très grand péril mais son cadavre n'a pas été retrouvé. Il y a donc une forte présomption permettant de penser que la personne est décédée. La disparition d'une personne « dans des circonstances de nature à mettre sa vie en danger » et « lorsque son corps n'a pu être retrouvé » ouvre son droit d'action dans la procédure de déclaration judiciaire de décès.

2) Le rôle du Ministère public au regard du prénom

300. Depuis la loi du 8 janvier 1993, les parents disposent d'une véritable liberté quant au choix du ou des prénoms donnés à leur enfant. Et tout comme le nom, le prénom est immuable par principe. Mais selon l'article 60 du Code civil, toute personne justifiant d'un intérêt légitime peut demander à changer de prénom.

301. Le juge aux affaires familiales exerce bien évidemment un contrôle, mais a posteriori⁷¹⁴. En effet, lorsque le ou les prénoms choisis par les parents, seuls ou associés au nom, lui paraissent contraires à l'intérêt de l'enfant ou au droit des tiers à voir protéger leur nom de famille, l'officier d'état civil, qui ne peut refuser d'inscrire le prénom, en avise sans délai le procureur de la République. Celui-ci peut saisir le juge aux affaires familiales qui pourra ordonner la suppression du prénom sur les registres de l'état civil. L'intervention du

⁷¹³ Article 117 du Code civil.

⁷¹⁴ Article 57 alinéa 3 du Code civil.

parquet se situe donc tout au long de la procédure. À l'audience, le procureur peut formuler des observations et des questions qui précéderont son avis. Après le prononcé du jugement, puisque le droit des personnes est une matière d'ordre public, c'est le parquet qui procède à la transcription du jugement sur les actes d'État civil. L'avis du parquet, donnée par écrit, n'est pas définitif.

II : Le Ministère public et la protection des plus faibles

302. Comme garant des droits des personnes protégées ou comme arbitre des conflits de lois, le Ministère public accomplit une tâche plus secrète, dans tous les cas où le titulaire d'un droit a besoin d'être protégé et assisté en présence d'un danger qui le menace. Dans son rôle de garant des personnes vulnérables, le Ministère public détient une mission de surveillance générale des majeurs protégés (A), mais il a aussi des pouvoirs propres (B).

A) Une mission de surveillance générale

303. Parmi les attributions civiles du procureur de la République, la protection des majeurs tenait, dans la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968, une place importante⁷¹⁵. Elle est devenue essentielle avec la loi no 2007-308 du 5 mars 2007, qui fait du procureur de la République un acteur central du nouveau dispositif⁷¹⁶. Le parquet se voit reconnaître un rôle crucial dans la protection juridique des majeurs vulnérables. Le procureur de la République a bien sûr la mission d'exercer une surveillance générale des mesures de protection ouvertes dans son ressort⁷¹⁷ avec le juge des tutelles. Le procurer peut prendre ou provoquer des mesures conservatoires, et a, dès lors qu'un régime de protection est mis en œuvre, ou même en amont lorsqu'une mesure de protection est seulement sollicitée, la faculté de visiter ou faire visiter les majeurs, et de les faire examiner, si nécessaire, par un médecin⁷¹⁸. Il a aussi un pouvoir général de surveillance des personnes en charge d'une mesure de protection, qu'elles soient professionnelles ou membres de la famille. Il peut, s'il l'estime nécessaire, leur réclamer des informations ou des explications ou les convoquer en vertu de l'alinéa 3 de l'article 416 du Code civil.

⁷¹⁵ Th. FOSSIER et D. GUIHAL, « Un exemple de l'activité civile des parquets, la protection des majeurs », JCP 1990. I. 3439

⁷¹⁶ C. SÉVELY-FOURNIÉ, « Le rôle du parquet dans les mesures de protection juridique, fiche pratique », AJ fam. 2009. 70

⁷¹⁷ Article 416 du Code civil.

⁷¹⁸ Article 1212 du Code de procédure civile.

B) Des pouvoirs propres au procureur de la République

304. L'article 425 du Code de procédure civile énonce que « Le ministère public doit avoir communication : 1° Des affaires relatives à la filiation, à l'organisation de la tutelle des mineurs, à l'ouverture ou à la modification des mesures judiciaires de protection juridique des majeurs ainsi que des actions engagées sur le fondement des dispositions des instruments internationaux et européens relatives au déplacement illicite international d'enfants ; 2° Des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire, des causes relatives à la responsabilité pécuniaire des dirigeants sociaux et des procédures de faillite personnelle ou relatives aux interdictions prévues par l'article L. 653-8 du Code de commerce. Le ministère public doit également avoir communication de toutes les affaires dans lesquelles la loi dispose qu'il doit faire connaître son avis ».

305. En dehors de ce pouvoir général qu'il partage avec le juge des tutelles, le procureur de la République se voit investi, par le législateur de 2007, de pouvoirs propres tout à fait considérables⁷¹⁹. Il est en effet chargé de l'établissement de la liste des médecins qui sont habilités à établir les certificats médicaux permettant l'ouverture d'une mesure de protection⁷²⁰. Auparavant soumise à l'avis du préfet, cette mission offre une large liberté d'appréciation au procureur qui peut, en fonction des besoins et des possibilités de chaque département, décider de l'inscription de tout médecin qui lui paraît remplir les conditions de formation et de compétence, et ce, qu'il soit généraliste ou spécialiste. Compte tenu de la variété des situations qui peuvent se présenter, le procureur doit veiller à établir la liste la plus variée possible.

306. Le procureur a également un rôle important dans l'établissement de la liste des mandataires judiciaires à la protection des majeurs. La loi de 2007 confie cette charge au représentant de l'État dans le département⁷²¹. Mais la liste est soumise à l'avis conforme du procureur de la République près le Tribunal de grande instance du chef-lieu du département⁷²². Il peut donc, au regard des informations dont il dispose (enquêtes, avis des juges des tutelles, extrait du casier judiciaire) s'opposer à la désignation d'un mandataire ou en demander la radiation⁷²³. L'essentiel de l'innovation de la loi de 2007 s'agissant du rôle du

⁷¹⁹ G. LESIGNE, « Le rôle du parquet dans la protection des personnes vulnérables », AJ fam. 2014, p. 170.

⁷²⁰ Article 431 du Code civil.

⁷²¹ Article L. 471-2 du Code de l'action sociale et des familles.

⁷²² Articles L. 313-3, L. 472-1, L. 472-8, R. 313-10-1, R. 472-3 et R. 472-15 du Code de l'action sociale et des familles.

⁷²³ Article 417 du Code civil.

procureur de la République tient dans sa nouvelle compétence à être destinataire des signalements qui ne peuvent plus être directement adressés au juge des tutelles⁷²⁴. Certes, le procureur de la République a dans sa mission naturelle de recevoir les signalements, et de les transmettre, si besoin est, après enquête. La pratique antérieure faisait du procureur de la République un interlocuteur naturel lorsqu'une personne vulnérable était le sujet d'une infraction pénale tel qu'un abus de faiblesse par exemple, ce qui conduisait alors le parquet à diligenter une enquête pénale, d'une part, et à signaler la situation au juge des tutelles, d'autre part. Mais l'essentiel des signalements civils étaient directement adressés au juge des tutelles. Avec la réforme de 2007, qui supprime la saisine d'office du juge des tutelles, le parquet est devenu la seule autorité judiciaire habilitée à recevoir de simples signalements.

Dans la logique de ce rôle, le procureur de la République reçoit compétence pour saisir le juge des tutelles dans le cas où une situation lui semble nécessiter la mise en œuvre d'une mesure de protection. Comme la famille, cependant, il est tenu, pour saisir le juge des tutelles, d'accompagner sa transmission d'une véritable requête répondant aux conditions fixées par les articles 1218 et 1218-1 du Code de procédure civile et d'un certificat médical émanant d'un médecin inscrit sur la liste. À défaut, il lui appartient de décider si le signalement doit être simplement classé sans suite, ou réorienté vers d'autres procédures plus appropriées⁷²⁵, ou enfin, lorsque les conditions en sont réunies, inciter la famille à présenter directement une requête au juge des tutelles.

307. Le procureur de la République acquiert enfin un rôle direct dans la mise en œuvre d'une mesure d'accompagnement judiciaire⁷²⁶, puisqu'il est seul à pouvoir saisir le juge des tutelles aux fins de mise en place d'une telle mesure lorsque la mesure administrative d'accompagnement social personnalisé⁷²⁷ a échoué. Il lui appartient dans ce cadre d'informer le président du conseil général de la décision qu'il a prise⁷²⁸.

308. Le procureur de la République est obligatoirement partie jointe dans les affaires relatives à l'ouverture et à la modification de la tutelle des majeurs⁷²⁹. « L'ouverture et la modification » s'entendent du principe de la mesure, non pas de ses modalités⁷³⁰. À ce titre, le parquet est très présent dans l'instruction des dossiers. Le jugement rendu au mépris

⁷²⁴ C. SÉVELY-FOURNIÉ, « Quel rôle pour le parquet dans la protection juridique des majeurs ? (De quelques interrogations pratiques sur l'application de la loi réformant la protection juridique des majeurs) », D. 2009, chron., p. 1221.

⁷²⁵ Notamment les mesures d'accompagnement social.

⁷²⁶ MAJ.

⁷²⁷ MASP.

⁷²⁸ Article 1262 du Code de procédure civile.

⁷²⁹ Article 425 du Code de procédure civile.

⁷³⁰ Civ. Ire, 5 juillet 1977, n° 75-10.336, Bull. civ. I, n° 311.

des droits du Ministère public serait nul⁷³¹. Lors même que le procureur de la République ne serait ni acteur ni intervenant obligatoire, la communication de toutes les causes civiles intéressant l'ordre public est possible à sa requête ou à la diligence du juge⁷³².

309. La loi de 2007 a maintenu⁷³³ la sauvegarde de justice spécifique prévue par l'article L. 3211-6 du Code de la santé publique. Cette mesure de précaution résulte d'une déclaration médicale formée directement auprès du procureur de la République du lieu de l'hospitalisation de la personne.

310. Le rôle du Ministère public dans la protection des plus faibles est indéniable, mais surtout dans une matière d'ordre public elle est indispensable. Le Ministère public est le gardien des intérêts de la société dans son ensemble et de la famille en particulier.

⁷³¹ Civ. 1re, 15 mars 1977, n° 75-15.576, Bull. civ. I, n° 133, D. 1977. 454, note J. Massip.

⁷³² Articles 426 et 427 du Code de procédure civile.

⁷³³ Article 434 du Code civil.

311. **Conclusion de chapitre.** En dépit de la volonté de concentrer les compétences dans les contentieux familiaux entre les seules mains du juge aux affaires familiales, des facteurs imposent une attribution de certains contentieux à d'autres magistrats. Construites avec le temps et en fonction des besoins, de nombreuses juridictions appelées à connaître le contentieux familial ont été forgées. Ainsi, l'indisponibilité de l'état des personnes, les contentieux empreints de gravité, les contentieux particulièrement techniques et les droits civils complexes du droit patrimonial imposent une division du travail judiciaire, en dépit de l'atténuation de la distinction entre les personnes et les biens. Le constat est celui d'un recours successif à plusieurs juges différents. Ces juges paraissent mieux capables que le juge aux affaires familiales pour traiter des contentieux ne lui étant pas attribués. La collégialité du Tribunal de grande instance est nécessaire pour appliquer la meilleure règle de droit aux contentieux de l'état des personnes et patrimoniaux complexes. Le rôle du juge des tutelles est de protéger le majeur vulnérable en assurant le plus possible son autonomie. Son office doit s'exercer au plus près des personnes protégées, afin de faciliter son accès et l'effectivité de sa protection et de son contrôle. L'échelle du Tribunal d'instance y paraît plus adaptée que celle du Tribunal de grande instance. Le caractère d'ordre public servira de fondement du droit d'agir du Ministère public, gardien des libertés et protecteur des membres de la famille.

312. Ces spécialisations juridictionnelles, cette division du travail judiciaire sont justifiées par la recherche de l'efficacité de la réponse judiciaire. Une pluralité de juges entraîne une pluralité de décisions, mais dans l'intérêt des personnes, afin de leur appliquer la règle de droit la plus adaptée à leur situation.

Conclusion du Titre 1

313. Le juge de la famille a été modelé, il est le fruit d'une évolution, celle de la société dans son ensemble et de la famille en particulier. L'unification du droit familial a généré la construction évolutive d'un juge institué, particulièrement compétent, ayant une vision d'ensemble de la famille, du couple et de l'enfant. Cette volonté d'une meilleure protection de la famille a induit une réduction du pluralisme juridictionnel, mais cette réduction est limitée. Certains contentieux échappent aujourd'hui au juge aux affaires familiales. La complexité du droit patrimonial, la technicité du droit des successions et des libéralités, la gravité de certains enjeux relatifs à l'état des personnes, la protection spécifique des majeurs vulnérables justifient que des juges demeurent imposés. Le pluralisme juridictionnel favorise ainsi l'effectivité des droits des personnes en leur permettant la recherche de la meilleure réponse, la plus adaptée à leurs besoins.

314. Le pluralisme juridictionnel en se réduisant, se renouvelle, il évolue de la multiplicité de juridictions gravitant dans un même système œuvrant de concert, à la recherche de la réponse la plus adaptée à la famille. Pourtant les préoccupations actuelles sont animées par la volonté d'une célérité de la justice familiale toujours accrue. En effet, on assiste depuis plusieurs années de réformes législatives à un mouvement de balancier oscillant entre une phase de spécialisation du juge, on étend alors ses compétences comme en témoigne l'extension de compétences du juge aux affaires familiales, et une phase d'évitement du juge, car la justice familiale serait en difficulté.

315. Le souci d'une meilleure visibilité et d'une plus grande cohérence dans la répartition du contentieux entre les juridictions laisse entrevoir des aménagements envisageables. L'ensemble peut apparaître incohérent et le pluralisme juridictionnel peut sembler dépassé.

TITRE 2 : UN PLURALISME DÉPASSÉ

316. La bonne administration de la justice a été hissée au rang d'objectif à valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel⁷³⁴ comme résultant de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Une bonne administration de la justice doit avoir pour objet et pour effet de consolider le rythme de la justice, « ses règles et ses exigences. Non de faire pénétrer dans la sphère de la justice le rythme, les règles et les exigences d'autres sphères »⁷³⁵. La bonne administration de la justice doit présider à tous les actes d'administration judiciaire et au bon déroulement de l'instance. La « bonne justice »⁷³⁶ est le bienfait attendu de la Justice, la dette de l'État, la devise du juge. « C'est celle qui est dans le jugement, lorsque la solution qu'il donne au litige est fondée en vérité, droit et équité. Celle qui doit guider le juge, dans la recherche des meilleures solutions à donner à des problèmes de procédure et de compétences, afin que soient jugées dans le temps raisonnable qui convient, les affaires ou les questions qui vont ensemble »⁷³⁷.

317. La justice familiale est cependant empreinte de particularités qui invitent à la réflexion. La fonction du juge constitue « d'un point de vue méthodologique, une grille de lecture des mutations du droit de la famille »⁷³⁸. Et l'intervention du législateur est toujours aussi importante en droit de la famille⁷³⁹. À ce propos, Mme LABRUSSE-RIOU relève que le désinvestissement du juriste résulte de l'inflation des lois qui se réforment constamment comme si elles étaient toujours insatisfaisantes ou que le législateur était toujours insatisfait⁷⁴⁰. Ce que l'on pourrait alors qualifier de « crise de la justice familiale »⁷⁴¹ s'expliquerait en fonction de l'évolution de la manière dont sont réglés les litiges familiaux. La multiplication des dispositions législatives induirait une sollicitation accrue du juge. Et parallèlement, la spécificité de la matière familiale le transforme en juge homologateur. Dès lors, il peut partager le pouvoir décisionnel avec les membres de la famille.

⁷³⁴ Décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009 sur la loi organique organisant la question prioritaire de constitutionnalité.

⁷³⁵ D. ROUSSEAU, « Exigences constitutionnelles de l'indépendance de la justice et exigences managériales », in *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, (dir.) B. Frydman et E. Jeuland, Dalloz, 2011.

⁷³⁶ G. CORNU, « Vocabulaire juridique », G. CORNU (dir.), Association H. CAPITANT, PUF, 10^e édition, 2014, p. 408, V° *Administration de la justice*.

⁷³⁷ *Ibid.*

⁷³⁸ V. EGEEA, « La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille », *op.cit.*, p.24.

⁷³⁹ C. POMART, « La magistrature familiale », éd L'Harmattan, 2004, p. 21.

⁷⁴⁰ C. LABRUSSE-RIOU, « Le désinvestissement du législateur : le flou des références légales », in *Familles et justice, Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, p.31.

⁷⁴¹ A. GARAPON, « Comment sortir de la crise de la justice familiale ? », in *Familles et justice, Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, pp. 60-67.

318. Ainsi, nous ne pouvons ignorer que la juridiction familiale est en difficulté, « elle pâtit autant du manque de moyens qu'on lui accorde que de l'abondance des dossiers⁷⁴² ». La justice familiale manque de visibilité, « le droit civil de la famille se heurte souvent à la question du juge compétent »⁷⁴³. Les présidents de tribunaux ont largement dénoncé « le désenchantement et la souffrance » des juridictions et ont fait savoir que « leurs fonctions se limitent de plus en plus à la gestion d'une pénurie dramatique de moyens face à une inflation insupportable des charges »⁷⁴⁴. Réduction d'effectifs, moyens réduits à peau de chagrin, informatique en passe de devenir obsolète. « Cela paraît mesquin de relever ce type de constats, le juge a plus besoin d'une tête bien faite que d'un ordinateur dernier cri », mais c'est symptomatique de notre société, on demande toujours plus au juge, on voudrait de lui qu'il soit un super technicien, mais sans lui en donner les moyens. « En France, cinq cents postes ne sont pas pourvus alors que les demandes en matière de réponse judiciaire ne cessent d'augmenter »⁷⁴⁵ déclarait François RACHOU, président du Tribunal de grande instance de Toulon lors de la rentrée solennelle 2014.

319. Une des particularités de l'intervention judiciaire tient au double mouvement de fond et de la procédure⁷⁴⁶. Le droit tend à intégrer les transformations familiales, mais il a de plus en plus de mal à absorber toutes les mutations sociales. Le pluralisme juridictionnel en droit de la famille apparaît alors comme dépassé. En effet la justice familiale est la vitrine de la justice privée dans son ensemble, dès lors, les efforts de préconisation de simplification du droit, d'allègement des procédures paraissent être en adéquation avec l'évolution des mœurs et les exigences contemporaines. Le rôle du juge évolue. Les mutations de la législation familiale l'éloignent de l'essence de sa fonction première, celle de juger. La fonction de juger a alors éclaté. Tantôt le législateur élargit le domaine de compétence du juge de la famille, tantôt il tend à son évitement. Une tendance se caractérise par l'extension du domaine de compétence du juge et de son pouvoir discrétionnaire alors qu'une autre se base sur le principe du pluralisme familial et sur l'autonomie des membres de la famille pour traiter le contentieux, le pouvoir discrétionnaire cédant du terrain à l'autorégulation et à la déjudiciarisation.

⁷⁴² 380 376 saisines du juge aux affaires familiales en 2012, « Chiffres clés de la justice, 26 novembre 2013 », justice.gouv.fr.

⁷⁴³ M. DOUCHY-OU DOT, « Le lien familial en dehors du droit civil de la famille – la procédure civile », in « Le lien familial hors du droit civil de la famille », Institut universitaire Varenne, collection Colloque & Essais », année

⁷⁴⁴ « Les vœux amers des présidents de tribunaux », Le Monde, 5 janvier 2012.

⁷⁴⁵ « Le tribunal de Toulon manque toujours de magistrats », Var Matin, 2 septembre 2014.

⁷⁴⁶ J. HAUSER « Le contentieux familial en France, la forme et le fond », *op. cit.*

320. L'esprit des textes de loi contemporains en droit de la famille favorise un traitement consensuel du contentieux. La description actuelle de la famille serait organisée autour du triptyque « liberté, égalité, solidarité »⁷⁴⁷. Le pluralisme juridictionnel en droit contemporain de la famille ne serait plus seulement celui que nous avons défini, c'est-à-dire la coexistence de plusieurs juridictions s'articulant autour du droit de la famille afin d'organiser les différents contentieux, dans un système global et dynamique au service des individus, mais deviendrait également celui pensé par Jean CARBONNIER⁷⁴⁸, un pluralisme trouvé dans la multiplicité des appréciations et interprétations judiciaires d'une même règle de droit. Et ces appréciations sont partagées entre le juge et les parties.

321. Si le pluralisme juridictionnel entendu comme la coexistence de plusieurs juges au sein d'un même système de justice familiale, ne permet pas un traitement efficace des contentieux rencontrés en droit de la famille, il apparaît nécessaire de se tourner vers d'autres façons d'appréhender la justice familiale. Une première solution peut être trouvée en instituant un « super juge » auquel on renverrait tout le contentieux familial tout en associant les membres de la famille afin de promouvoir la justice dite négociée (Chapitre 1). Une deuxième solution, plus draconienne, serait d'éviter le recours au juge (Chapitre 2).

⁷⁴⁷ Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, « La famille », éd. Defrénois, année, éd. n° 1454.

⁷⁴⁸ J. CARBONNIER, « Sociologie juridique », *op. cit.* p. 215.

Chapitre 1 : Les aménagements avec le juge

322. Les spécificités du droit de la famille ne sont plus à démontrer et l'étendue du contentieux familial non plus. Ces éléments justifient l'intervention d'un juge spécialement institué à cet effet⁷⁴⁹. « Le juge d'aujourd'hui n'est plus le juge d'hier. Il ne se contente plus de dire le droit, ni même de l'interpréter. La modernité l'a élevé au rang d'un arbitre des valeurs sociales. Certes, depuis toujours, les conflits de valeurs ont existé et la justice en a connu. Mais, de plus en plus systématiquement, ils sont réglés dans les prétoires des palais de justice au lieu de l'être dans les hémicycles des parlements. Au demeurant, ces conflits de valeurs, on attend du juge qu'il les tranche, non pas de manière catégorique et péremptoire, mais par des ajustements subtils et des conciliations raffinées »⁷⁵⁰.

323. La difficulté pour l'usager de trouver son chemin dans les méandres procéduraux, rend nécessaire une justice plus compréhensible et mieux adaptée à la matière familiale, dont la complexité et la technicité tiennent à la diversité des questions juridiques d'ordre extrapatrimonial et patrimonial qu'elle concerne⁷⁵¹.

324. Il est alors nécessaire de donner à ce juge les compétences les plus étendues qui soient et le doter d'un statut qui garantit son aptitude à résoudre efficacement ce contentieux spécialisé. Et par souci d'un accès facilité à la justice, on allège les procédures et on recentre entre les mains du juge aux affaires familiales le contentieux de la famille afin de lui permettre d'assurer sa mission de protection. « Une société se juge à sa capacité à protéger les plus faibles de ses membres et c'est ainsi que prend tout son sens la protection des citoyens »⁷⁵². L'avenir de la justice familiale dépend du juge, du juge formé et spécialisé, un juge de la famille dont la cohérence est assurée par une meilleure visibilité dans la répartition des contentieux entre les juridictions (Section 1), et de la promotion d'une nouvelle culture judiciaire familiale associant les parties, la justice négociée (Section 2).

⁷⁴⁹ L. CADIET, « A la recherche du juge de la famille », MEULDERS-KLEIN (Dir) Bruylant et LGDJ 1997, pp 235-270.

⁷⁵⁰ M. VERDUSSEN, Discours Axe de recherche « Constitution et justice », www.uclouvain.be.

⁷⁵¹ H. POIVEY-LECLERCQ « Un nouveau juge délégué aux affaires familiales », AJ fam. 2008, p. 321.

⁷⁵² M. QUEMENER, « Aspects procéduraux de la protection de la famille face aux nouveaux médias tel Internet » in Cybercriminalité, défi mondial - réponses, éd. Economica, 2007.

Section 1 : Une justice familiale en quête de cohérence

325. Une profonde réflexion sur la justice dans son ensemble et sur la justice familiale spécifiquement a été menée, la réforme de la justice est en marche et cette réforme s'appuie sur quatre rapports. Le premier de ces rapports est le celui de l'institut des hautes études sur la justice (IHEJ), intitulé « La prudence et l'autorité : l'office du juge au XXI^e siècle »⁷⁵³ dévoilé en mai 2013. À l'automne, trois autres rapports ont été remis à la garde des Sceaux : le rapport sur le remaniement du ministère public, de M. NADAL⁷⁵⁴; le rapport sur le juge du XXI^e siècle, de M. DELMAS GOYON⁷⁵⁵ et enfin le rapport sur les juridictions du XXI^e siècle, de M. MARSHALL⁷⁵⁶. Ces rapports ont été au cœur d'un grand colloque sur La justice du XXI^e siècle, organisés par le Ministère de la Justice en janvier 2014 et sont actuellement discutés dans les juridictions.

326. L'inflation normative ajoutée à l'évolution du droit amène à l'égard des magistrats à davantage d'exigences Ne vaudrait-il mieux pas un ensemble cohérent plutôt que de nombreuses retouches éparses ? La justice familiale a besoin d'une nouvelle cohérence pour en améliorer autant la lisibilité que l'accessibilité.⁷⁵⁷

327. Les modèles d'intervention judiciaire doivent se transformer. Étendre le domaine d'intervention du juge et son pouvoir discrétionnaire sans par ailleurs rationaliser ces mêmes compétences (I), et sans spécialiser ce juge (II) ajouterait au manque de lisibilité de la justice familiale.

I : Rationaliser les compétences de la juridiction familiale

328. La justice familiale forte de ses spécificités souhaite une procédure en quête de simplification (A), afin de recentrer l'office du juge (B).

⁷⁵³ A. GARAPON, S. PEDRIOLLE et B. BERNABÉ, « La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e siècle », Rapport de l'IHEJ, 2013, doc. fr. *op. cit.*

⁷⁵⁴ J.-L. NADAL (dir.), « Refonder le ministère public », novembre 2013. ; Jean Louis Nadal est un ancien procureur général près la Cour de cassation , président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique depuis le 19 décembre 2013.

⁷⁵⁵ P. DELMAS-GOYON (dir.), « Le juge du XXI^e siècle », décembre 2013 (désigné ci-après : rapp. DELMAS-GOYON). V. le colloque organisé à Nanterre le 7 février 2014, Gaz. Pal. 11 mars 2014, p. 5 et s. Pierre DELMAS-GOYON est conseiller près la Cour de cassation.

⁷⁵⁶ D. MARSHALL (dir), « Les juridictions du XXI^e siècle », décembre 2013. V. le colloque organisé à Nanterre le 14 mars 2014, Gaz. Pal. 27 mai 2014, p. 7 et s. (désigné ci-après : rapp. MARSHALL). ; Didier MARSHALL est Premier président de la Cour d'appel de Montpellier.

⁷⁵⁷ N. FRICERO, « A nouvelles familles, nouvelle justice », *op. cit.*

A) Une procédure en quête de simplification

329. La tendance à la rationalisation de la procédure n'est pas nouvelle et sous-entend un assouplissement des formes du procès et la simplification des actes de procédures⁷⁵⁸. L'idéal serait « le sur-mesure juridictionnel, que chaque affaire soit traitée à son rythme »⁷⁵⁹ souhaite Loïc CADIET. Les situations d'urgence requièrent des décisions immédiates, les affaires dites complexes nécessiteront des mesures d'instruction. Les circuits procéduraux doivent s'adapter, faire intervenir ou non un magistrat spécialisé, ajuster la procédure permettrait de « coller au plus près à la réalité du contentieux »⁷⁶⁰.

330. Le particularisme de la matière familiale incline la procédure à plus de simplicité. Les parties, particuliers s'adressent dans la majorité des contentieux au juge aux affaires familiales, juge unique. Moins la forme procédurale sera lourde, plus le litige se règlera facilement. Les articles 1070 et suivants du Code de procédure civile ont ainsi institué une procédure familiale devant le juge aux affaires familiales commune suite au décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004. Les articles 1137 En théorie, ces textes impliquent une certaine facilité, les parties n'ont pas besoin d'être représentées, la saisine est simplifiée, la procédure orale. Néanmoins, le plus souvent, les parties choisiront d'être représentées, la procédure s'en trouvera complexifiée.

331. Pourtant, les articles 750 et suivants du Code de procédure civile n'obéissent pas à la même simplification, et régissent eux la saisine du Tribunal de grande instance, autre juridiction d'importance en contentieux familial. Un même dossier familial peut ainsi relever de plusieurs procédures si à l'occasion d'une crise familiale, un divorce entraîne la fixation des modalités de l'exercice de l'autorité parentale d'un mineur discernant en danger auquel on ajoute la question du jeu des demandes incidentes. « La solution la plus adéquate sera sans doute de développer des adaptations de la procédure aux situations strictement familiales »⁷⁶¹. La procédure devant le juge aux affaires familiales concernant les régimes matrimoniaux respecte les règles devant le Tribunal de grande instance⁷⁶².

⁷⁵⁸ L. CADIET, « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in Mélanges G. Wiederkehr, « De Code en Code », Dalloz, 2009, p. 65.

⁷⁵⁹ *Ibid.*

⁷⁶⁰ *Ibid.*

⁷⁶¹ M. DOUCHY-OUDOT, « Le lien familial en dehors du droit civil de la famille – La procédure civile », article. *op. cit.* référeznce

⁷⁶² Le décret du 17 décembre 2009 relatif à la procédure devant le JAF en matière de régimes matrimoniaux et d'indivisions a modifié l'article 1136-1 du Code de procédure civile qui précise désormais 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. »

332. Par ailleurs, la rationalisation des compétences est une nécessité qui se fait sentir en première instance, car au second degré de juridiction, le contentieux familial est en principe regroupé puisqu'il est porté devant une seule juridiction qui est la cour d'appel.

333. Une charte, un « guide de bonnes pratiques »⁷⁶³ élaboré dans la concertation et le dialogue peut être une suggestion. À vérifier

B) Recentrer l'office du juge sur son cœur de métier : dire le droit

334. Recentrer l'office du juge est un objectif qui revient dans différents rapports. Ainsi, le rapport GUINCHARD propose de remettre le juge « au cœur de son activité juridictionnelle »⁷⁶⁴. Comme nous l'avons déjà exprimé, il n'y a pas une seule définition de l'office du juge⁷⁶⁵ et il n'y a pas un office du juge, mais des offices du juge⁷⁶⁶. Le rapport de l'IHEJ en distingue six : l'office processuel, l'office de vérité, l'office sanctionnateur, l'office libéral, l'office tutélaire et enfin l'office jurisprudentiel⁷⁶⁷.

335. Lorsqu'ils évoquent l'office du juge, les rapports s'interrogent souvent sur sa délimitation. Ainsi, les rapports cherchent à mieux préciser l'office du juge, et formulent des propositions pour rompre l'isolement du juge, afin qu'il soit plus « à l'écoute du monde »⁷⁶⁸, « l'office du juge doit être davantage partagé »⁷⁶⁹. Partagé entre le juge et la famille.

336. Le juge dit le droit en tranchant des litiges, mais aussi quand « en l'absence de litige, la loi exige qu'en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant », la demande « soit soumise à son contrôle »⁷⁷⁰. En matière gracieuse « La *juridictio* du juge constitue le fondement d'une justice s'appuyant sur la raison juridique et l'humanisme judiciaire, il s'agit de transformer les mots de la loi en normes et au-delà d'atteindre la paix sociale »⁷⁷¹. Et au-delà, le juge doit aussi apporter un apaisement social, pour reprendre l'expression de Paul RICŒUR : « il faut faire entrer en ligne de compte une composante plus

⁷⁶³ Rapport dit « Magendie II », « Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie », 15 octobre 2008, p. 39 à 45.

⁷⁶⁴ S. GUINCHARD (dir.), « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », *op. cit.*, p. 45 et s. (désigné ci-après : rapp. GUINCHARD). La première partie du rapport est intitulée « Le périmètre de l'intervention du juge – Remettre le juge au cœur de son activité juridictionnelle ».

⁷⁶⁵ J. NORMAND, « Office du juge », in L. Cadiet (dir.), Dictionnaire de la Justice, PUF, 2004, p. 925 et s. : « le concept d'office du juge ne fait l'objet d'aucune définition officielle ».

⁷⁶⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, Les offices du juge, in Ecrits en hommage à Jean Foyer, PUF, 1997, p. 463 et s.

⁷⁶⁷ Rapp. IHEJ, p. 19.

⁷⁶⁸ Pour reprendre le joli titre du colloque organisé par le TGI de Paris : Le juge à l'écoute du monde, Les cahiers de la justice 2013/3, dossier, p. 15 et s.

⁷⁶⁹ L. RASCHEL, « Les métamorphoses de l'office du juge » Gaz. Pal., 31 juillet 2014 n° 212, P. 18.

⁷⁷⁰ Article 25 du Code de procédure civile.

⁷⁷¹ S. GABORIAU, « Déjudiciarisation et administration de la justice, promouvoir la « juridiversité », LPA., 14 juin 2012, n°119, p. 8.

substantielle que la pure procédure de justice à savoir quelque chose comme un bien commun, consistant en valeurs partagées »⁷⁷². En effet, l'office du juge en droit de la famille est très en prise avec la société, en témoigne la jurisprudence des juges aux affaires familiales qui suit les évolutions de la société française. Sa décision doit être « juste » (revenez à la notion de juste droit). Et le juge doit prendre en considération les principes développés par les cours européennes. « Sous l'effet de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la justice apparaît comme la nécessaire continuation des droits substantiels dont elle assure la réalisation »⁷⁷³. À côté de la fonction juridictionnelle, le juge a une fonction de régulation, il est le gardien des valeurs fondamentales. La question prioritaire de constitutionnalité et la place du droit européen en sont des illustrations.

337. François OST a distingué trois modèles de juge : le juge Jupiter avec son imperium, qui dit le droit, le juge Hercule qui, « s'astreint à d'épuisants travaux de justicier », et le juge Hermès, qui contribue à établir le dialogue entre tous les acteurs de la société. L'auteur a par ailleurs complété son analyse en proposant une autre classification faisant apparaître la figure du juge pacificateur, celui qui apaise, la figure du juge arbitre, qui s'éteint avec sa décision, et enfin celle du juge entraîneur, qui s'implique dans « le jugement pré-sentenciel et post-sentenciel »⁷⁷⁴. Le juge de la famille doit être tout cela à la fois.

338. Il est alors nécessaire de délimiter ce qui doit relever de la mission du juge et spécialiser sa juridiction.

II : Spécialiser les juridictions familiales

339. La diversité des litiges a conduit au fil des réformes à une spécialisation des différentes juridictions. Le dualisme juridictionnel français en est un exemple frappant, et au sein de l'ordre judiciaire coexistent juridictions civiles et juridictions pénales. Un président de juridiction relève que le « contentieux des affaires familiales mérite, à plus d'un titre, que le magistrat s'y consacre par choix »⁷⁷⁵. Il relève par ailleurs que les pratiques des juges aux

⁷⁷² P. RICOEUR, « Le juste », éd. Esprit, 1995.

⁷⁷³ S. GABORIAU, « Déjudiciarisation et administration de la justice, promouvoir la « juridiversité », LPA., 14 juin 2012, n°119, p. 3.

⁷⁷⁴ F. OST, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles de juge », in P. Bouretz (dir.), La force du droit. Panorama des débats contemporains, Editions Esprit, Paris, 1991, p. 241.

⁷⁷⁵ M. JUSTON, « le juge aux affaires familiales du XXIe siècle », Gaz. Pal. 7 septembre 2013, n° 250, p. 17.

affaires familiales différent et rendent ainsi le fonctionnement juridictionnel peu lisible pour le justiciable⁷⁷⁶.

340. Mais qu'entend-on par spécialisation ? Il peut s'agir d'une spécialisation des formations des juridictions aboutissant à une juridiction de la famille (A) ou d'une spécialisation des magistrats mettant en exergue la délicate question de leur formation (B).

A) Une possible juridiction de la famille

341. La spécificité du droit familial pourrait justifier la création d'une juridiction autonome, tout comme il existe un tribunal de commerce pour les litiges commerciaux ou un conseil de prud'hommes pour les litiges du travail. Mais il est certain que l'autonomie d'une juridiction est généralement le fruit d'une longue histoire, l'origine du tribunal de commerce remonte loin dans l'ancien régime⁷⁷⁷.

342. La cohérence et la lisibilité de la justice familiale pourraient être atteintes grâce à la création d'une juridiction de la famille, qui tiendrait compte des avantages du « pôle famille » imaginé par la commission GUINCHARD, et l'idée d'un « réseau judiciaire en matière familiale » permettant de mieux articuler l'intervention des juges⁷⁷⁸. Ce tribunal de la famille regrouperait bien sûr les juges aux affaires familiales, mais son bloc de compétences se verrait étendu. Ce tribunal pourrait connaître du contentieux de la nationalité, du contentieux des nullités du mariage, de l'ensemble du contentieux de l'absence dans sa totalité, des changements de l'état civil, des procédures déclaratives de naissance et de décès, du contentieux de la filiation, des procédures d'adoption, des actions à fins de subsides, des procédures de déclaration judiciaire d'abandon et des procédures de retrait de l'autorité parentale. Le rapport MARSHALL l'a déjà préconisé. En somme, l'ensemble du droit extrapatrimonial de la famille devrait être confié au juge aux affaires familiales. Le contentieux du droit des successions, matière extrêmement complexe, devrait rester de la compétence du Tribunal de grande instance.

343. Le rapport MARSHALL propose un tribunal de la famille regroupant les juges aux affaires familiales, les juges des enfants et les magistrats pénaux afin de donner un cadre aux contentieux familiaux permettant une réponse plus adaptée et efficace s'agissant des procédures complexes faisant appel à ces trois catégories de magistrats.

⁷⁷⁶ Alors que ces différentes interprétations sont une expression du pluralisme juridictionnel.

⁷⁷⁷ J.-Ph. LEVY, A. CASTALDO, « Histoire du droit civil », Dalloz, 2^e éd. 2010.

⁷⁷⁸ Th. FOSSIER, « Le Réseau Famille », AJ fam. 2008, p. 319

344. Mais notre système juridique a déjà connu différentes expériences de spécialisation, la principale étant celle des Chambres de la famille⁷⁷⁹. Cette initiative apparue dans les années 60 mettait en place des chambres composées de trois magistrats spécialisés en droit familial connaissant des affaires à caractère familial sur le plan civil et pénal⁷⁸⁰. Ces chambres étaient la manifestation de la tendance au regroupement horizontal et vertical des compétences en matière de contentieux familial⁷⁸¹. Comme nous l'avons relevé, l'efficacité du regroupement du contentieux était limitée compte tenu des compétences spécifiques du juge des tutelles, et du juge des enfants et ne pouvait ainsi lutter contre la dispersion du contentieux, but premier de l'initiative. M. MARTAGUET a constaté que l'efficacité était aussi rendue variable en raison de l'importance et des moyens de la juridiction, ainsi que selon le « dynamisme » de ceux qui l'animaient⁷⁸². Cette expérience n'a ainsi pas été généralisée et cela nous paraît dommage. Nous pouvons nous interroger à l'instar de Laurent GEBLER⁷⁸³ sur la pertinence d'un transfert au juge aux affaires familiales de la compétence pour statuer sur les liquidations après divorce ou séparation, alors que le contentieux des liquidations successorales, sensiblement identique, continue de lui échapper. La spécialisation du droit de la famille ne justifierait pas que soit confié à la même juridiction spécialisée (par exemple des chambres de la famille, composées de magistrats spécialisés) tout le contentieux, y compris celui de la filiation⁷⁸⁴.

345. Un rapport d'information rédigé par deux sénateurs suite à de très nombreuses auditions de magistrats, d'auxiliaires de justice et de professeurs de droit⁷⁸⁵, concerne la délicate question de la création d'un tribunal de première instance. Ce fameux « tribunal de première instance », TPI, s'impose manifestement comme un « véritable serpent de mer procédural »⁷⁸⁶. Au regard des compétences matérielles, il s'agirait d'une juridiction de première instance fusionnant la plupart des actuelles juridictions civiles de première instance.

⁷⁷⁹ J. COMMAILLE, « Famille sans justice ? Le droit et la justice face aux transformations de la famille », *op. cit.* ; renvoi au n°99. ; L. CADIET, « À la recherche du juge de la famille », *op. cit.*

⁷⁸⁰ C. ALLAER, « L'expérience lilloise de la chambre de la famille », JCP G 1968, I, 2204. ; L. CADIET « A la recherche du juge de la famille », *op. cit.*

⁷⁸¹ S. KIEFE, « De la chambre de la famille au juge aux affaires matrimoniales (JAM) et au juge aux affaires familiales (JAF) », *Gaz. Pal.* 1993, p. 838.

⁷⁸² P. MARTAGUET, « Les chambres de la famille dans les juridictions françaises », *Rev. Sc. Crim.* 1974, p. 944.

⁷⁸³ L. GEBLER, « Le nouveau bloc de compétences du juge aux affaires familiales », *op. cit.*

⁷⁸⁴ 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 », *op. cit.*

⁷⁸⁵ V. KLÈS, Y. DÉTRAIGNE, « Pour une réforme pragmatique de la juridiction de première instance », Rapport d'information n° 54 (2013-2014) fait au nom de la commission des lois, déposé le 9 octobre 2013 remis à Mme le ministre de la Justice le 6 novembre 2013.

⁷⁸⁶ P. RONFANI, « La déjudiciarisation du contentieux familial », *in* Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé, Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN (dir.), Bruxelles et Paris, éd. Bruylant et LGDJ, 1997, p. 43.

S'agissant des compétences territoriales, un seul tribunal de première instance pourrait siéger par département avec des annexes locales ou des audiences foraines.

Le rapport plaide en faveur d'une accessibilité et d'une proximité des juridictions et préconise d'ériger la création d'un tribunal de première instance en perspective de long terme, à laquelle il faudrait aboutir par étapes. Dans l'immédiat, il conviendrait de créer un guichet universel du greffe, permettant à chaque justiciable de saisir la justice et d'être informé des progrès de la procédure, au sein du tribunal le plus proche de son domicile. Ensuite, il conviendrait d'organiser des audiences foraines pour pallier l'absence de juridictions sur certains territoires. Enfin, les tribunaux d'instance et tribunaux de grande instance pourraient être fusionnés, alors que les tribunaux de commerce, les conseils de prud'hommes et les juridictions sociales (fusionnées entre elles), resteraient en dehors de ce tribunal de première instance.

346. S'agissant plus spécifiquement du contentieux familial, on notera que sa part importante dans les affaires jugées en première instance a manifestement été prise en compte dans le rapport. Plus exactement, les partisans de la création d'un tribunal de première instance semblent préconiser la scission des compétences actuelles du juge aux affaires familiales entre le siège du tribunal de première instance, seul chargé des affaires complexes, notamment les divorces, et ses antennes extérieures, anciens tribunaux d'instance, chargés des affaires plus simples⁷⁸⁷. Pour autant, les rapporteurs ne se montrent guère favorables à cette solution soulignant, ce qui est exact, que toute l'histoire du juge aux affaires matrimoniales, devenu juge aux affaires familiales, est celle d'une concentration du contentieux familial devant ce magistrat. Partant, le risque d'éclatement du contentieux des affaires familiales qu'engendrerait la création d'un tribunal de première instance, si elle était réalisée, constitue un obstacle sérieux érigé face à cette proposition.

347. La tendance à l'extension de compétences se traduit par l'institution dans différents pays de Tribunaux de la famille à l'instar des *Family Courts* institutionnalisées en Australie en 1975⁷⁸⁸. Ces organismes qui ont été créés pour rationaliser et unifier les compétences en droit de la famille partagées entre différentes juridictions, réduisent et simplifient les formalités procédurales. D'une manière générale, les Tribunaux de la famille ont non seulement pour tâche de traiter les conflits familiaux, mais aussi ils doivent prévenir l'apparition des conflits en exerçant un rôle de conciliation, en faisant appel par exemple à des services sociaux. Dans les pays européens, dans les années 70, lorsqu'a émergé l'idée de s'inspirer de ces Tribunaux de la famille, la crainte d'une ingérence du service public dans la

⁷⁸⁷ Rapp. *op. cit.* p. 37.

⁷⁸⁸ <http://www.familycourt.gov.au>.

vie familiale a freiné le processus et suscité de nombreuses critiques. En France l'institution du juge aux affaires familiales caractérisait la tendance à affirmer « la supériorité du judiciaire sur le social »⁷⁸⁹. Le juge a la confiance du citoyen, les litiges familiaux doivent être de sa compétence. À l'inverse, le principe même de pluralisme familial a poussé le système judiciaire à privilégié l'autonomie des membres de la famille pour traiter le contentieux familial.

348. La spécialisation pourrait s'envisager à travers l'introduction de juges non professionnels au sein des juridictions⁷⁹⁰. Madame DOST s'y est intéressée et relève que « la participation des juges non professionnels répond à la volonté d'associer au jugement, des techniciens (de disciplines autre que juridiques) dont les connaissances et l'expérience pratiques peuvent être utiles à la résolution des problèmes posés par le litige »⁷⁹¹. L'échevinage pourrait en effet associer les garanties juridiques des magistrats à l'expérience et aux connaissances techniques des non professionnels. Il nous semble que ce serait surtout la garantie d'une justice de proximité. Raison pour laquelle nous excluons aussi la collégialité. Les particularités des contentieux de la famille imposent des aménagements juridictionnels en adéquation avec les besoins des familles. C'est en effet la proximité du magistrat avec le justiciable qui importe le plus. L'institution des Maisons de justice et du droit en étant une parfaite illustration⁷⁹². Cette idée de proximité implique aussi bien une proximité géographique, affective et temporelle, comme l'a défini Monsieur HAENEL⁷⁹³. Ces trois aspects devant se retrouver en matière de contentieux familial.

B) La question de la formation

349. Dans un univers juridique où l'inflation normative constitue un problème chaque jour plus grand, la maîtrise de la technique devient symétriquement une question de plus en plus sensible. Les juges aux affaires familiales sont-ils suffisamment formés ?⁷⁹⁴. Dans une société au sein de laquelle le contentieux familial représente près des deux tiers de l'activité des juridictions judiciaires, la question de la formation des juges en droit familial constitue alors un enjeu des plus important. Lors de la création du juge aux affaires familiales,

⁷⁸⁹ P. RONFANI, « Le déjudiciarisation du contentieux familial », *op. cit.*, p. 45.

⁷⁹⁰ C. POMART, thèse *op. cit.*

⁷⁹¹ C. DOST, thèse *op. cit.*

⁷⁹² Titre XII du Code de l'organisation judiciaire, institué par la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998, J.O. du 22 décembre 1998.

⁷⁹³ H. HAENEL, « Justice de proximité », *Revue Pouvoirs*, 1995, p. 93.

⁷⁹⁴ J. CASEY, « Quelle formation en droit familial pour les juges » ?, *Gaz. Pal.*, 19 novembre 2011, n° 323, p. 7.

les chiffres varient, 40 %⁷⁹⁵, 53 %⁷⁹⁶ de l'activité des juridictions civiles ordinaires.

Le contentieux familial est un « contentieux de masse qui nécessite avant tout du « sur-mesure », et parfois de l'orfèvrerie »⁷⁹⁷.

350. Les dispositifs en droit familial amènent à de plus en plus d'exigences à l'égard du juge, notamment du juge aux affaires familiales. Une justice rendue par des juges spécialisés est le gage d'une justice de qualité. La solidité juridique du juge constitue la meilleure garantie d'un fonctionnement adéquat de la justice que l'institution judiciaire doit offrir au justiciable. Les qualités techniques sont alors la vertu première même si comme le remarque Jérôme CASEY, elles ne doivent pas masquer la nécessité de posséder des qualités humaines⁷⁹⁸

351. La difficulté se situe au niveau même de l'expression de droit de la famille qui recouvre un contentieux des plus importants et l'aide apportée après la formation, pour parfaire et améliorer la technique juridique. Compte tenu de la diversification de l'office du juge de la famille, les connaissances traditionnellement sollicitées chez le magistrat semblent insuffisantes, la spécialisation paraît constituer une solution⁷⁹⁹. La fonction de juge aux affaires familiales, lourde de responsabilités doit faire l'objet d'une attention toute particulière de la part des chefs de juridiction ainsi que d'une réelle valorisation en terme de carrière des magistrats⁸⁰⁰.

352. La formation initiale des magistrats pour la fonction de juge aux affaires familiales est englobée dans la formation de la fonction de magistrats du siège. Selon un magistrat, aucun enseignement spécifique durant les 9 mois de scolarité n'est dispensé si ce n'est quelques jours⁸⁰¹. Le propos est néanmoins à nuancer, car lors de la formation continue, la matière familiale est abordée, mais seuls les magistrats volontaires la suivent. À l'Ecole nationale de la magistrature, les futurs juges aux affaires familiales reçoivent une formation généraliste de juge civil et pénal, incluant bien entendu les aspects familiaux, mais dans une optique uniquement juridique, à la différence des juges des enfants qui reçoivent un enseignement beaucoup plus spécialisé, notamment en matière de sciences humaines, afin de les sensibiliser aux enjeux de leurs décisions.

⁷⁹⁵ Pourcentage avancé par le ministère de la justice au moment des travaux précédant la loi du 8 janvier 1993, JOAN CR, 28 avril 1992, p. 725.

⁷⁹⁶ D. PICAL, « Quelques aspects de l'évolution récente du droit de la famille », Gaz. Pal. 20-21 mai 1994, p. 30.

⁷⁹⁷ C. LIENHARD, « Procédures familiales et stratégies », AJ fam. 2007, p. 347.

⁷⁹⁸ *Ibid.* et affaire du juge Paul Magnaud

⁷⁹⁹ C. POMART, thèse *op. cit.*

⁸⁰⁰ F. KERNALEGUEN, « Institutions judiciaires », 3e éd., 2003, Litec, p. 220

⁸⁰¹ M. JUSTON, « Le juge aux affaires familiales du XXIe siècle », Gaz. Pal. 7 septembre 2013, n°250, p.17.

353. Dans la grande majorité des juridictions, le magistrat appelé à exercer les fonctions de juge aux affaires familiales est le dernier arrivé. « Environ deux tiers des juges aux affaires familiales ne le sont que pour une période de deux ans »⁸⁰². On a pu même dénoncer le peu d'intérêt qu'ont les magistrats pour cette fonction. Et comme le souligne Marc JUSTON, ceux qui choisissent la fonction par intérêt peuvent se retrouver découragés par le manque de moyens mis à la disposition des juges aux affaires familiales. Le peu d'engouement manifesté par les jeunes magistrats pourrait s'expliquer par la « médiocrité » de la matière : le droit de la famille serait trop teinté de sociologie, la fonction peut paraître déstabilisante en raison de l'implication émotionnelle et psychologique qu'elle suppose⁸⁰³.

354. Dans la mesure où la nomination du juge aux affaires familiales ne se fait pas par décret, tout dépendra essentiellement du choix des délégataires par le président du Tribunal de grande instance, de leur motivation, mais aussi et surtout de la formation initiale et continue dispensée afin de leur permettre de remplir une mission essentielle au sein du système judiciaire en raison de l'augmentation croissante des flux liés à la gestion des conflits familiaux. La formation doit être marquée par le sceau de la pluridisciplinarité⁸⁰⁴.

355. Doit-on revoir l'organisation juridictionnelle, remettre en débat la question de l'unité, de la collégialité ? L'intimité de la vie familiale paraît solliciter la discrétion d'un colloque à juge unique, tandis que la gravité des décisions qui sont parfois à prendre semble requérir l'intervention d'une formation collégiale. L'évolution du droit français porte la marque de ses hésitations. Quels qu'en soient les mobiles profonds, la tendance générale en la matière paraît celle du juge unique. En effet, le juge des enfants, le juge des tutelles, le juge aux affaires familiales sont des juges uniques. Cette tendance contemporaine du droit judiciaire français, par la voie du juge unique spécialise l'activité juridictionnelle au sein même des juridictions collégiales. « Ces juridictions acquièrent ainsi une géométrie variable : de leur noyau dur statuant en formation collégiale, sont détachés des satellites, gravitant à la périphérie plus ou moins proche, sorte d'avant-postes ou de bastions avancés, destinés à répondre de manière simple et rapide à une demande sociale particulière »⁸⁰⁵.

En réalité, la spécialisation d'une juridiction n'est donc pas fonction de son organisation collégiale ou non. Une fois choisi le principe d'une juridiction déléguée aux affaires

⁸⁰² M. JUSTON, *op. cit.* p.19.

⁸⁰³ L. GEBLER, « L'enfant et ses juges », *op. cit.*

⁸⁰⁴ J. HAUSER, « Décadence et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille à la fin du XXe siècle », in *Mélanges à la mémoire de D. Huet-Weiller, Droit des personnes et de la famille, Liber amicorum*, PU de Strasbourg, 1994 LGDJ, p. 235

⁸⁰⁵ L. CADIET, « A la recherche du juge de la famille », *op. cit.*

familiales au sein d'une juridiction civile existant déjà, une question se pose quant à la source de cette délégation. Le juge aux affaires familiales peut être désigné dans ses fonctions par décision du chef la juridiction, comme en France l'est le juge des tutelles, il peut l'être plus solennellement, par décret du pouvoir exécutif, comme l'est le juge des enfants.

Le juge aux affaires familiales est un juge du Tribunal de grande instance qui est délégué à ses fonctions par le président de la juridiction, au titre de ses pouvoirs d'administration judiciaire. Lors des travaux préparatoires de la loi du 8 janvier 1993, l'idée avait été évoquée de donner au juge aux affaires familiales un statut encore plus affirmé en assurant sa nomination par décret. Mais l'idée avait été écartée au motif que « l'indépendance de ces juges ne paraissant pas particulièrement menacée, il n'y aurait sans doute là qu'une rigidité supplémentaire »⁸⁰⁶

356. Un magistrat relevait au lendemain de l'adoption de la loi du 12 mai 2009 qu'« en élargissant le champ de compétence du JAF, le législateur a implicitement reconnu sa légitimité pour appréhender les conflits familiaux sous leurs multiples facettes. Lui permettre d'accéder à une spécialisation non seulement fonctionnelle, mais aussi statutaire au moins pour certains d'entre eux, ainsi qu'à une formation préalable obligatoire, serait l'aboutissement logique de cette reconnaissance »⁸⁰⁷. Un autre magistrat relève que « face à la non-spécialisation des juges aux affaires familiales et à l'absence de volontariat pour cette fonction, les chefs de juridiction parcellisent ce contentieux entre plusieurs magistrats du siège. Cette parcellisation entrave l'investissement des juges. De plus, le fait que les magistrats spécialisés ne puissent pas rester plus de dix ans dans leur poste, au sein de la même juridiction, a pour conséquence d'affecter ces magistrats devenus non spécialisés au traitement du contentieux familial, sans qu'ils y portent un réel intérêt »⁸⁰⁸.

357. La spécialisation n'est pas inscrite en tant que telle dans les textes. Elle résulte du regroupement du contentieux prévu par l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire. Elle découle, d'une part, de la mission de sauvegarde des intérêts des enfants mineurs et, d'autre part, de la mission de protection des intérêts des époux en matière de divorce. Mais au-delà de la désunion du couple marié, le juge aux affaires familiales est devenu au fil des réformes, le juge de la désunion de tous les couples. Et au temps de la rupture, on peut affirmer que les parties se trouvent dans une situation de vulnérabilité, une situation dans laquelle leurs intérêts doivent être protégés. La protection du

⁸⁰⁶ Rapport JOAN préc.

⁸⁰⁷ L. GEBLER, « Le nouveau bloc de compétences du juge aux affaires familiales », *op. cit.*

⁸⁰⁸ M. JUSTON, « Le juge aux affaires familiales du XXI^e siècle », *op. cit.*

plus faible, voilà ce qui paraît définir cette spécialisation. Elle est inspirée du souci d'une cohérence d'application des dispositions particulières en matière familiale.

358. On retrouve également cette spécialisation de fait dans la pédagogie de l'école nationale de la magistrature, au niveau de la formation aussi bien initiale que continue, dans l'existence d'un site dédié au niveau de l'intranet de l'école nationale de la magistrature et dans la création, à l'initiative de certains juge aux affaires familiales, initiative privée et hors hiérarchie judiciaire, du réseau JAFnet⁸⁰⁹. Réseau permettant de mettre en exergue le besoin ressenti par ces professionnels de la matière de ne pas rester seuls face à l'importance des contentieux.

359. Il apparaît clairement que la spécialisation des magistrats sera nécessairement limitée, en raison notamment du nombre de matières juridiques à connaître, les juges ne peuvent devenir des experts dans toutes les matières.

360. La justice familiale, garante de la protection de la famille, s'impose. Mais face à cette justice « imposée », apparaît depuis longtemps une justice « négociée ».

Section 2 : La justice familiale en quête d'apaisement

361. Le droit contemporain de la famille a sciemment renoncé à imposer un modèle général, unique et dominant⁸¹⁰. Le juge est ainsi chargé de dégager des solutions efficaces et adaptées à chaque situation. « La responsabilité de la relation avec l'individu en droit de la famille allait donc se déplacer du législateur vers le juge »⁸¹¹. Ainsi, alors que le juge de la famille se voit attribuer toujours plus de compétences, il se voit attribuer surtout de nouvelles façons de juger. La fonction de juger n'est plus monolithique. Les aspirations et les droits reconnus à la famille contemporaine conduisent à associer cette famille à la fonction de juger, le juge conservant bien sûr le pouvoir décisionnel pour protéger tel ou tel intérêt familial en cause.

⁸⁰⁹ JAFBase.fr est une base de données de conventions internationales et de textes de droit applicables aux litiges à composante internationale pouvant être portés devant le juge aux affaires familiales français, spécialement en matière de divorce. Ce site créé en septembre 2008 est administré par Cyril Roth, magistrat de l'ordre judiciaire. Il est principalement destiné aux praticiens.

⁸¹⁰ H. FULCHIRON, « Existe-t-il un modèle familial européen ? », Defrénois, 2005, p. 1461.

⁸¹¹ B. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « L'homologation judiciaire en droit de la famille », *in* Mélanges Hauser, Lexis-Nexis, Dalloz, 2012, p. 373.

362. Ainsi, les modes alternatifs de règlement des conflits se sont imposés au gré des réformes. La loi du 8 février 1995⁸¹² et le décret du 22 juillet 1996 ont consacré la conciliation et la médiation judiciaires. Après l'ordonnance du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive « médiation » de l'Union européenne de 2008⁸¹³, le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012⁸¹⁴ a institué un livre 5 dans le Code de procédure civile, afin d'organiser d'une manière générale « la résolution amiable des différends ». Ce décret a permis l'entrée en vigueur de la convention de procédure participative assistée par avocat. Tous les contentieux sont ainsi concernés, celui familial au premier plan. Les modes alternatifs de résolution des conflits sont à privilégier et doivent constituer le préalable de toute action en justice, le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015⁸¹⁵ et sa circulaire auront marqué le passage d'une étape supplémentaire dans l'ancrage des modes amiables de règlement des différends dans notre droit.

363. Les modes alternatifs de règlement des conflits, ou des différends, sont l'appréhension du conflit dans toute sa dimension, ils constituent des processus fondés sur des règles négociées, dans l'« orbite »⁸¹⁶ judiciaire, tels des « satellites »⁸¹⁷. Ils constituent une alternative au juge ou un préalable au juge. L'air du temps est à la délocalisation des conflits, à la déjudiciarisation, la matière familiale étant « la terre d'élection des méthodes alternatives »⁸¹⁸.

364. Ces méthodes alternatives mettent en exergue que la matière familiale est régie autant par des règles juridiques que par des décisions judiciaires, pour Jean CARBONNIER, le pluralisme juridictionnel doit être trouvé dans la multiplicité des appréciations et interprétations judiciaires d'une même règle de droit. Jean HAUSER affirmait à ce propos que « le pluralisme juridique est désormais une donnée incontournable »⁸¹⁹. À la pluralité de types de famille correspond une pluralité de modes de règlements des conflits et un pluralisme juridictionnel.

⁸¹² Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, J.O. du 9 février 1995.

⁸¹³ Ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

⁸¹⁴ Décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends, J.O. du 22 janvier 2012.

⁸¹⁵ Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends ; Circulaire du 20 mars 2015 de présentation du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends.

⁸¹⁶ C. LIENHARD, B. WEISS-GOUT, « Le développement et la diversification des modes alternatifs de règlement des litiges », Gaz. Pal, 24 mars 2012, p. 24.

⁸¹⁷ *Ibid.*

⁸¹⁸ *Ibid.*

⁸¹⁹ J. HAUSER, Rapport de synthèse, in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, p. 251 et s.

365. Ainsi, les modes alternatifs de règlement des conflits sont la médiation, la conciliation, l'arbitrage et la convention de procédure participative. Nous devons préciser que le double caractère d'ordre public de direction et de protection du droit de la famille exclut la technique de l'arbitrage⁸²⁰. Et s'il entre dans la mission du juge de concilier les parties selon l'article 21 du Code de procédure civile, l'article 1071 renvoie pour y procéder à la mesure de médiation.

366. Dans cette aspiration à rationaliser le contentieux en associant les parties, le rôle du juge se transforme et le fait devenir tantôt tantôt juge promoteur d'accords (II), tantôt juge homologateur d'accords (I).

I : Le juge promoteur d'accords

367. Les études et statistiques récentes ne constatent pas de désaffection vis à vis du système judiciaire de la part des justiciables, mais plutôt une volonté de promouvoir les modes alternatifs de règlement des conflits⁸²¹. « Ce que tu peux régler pacifiquement, ne cherche pas à le régler par la guerre ou par un procès »⁸²². Tandis que l'accès au juge est un des principes fondamentaux du procès le mieux garanti, la promotion des modes alternatifs de règlement des conflits se révèle de plus en plus importante. Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès. On prête cette sentence à Balzac⁸²³. Le contentieux familial, en raison du caractère intime apparaît comme particulièrement propice aux solutions amiables. Une tendance existe donc à la pacification des conflits familiaux par des solutions alternatives dominées par l'autonomie de la volonté⁸²⁴. Cette justice dite négociée apportée une réponse aux difficultés psychologiques et relationnelles dont est imprégné le contentieux familial. Et la place de cette justice est indéniable dans la solution judiciaire des litiges familiaux. En revanche, le contractuel ne saurait exclure le judiciaire. Des limites sont posées par l'ordre public même si la notion est évolutive. Les accords négociés ne présenteraient aucune garantie en l'absence de contrôle judiciaire.

368. Les modes alternatifs de résolution des conflits sont désormais à privilégier et doivent constituer le préalable de toute action en justice⁸²⁵. Le décret du 11 mars 2015 a ainsi modifié le texte des articles 56 et 58 du Code de procédure civile : « sauf justification d'un

⁸²⁰ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière familiale, étude comparative », RIDC, 1997, p. 383.

⁸²¹ « L'opinion des français sur la justice », Infostat Justice, 2014, n° 125.

⁸²² Cardinal Jules Mazarin « Bréviaire des politiciens », Citations du Monde

⁸²³ Les illusions perdues, Bibliothèque de la Pléiade, t. IV, p. 1054.

⁸²⁴ P. RONFANI, « La déjudiciarisation du contentieux familial », *op. cit.*, p. 47.

⁸²⁵ S. THOURET, « Résolution amiable des différends : entrée dans une nouvelle ère ! », AJ fam. 2015. 212.

motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public », l'assignation et la requête ou déclaration qui saisit la juridiction de première instance précisent « également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige » : médiation, conciliation, procédure participative ou négociation directe. Cette précision n'est pas prescrite à peine de nullité de l'assignation, de la requête ou encore de la déclaration. Il est, en effet, précisé, à l'article 127 Code de procédure civile que, « s'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance et conformément aux dispositions des articles 56 et 58, des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation ». La circulaire précise qu'« il ne s'agit là que d'une faculté pour le juge, qui appréciera l'opportunité de proposer de telles mesures, en particulier au vu de la nature du litige ». C'est ainsi purement incitatif.

369. Pacifier notamment le conflit familial est devenu le leitmotiv du législateur, qui multiplie les interventions en ce sens. Se concrétise alors une nouvelle forme de proximité intéressant les normes à partir desquelles les justiciables vont régler le litige qui les oppose. Les modes alternatifs de règlement des conflits s'affirment ainsi « comme le creuset d'un véritable pluralisme juridique »⁸²⁶, ce dernier mettant l'accent sur « l'existence au sein d'une société déterminée, de mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques »⁸²⁷. Ils permettent surtout « l'ajustement de la solution apportée au conflit à la pluralité des intérêts »⁸²⁸.

370. La famille est certainement le lieu où l'on souhaiterait rétablir l'entente entre les personnes en raison des liens particuliers unissant les personnes. Ainsi, le droit collaboratif a fait son entrée il y a peu dans le domaine familial (B), alors que la médiation continue sa progression (A). Ces deux modes alternatifs de règlement des conflits poursuivent un but identique, la recherche d'accords afin d'éviter le conflit.

A) La médiation familiale, un engouement certain

371. Alors même que l'accès au juge n'a jamais été autant protégé et garanti, la pacification du procès n'a jamais été autant promu. Ainsi que le remarque le Doyen CORNU,

⁸²⁶ E. CAMOUS, « Les modes alternatifs de règlement des conflits constituent-ils une justice de proximité ? », Gaz. Pal. 30 octobre 2003, p. 5.

⁸²⁷ J. VANDERLINDEN, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », RRJ, Droit prospectif, PUAM, 1993-2, p. 574.

⁸²⁸ E. PAILLET, « Le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits comme variable d'ajustement », *op. cit.*, p. 319.

« Médiation judiciaire et juridiction gracieuse ne sont pas des alternatives de la justice étatique, mais, au sein de celle-ci, des alternatives de la juridiction contentieuse »⁸²⁹. Le juge doit continuer à contrôler les accords pour assurer sa mission de protection et éviter que le contentieux occulté par l'accord ne réapparaisse lors de l'exécution de celui-ci⁸³⁰. L'engorgement des tribunaux due à la « marée montante » des litiges est la raison principale de l'expansion des modes alternatifs de règlement des conflits. La volonté affichée est de déplacer le contentieux « vers d'autres sphères moins encombrées et mieux à même de répondre aux attentes exprimées »⁸³¹.

372. La raison nous semble pourtant plus profonde, c'est une autre culture que l'on recherche en laissant les personnes décider elles mêmes, seules ou avec le juge. Un autre accès au droit est offert aux parties. Elles peuvent ainsi devenir les acteurs de la résolution de leur conflit. Il est indéniable qu'une solution négociée responsabilise le justiciable et sera mieux acceptée qu'une solution imposée et donc rétablit la paix sociale. De nombreuses mesures instituées en matière de divorce, d'autorité parentale et d'obligation alimentaire tendent à valoriser les accords entre époux ou entre parents⁸³². La médiation familiale apparaît l'outil le plus adéquat.

1) Une mesure constamment renforcée

373. La médiation familiale née aux États-Unis dans les années 1970⁸³³, a été développée au Québec dès 1981. La France s'inspirera notamment du modèle québécois. En 2001, sera constitué le Conseil national consultatif de la médiation familiale qui consacre dès 2002 une définition de la médiation familiale : « La médiation familiale est un processus de construction ou de reconstruction du lien familial axé sur l'autonomie et la responsabilité des personnes concernées par des situations de rupture ou de séparation dans lequel un tiers impartial, indépendant, qualifié et sans pouvoir de décision – le médiateur familial – favorise, à travers l'organisation d'entretiens confidentiels, leur communication, la gestion de leur conflit dans le domaine familial entendu dans sa diversité et dans son évolution ».

374. Mais la médiation et l'arbitrage d'apparence moderne étaient déjà pratiquées en Mésopotamie, en 2000 avant notre ère notamment en droit privé pour le règlement des

⁸²⁹ G. CORNU, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Rapport de synthèse », RID comparé. 1997, p. 313.

⁸³⁰ L. CADIET, « A la recherche du juge de la famille », *op. cit.*

⁸³¹ E. CAMOUS, *op. cit.*

⁸³² F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « À propos du pluralisme des couples et des familles », *op. cit.* p. 29.

⁸³³ Notamment grâce aux travaux d'un avocat, O. J. Coogler.

conflits entre membres d'une même famille, ou encore en Grèce, à Rome, mais aussi dans d'autres civilisations comme la Chine impériale par exemple⁸³⁴. Rome apparaît comme essentielle, car le droit romain distingue la conciliation qui mène à une transaction et l'arbitrage dans lequel la sentence rendue par l'arbitre doit être suivie par les parties⁸³⁵. Cette distinction est reprise en droit français et rappelée par les auteurs de l'Ancien Régime à propos de laquelle DOMAT écrivait « il y a deux manières de terminer de gré à gré les procès, ou les prévenir. La première est la voie d'une convention entre les parties, qui règlent par elles-mêmes ou par le conseil et l'entremise de leurs amis, les conditions d'un accommodement, et qui s'y soumettent par un traité, et c'est ce que l'on appelle une transaction. La seconde est un jugement d'arbitres dont on convient par un compromis »⁸³⁶

375. La pratique de la médiation a donc existé bien avant sa consécration par la loi du 8 février 1995⁸³⁷. Elle a émergé de la société civile soucieuse de renforcer la solidarité sociale et à partir de textes existants. La reconnaissance législative de la médiation judiciaire est intervenue à travers la loi précitée du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, et le Décret n° 96-652 du 22 juillet 1996 qui ont introduit dans le Code de procédure civile les articles 131-1 à 131-15. L'objectif de la loi du 8 février 1995 était de favoriser la médiation entendue comme un moyen pour les parties de parvenir à un accord.

376. Constatant que la médiation en matière civile générale n'était ordonnée que dans 1,5 % des affaires traitées par les cours d'appel et 1,1 % des affaires traitées par les juridictions de premier degré⁸³⁸, le rapport GUINCHARD sur la répartition des contentieux avait préconisé de faire de la médiation familiale un préalable obligatoire pour toutes les actions tendant à modifier les modalités de l'exercice de l'autorité parentale précédemment fixées par une décision de justice et de développer la double convocation, c'est-à-dire, pour le juge, d'inviter les parties à rencontrer un médiateur avant même l'audience⁸³⁹.

377. Le décret n° 2010-1395 du 12 novembre 2010 relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale envisageait la mise en œuvre, à titre expérimental dans certains tribunaux, d'une injonction préalable de rencontrer un médiateur avant

⁸³⁴ C. JALLAMION, « Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire », *Gaz Pal.* 17 janvier 2009, n°17, p. 3.

⁸³⁵ Raison pour laquelle le professeur Elisabeth PAILLET exclu l'arbitrage des modes alternatifs de règlement des conflits, voir notamment « Le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits comme variable d'ajustement », *op. cit.*

⁸³⁶ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel ; le droit public et legum delectum*, Paris, 1777, T.I, Livre 1, Des transactions, Titre XIII, Préambule, p. 212.

⁸³⁷ Loi n°95-125 du 8 février 1995, *op. cit.*

⁸³⁸ Rép. min. n° 13734, Decool, JOAN Q., 29 janvier 2008, p. 842, qui indique qu'en 2006, 4 234 mesures ont été confiées à des associations, contre 2 683 en 2004 ; 95 % des mesures étant ordonnées par le JAF.

⁸³⁹ S. GUINCHARD, *op. cit.* Propositions n°s 51 et 52.

l'audience du juge aux affaires familiales saisi d'un litige portant sur l'exercice de l'autorité parentale⁸⁴⁰. La « double convocation »⁸⁴¹, précédemment tentée au Tribunal de grande instance de Bobigny avec succès⁸⁴², n'est qu'une invitation à rencontrer un médiateur avant l'audience. De nouveau à titre expérimental, en 2011, le législateur⁸⁴³ a introduit le recours préalable obligatoire à la médiation familiale, avant toute requête en modification d'une décision fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, ou en modification d'une convention homologuée ; à peine d'irrecevabilité, que le juge peut soulever d'office, la saisine du juge par le ou les parents devait donc être précédée d'une tentative de médiation familiale. Les parties restent libres de refuser d'engager une médiation à l'issue de la rencontre avec un médiateur⁸⁴⁴. Les tribunaux d'Arras et de Bordeaux ont été les précurseurs⁸⁴⁵. D'ores et déjà, cependant, les aspects positifs de cette expérimentation ont été relevés⁸⁴⁶. Parallèlement, en octobre 2013, la ministre déléguée à la Famille a confié à un groupe de travail présidé par M. Marc JUSTON, président du Tribunal de grande instance de Tarascon⁸⁴⁷, une mission destinée, notamment, à favoriser le développement du recours à la médiation dès lors que cette dernière est susceptible de protéger l'enfant des conflits familiaux, quelle qu'en soit la nature et quels que soient les membres de la famille impliqués. Il a été notamment préconisé de rendre obligatoire une rencontre préalable avec un médiateur familial dans toutes les instances relatives à l'exercice de l'autorité parentale.

378. Dans l'intervalle, deux rapports, remis au garde des Sceaux, ministre de la

⁸⁴⁰ Décret n° 2010-1395, 12 novembre 2010, J.O. 16 novembre, art. 1^{er}, relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale : « pour l'application du troisième alinéa de l'article 373-2-10 du Code civil, les parties sont informées de la décision du juge leur enjoignant de rencontrer un médiateur familial soit par courrier, soit à l'audience. Il est indiqué aux parties le nom du médiateur familial ou de l'association de médiation familiale désigné et les lieux, jour et heure de la rencontre. Lorsque la décision est adressée par courrier, il leur est en outre rappelé la date de l'audience à laquelle l'affaire sera examinée. Lors de cette audience, le juge homologue le cas échéant l'accord intervenu ; en l'absence d'accord ou d'homologation, il tranche le litige ».

⁸⁴¹ V. EGEA « L'essor de la médiation familiale, un modèle pour les MARC ? », Lamy droit civil, décembre 2011, n°88, p. 45.

⁸⁴² S. GUINCHARD, *op. cit.* p. 140.

⁸⁴³ L. n° 2011-1862, 13 décembre 2011, JO 14 décembre, relative à la répartition des contentieux et à l'allègement des procédures juridictionnelles.

⁸⁴⁴ Ainsi, cette rencontre préalable n'a pas été imposée dans trois cas : lorsque la demande émane conjointement des deux parents afin de solliciter l'homologation d'une convention selon les modalités fixées à l'article 373-2-7 du Code civil, lorsque l'absence de recours à la médiation était justifiée par un motif légitime, et dans le cas où cette tentative de médiation préalable risque, compte tenu des délais dans lesquels elle était susceptible d'intervenir, de porter atteinte au droit des intéressés d'avoir accès au juge dans un délai raisonnable.

⁸⁴⁵ Ces juridictions ont été désignées par arrêtés du 16 mai 2013 (NOR, JUSB1312259A, J.O. du 31 mai 2013) ; V. EGEA, « Médiation familiale préalable obligatoire : désignation des juridictions « expérimentales » », Dr. famille 2013, alerte 42. Elles ont conclu un protocole avec leurs barreaux respectifs et les services de médiation de leur ressort les 7 novembre 2013 pour Bordeaux et 6 décembre 2013, pour Arras. ; les résultats sont attendus.

⁸⁴⁶ Rapp. inf. justice familiale, Sénat, n° 404, 2013-2014, p. 59.

⁸⁴⁷ Rapport en ligne sur <http://www.oned.gouv.fr/actualite/rapport-groupe-travail-mediation-familiale-et-contrats-co-parentalite>.

Justice en décembre 2013, ont également mis en avant la nécessité de renforcer ce processus structuré et confidentiel de résolution amiable des conflits familiaux. Le rapport du groupe de travail présidé par Pierre DELMAS-GOYON tout d'abord⁸⁴⁸, consacré au juge du XXI^e siècle, a proposé de refonder l'office du juge et pour cela, notamment, d'enrichir l'intervention judiciaire en matière civile en envisageant des solutions en amont, c'est-à-dire des procédures négociées. Pour mieux coordonner ces procédures, le rapport préconise de développer une culture de la médiation, spécialement en matière familiale et de généraliser, sans la rendre obligatoire, la double convocation. À la même époque, le rapport du groupe de travail présidé par Didier MARSHALL⁸⁴⁹, consacré aux juridictions du XXI^e siècle, constatant une fois encore que la médiation est peu utilisée alors qu'elle pourrait se révéler efficace dans de nombreux cas, préconise de recourir aux solutions alternatives de règlement des conflits pour passer d'une justice de confrontation à une justice d'apaisement.

379. Un pas de plus a donc été franchi par le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends. Ce décret oblige les parties à indiquer, dans l'acte de saisine de la juridiction, les démarches de résolution amiable précédemment effectuées. À cette fin il a été ajouté aux articles 56 (pour les assignations) et 58 (pour les requêtes) du Code de procédure civile, un alinéa imposant aux parties, « sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, de préciser également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige ». Ces dispositions ne concernent pas spécifiquement la médiation familiale, mais elles sont applicables au contentieux familial. La circulaire d'application⁸⁵⁰ précise qu'il s'agira de rappeler les démarches entreprises par le demandeur pour tenter de trouver une solution amiable avant de saisir le juge, mais qu'en tout état de cause, la mention n'est pas prévue à peine de nullité. Lorsque la requête ou l'assignation ne comportera pas la mention prévue, le juge aura la possibilité de proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation. Ainsi, une fois encore, il ne s'agit que d'une faculté pour le juge qui appréciera l'opportunité de proposer de telles mesures. Qui plus est, cette nouvelle règle générale de procédure pourra être écartée en cas de justification d'un motif légitime tenant à l'urgence et en ce qui concerne l'état des personnes⁸⁵¹.

⁸⁴⁸ P. DELMAS-GOYON., « Le juge du XXI^e siècle, Un citoyen acteur, une équipe de justice », *op. cit.*

⁸⁴⁹D. MARSHALL, « Les juridictions du XXI^e siècle », *op. cit.*

⁸⁵⁰ Circulaire de présentation du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015, NOR : JUSC1505620C, JO 15 mars.

⁸⁵¹ S. THOURET, « Résolution amiable des différends : entrée dans une nouvelle ère ! », AJ fam. 2015, p. 212.

380. Nous pouvons en déduire que c'est là surtout un rappel de l'obligation de conciliation imposée au juge par l'article 21 du Code de procédure civile. Il entre dans la mission du juge de concilier les parties, le législateur lui apporte une aide dans cette mission en imposant aux parties de tenter la pacification. La symbolique est importante et se prête surtout au contentieux familial.

2) La médiation, un espace ouvert au contentieux familial

381. Ce processus se base sur une négociation dite raisonnée⁸⁵², le résultat recherché doit être mutuellement satisfaisant. Plus généralement, la médiation familiale est dite interdisciplinaire en ce qu'elle s'intéresse aux dimensions psychosociales, économiques et juridiques du conflit⁸⁵³. Appliqué à notre matière, le recours à la médiation est expressément prévu dans deux domaines particuliers, les litiges touchant à l'autorité parentale et au divorce. En effet, la voie de la pacification a été ouverte par la loi du 4 mars 2002⁸⁵⁴ avec l'objectif de la mise en place de la coparentalité⁸⁵⁵. La loi du 26 mai 2004 relative au divorce avait pour vocation de permettre « la pacification du conflit entre les conjoints et l'accélération de la procédure »⁸⁵⁶. Ainsi, l'article 373-2-10 du Code civil, comme l'article 255 du même Code, permet au juge de proposer à une mesure de médiation ou d'enjoindre aux époux ou parents de rencontrer un médiateur familial pour recevoir une information à ce sujet.

382. S'agissant du pouvoir du juge de proposer une médiation aux époux ou aux parents, ce dernier est contraint de recueillir préalablement leur accord, un tel processus restant basé sur le principe du volontarisme. Une fois l'accord des parties, parents ou époux, recueilli par le juge, ce dernier désigne un médiateur. Lorsque le juge use de son pouvoir d'injonction à l'égard des parents ou des époux, cette mesure coercitive est limitée à la rencontre d'un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de la mesure de médiation. Les époux et parents ne sont pas tenus de débiter cette procédure ni de trouver un accord, s'ils décident d'entreprendre une telle démarche. Au-delà des textes permettant le recours à la médiation familiale dans le cadre de contentieux relatifs au divorce et à l'autorité parentale, son utilisation n'est pas pour autant impossible. En effet, la loi de 1995

⁸⁵² F. LIGOT, Justice négociée : le rôle conciliateur du juge et la médiation, *in* Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé, (Actes du Congrès International organisé par le centre de Droit de la Famille de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, 5-8 juillet 1994) Dir. MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, Bruxelles et Paris, éd. Bruylant et LGDJ, 1997, p. 400.

⁸⁵³ M.-C. Belleau, La médiation familiale au Québec : Dr famille 2015, dossier 5.

⁸⁵⁴ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, J.O. du 5 mars 2002.

⁸⁵⁵ A. GOUTTENOIRE, « Commentaire des dispositions relatives à l'autorité parentale », AJ fam. 2002, p. 124.

⁸⁵⁶ V. LECLERQ, « La médiation familiale dans la loi du 26 mai 2004 », Dr. famille 2004, étude 23.

l'article 1071 du Code de procédure civile autorise le juge aux affaires familiales saisi d'un litige à proposer une mesure de médiation.

383. Le but de la médiation est multiple. En effet, « les décisions imposées par les magistrats sont souvent mal vécues, inadaptées à la crise de la famille, peu respectées et mal comprises »⁸⁵⁷ Le processus de médiation cherche avant tout à régler le conflit. Mais au-delà de cela, il cherche à permettre une normalisation des échanges au sein de la famille, en favorisant le dialogue et en rétablissant des bases plus saines entre les membres d'un groupe. Ainsi, cette mesure n'apparaît pas pertinente lorsque les parties sont incapables de parvenir à une communication apaisée du fait de tensions trop fortes entre eux⁸⁵⁸. Il s'agit donc de régler le litige autrement. La recherche de solution ne passe pas par une personne, comme le juge, ayant le pouvoir d'imposer ses décisions. Elle passe au contraire par les parties elles-mêmes.

384. La médiation permet d'aller au-delà du droit ; elle ne prend pas uniquement en compte les éléments jugés pertinents pour régler un conflit juridique. Elle permet d'englober des dimensions autres que juridiques, comme la dimension humaine, relationnelle et matérielle du conflit⁸⁵⁹.

385. Le médiateur est une figure primordiale dans le processus de médiation. C'est un « tiers qui propose une solution pour régler à l'amiable un différend et qui prend part directement aux négociations entre les parties »⁸⁶⁰. Il doit faire preuve d'impartialité, de neutralité et respecter la confidentialité⁸⁶¹ des échanges. Cette position du médiateur permet en théorie de distinguer la médiation d'un autre mode alternatif de résolution des conflits très semblable en pratique, la conciliation. Selon certaines définitions, le conciliateur doit écouter les parties à la suite de quoi, il leur fait une proposition de règlement du litige. Les recommandations qu'il fait aux parties peuvent être suivies ou non, voire aménagées⁸⁶². L'intervention judiciaire est différée, grâce au recours à ce tiers. La justice consensuelle représente « une variable d'ajustement »⁸⁶³. Dans le cadre de l'organisation juridictionnelle, les modes alternatifs de règlement des conflits, permettent à la justice dans son ensemble de fonctionner autrement.

⁸⁵⁷ V. LECLERQ, *op. cit.*

⁸⁵⁸ D. CALDERON-BRUNEAU, « La médiation familiale », *Dr. fam.* 2011, prat. 1.

⁸⁵⁹ V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale ? », *Dr. fam.* 2012, étude 12.

⁸⁶⁰ Dictionnaire du vocabulaire juridique, R. CABRILLAC (dir.), Litec.

⁸⁶¹ V. EGEA « L'essor de la médiation familiale, un modèle pour les MARC ? », *op. cit.*

⁸⁶² D. CALDERON-BRUNEAU, *op. cit.*

⁸⁶³ E. PAILLET, « Le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits comme variable d'ajustement » *in* « Pluralisme juridique et effectivité du droit économique », L. Boy, J-B. Racine, J-J. Sueur (dir.), Larcier, 2011, p. 317

386. Malgré la mise en place d'un processus de médiation, il est possible que les parties ne parviennent pas à trouver une solution à leur conflit. Si l'on est dans l'hypothèse d'une médiation conventionnelle, sans le juge, on peut imaginer que les parties finiront par se tourner vers une procédure judiciaire pour régler leur différend. S'il s'agit d'une médiation judiciaire, alors c'est le juge qui après en avoir été informé constatera l'échec de la mesure et tranchera lui-même le litige⁸⁶⁴.

387. Si les parties parviennent à un accord, deux types de clauses peuvent s'y voir consignées. Tout d'abord il est possible d'y inclure des décisions concernant des aspects juridiques tels que la résidence de l'enfant ou la contribution à son éducation. Mais on peut également imaginer qu'un accord de médiation puisse prévoir des éléments très concrets de la vie quotidienne.

388. À la question de savoir s'il est possible dans un accord de médiation de déroger à des règles d'ordre public, la réponse est négative et il n'est pas permis de prévoir des solutions allant à l'encontre des règles impératives du droit⁸⁶⁵ en dépit du relâchement de l'ordre public de direction. Ainsi, le risque pour les parties de prévoir de telles dispositions est de voir le juge refuser d'homologuer leur accord⁸⁶⁶. Si le processus de médiation s'avère être un succès, c'est-à-dire qu'il aboutit à un accord des parties, plusieurs hypothèses se présentent. La mise en place d'une mesure de médiation judiciaire ne dessaisit pas pour autant le juge en charge du litige. C'est au moment de l'homologation de l'accord qu'il retrouve tout son pouvoir d'appréciation. En effet, il vérifie d'une part que cet accord a été négocié librement par les parties et d'autre part qu'il préserve l'intérêt des parties et de l'enfant. Le juge peut refuser d'homologuer un accord si une de ces conditions n'est pas respectée. Il renvoie alors les parties à renégocier cet accord en médiation ou tranche le litige lui-même. De même, il peut homologuer un accord partiel et prévoir une nouvelle médiation pour les points non réglés s'il estime que les parties ont manqué de temps. Dans le cas contraire, il impose sa décision aux parties. Si le juge estime que l'accord est suffisamment protecteur de l'intérêt supérieur de l'enfant et qu'il a été négocié librement, il l'homologuera. Pour ce faire, il l'annexera au jugement. Avec l'homologation, l'accord obtient force exécutoire⁸⁶⁷. L'article 1565 du Code de procédure civile énonce que « L'accord auquel sont parvenues les

⁸⁶⁴ D. CALDERON-BRUNEAU, *op. cit.*

⁸⁶⁵ H. HAMMADI, « Recherches sur l'ordre public familial », *op. cit.*; F. NIBOYET « L'ordre public matrimonial », *op. cit.*

⁸⁶⁶ F. LIGOT, « Justice négociée : le rôle conciliateur du juge et la médiation », *in* Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé, (Actes du Congrès International organisé par le centre de Droit de la Famille de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, 5-8 juillet 1994) Dir. MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, Bruxelles et Paris, éd. Bruylant et LGDJ, 1997, p. 400.

⁸⁶⁷ Article 1565 du Code de procédure civile, N. FRICERO, Accord des parties, homologation, octroi de la force exécutoire : quel rôle pour le juge ?, ⁸⁶⁷Revue juridique Personnes et famille, janvier 2010, p. 8.

parties à une médiation, une conciliation ou une procédure participative peut être soumis, aux fins de le rendre exécutoire, à l'homologation du juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée. Le juge à qui est soumis l'accord ne peut en modifier les termes ».

389. Nous n'en sommes plus au stade de l'émergence ni au stade de la consécration, mais à celui de l'institutionnalisation. « La médiation est une mesure de pacification qui a été institutionnalisée fortement »⁸⁶⁸. La médiation familiale bénéficie d'un régime juridique à travers l'homologation par le juge aux affaires familiales⁸⁶⁹, le jugement ainsi rendu relève de la matière gracieuse. Il obéit donc aux règles de procédure applicables à ces actes juridictionnels⁸⁷⁰. Son encadrement est indéniablement et heureusement juridique⁸⁷¹.

390. Nous devons néanmoins relever que les modes alternatifs de règlement des conflits peuvent ne pas remplir les objectifs qui leur sont assignés, à savoir, pacifier, responsabiliser les parties. Le rapport de l'IHEJ note à ce propos que « À chaque projet de réforme de la justice, la conciliation est évoquée, mais force est de reconnaître qu'elle ne montre pas une grande vitalité dans les faits »⁸⁷². Selon ce rapport, il y a à la fois une résistance des professionnels de justice et une opposition des justiciables. Le problème pourrait être culturel,⁸⁷³ car en matière de justice notamment la France n'aime pas le consensus : « Peut-être se heurte-t-on à la culture latine plus polarisée et plus conflictuelle que la culture des pays d'Europe du Nord »⁸⁷⁴. Le rapport DELMAS-GOYON suggère de « Promouvoir dans les universités une culture de la médiation et faire assurer par les facultés de droit, ainsi que par l'Ecole nationale de la magistrature et les écoles d'avocats, un enseignement méthodologique approprié »⁸⁷⁵. Il s'agirait plus précisément pour les facultés de droit d'« aider les futurs magistrats et avocats à acquérir une culture de la médiation. Notamment, elles pourront leur apprendre comment favoriser une médiation et comment l'accompagner ».

391. En matière familiale, la médiation familiale a connu et continue son expansion, mais elle pourrait être davantage utilisée. Les réticences viendraient de la crainte d'une privatisation de la justice car la médiation pose la question d'un certain désengagement de

⁸⁶⁸ C. LIENHARD, B. WEISS-GOUT, « Le développement et la diversification des modes alternatifs de règlement des litiges », *Gaz. Pal.* 24 mars 2012, n°84, p. 24

⁸⁶⁹ C. CHABAULT-MARX, « A propos de la médiation familiale : vers une judiciarisation du dialogue », *Recueil Dalloz* 2012, p. 43.

⁸⁷⁰ E. MULON, « Forme et force des accords en matière familiale », *Gaz. Pal.* 18-19 novembre 2011.

⁸⁷¹ F. RONGEAT-LOUDIN, « La médiation familiale : aspects juridiques et politiques », *RJPF* 2010, n° 2, p. 8.

⁸⁷² *Rapp. IHEJ, op. cit.* p. 36.

⁸⁷³ L. RASCHEL, « Les métamorphoses de l'office du juge » *Gaz. Pal.*, 31 juillet 2014 n° 212, p. 18.

⁸⁷⁴ *Ibid.*, p. 161.

⁸⁷⁵ *Rapport DELMAS-GOYON, op. cit.* p. 63.

l'État et révèle la volonté de restituer aux citoyens la responsabilité du règlement de leurs conflits. Les idées de désengorger les tribunaux et de réduire les coûts de la justice⁸⁷⁶ sont séduisantes, mais ne suffisent cependant pas à justifier la promotion de la médiation. Il s'agit d'un nouveau mode de régulation sociale qui ne peut être analysé uniquement comme une réponse aux dysfonctionnements de l'institution judiciaire. Le développement de la médiation ne supprime pas le possible recours aux tribunaux, mais repose sur la croyance en la capacité d'autodétermination des membres de la famille dans la recherche de remèdes à partir des intérêts de la famille et des intérêts spécifiques de chacun⁸⁷⁷.

392. Si la médiation ne prospère plus peut être que l'apaisement recherché serait apporté par la procédure participative.

B) La procédure participative, une alternative à la médiation

393. La convention dite de « procédure participative » est apparue dans notre droit en 2010⁸⁷⁸ et s'inspire du droit collaboratif québécois⁸⁷⁹. Le Rapport GUINCHARD⁸⁸⁰, tout en faisant référence au modèle québécois, proposait de l'adapter avant de le transposer dans notre droit. Le livre 3 du Code civil a accueilli la convention de procédure participative de négociation assistée par avocat dans un nouveau titre XVII – « De la convention de procédure participative ». Le décret d'application⁸⁸¹ est venu préciser que cette convention n'est pas seulement un instrument conventionnel, c'est davantage d'un outil procédural. Parfois qualifiée de contrat de procédure⁸⁸², la convention de procédure participative s'analyse en effet en une « phase préjudiciaire du procès »⁸⁸³ : la conclusion d'une telle convention marque le point de départ d'une procédure – particulière, car « participative », mais résolument judiciaire – alors même qu'aucun procès n'est en cours. C'est donc paradoxalement par la voie procédurale que le droit français entend faire évoluer les pratiques dans le sens d'un règlement amiable des litiges : la méthode retenue paraît radicalement inverse de celle

⁸⁷⁶ C. TASCA, M. MERCIER, « Justice familiale, pour un règlement pacifié des litiges », Rapport d'information fait au nom de la commission des lois, n° 404 (2013-2014) - 26 février 2014, p. 14.

⁸⁷⁷ A. LEBORGNE, « Plaidoyer en faveur de la médiation familiale pour une justice familiale apaisée, RJPF 2015 n° 5.

⁸⁷⁸ Loi n° 2010-1609, 22 décembre 2010, relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires, J.O. 23 Décembre 2010, p. 22552.

⁸⁷⁹ M.-J. BRODEUR et C. P. PRÉMONT, « Le droit collaboratif : un processus de résolution de conflits sans la menace d'avoir recours aux tribunaux », in La contractualisation de la rupture des couples, dir. L. Langevin, C. Neirinck, et M. Bruggeman, RRJ 2009-1, p. 77.

⁸⁸⁰ S. GUINCHARD (dir.), « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », *op. cit.*

⁸⁸¹ Décret n° 2012-66, 20 janvier 2012, relatif à la résolution amiable des différends, J.O. du 22 Janvier 2012.

⁸⁸² S. AMRANI MEKKI, « La convention de procédure participative », D. 2011, p. 3007.

⁸⁸³ M. BRUGGEMAN, « La convention de procédure participative, outil procédural au service de l'apaisement des conflits familiaux ? », Droit de la famille 2015, dossier 8.

observée au Québec où le droit collaboratif est pratiqué depuis de nombreuses années avant d'avoir été règlementé dans le Code de procédure civile.

394. L'article 2062 du Code civil dispose à cet effet que « la convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ». La convention de procédure participative poursuit l'objectif d'un règlement durable entre les membres de la famille, elle se déroule selon une procédure conventionnelle de recherche d'un accord (1), et se poursuit par une procédure aux fins de jugement (2). Le juge veille ainsi à la préservation des intérêts en présence, son ombre est incontournable⁸⁸⁴.

1) La convention de procédure participative, un nouvel outil d'apaisement

395. Présentée comme un outil d'apaisement du contentieux, la convention de procédure participative offre un intérêt particulier, mais limité dans le contentieux familial. La solution recherchée repose sur l'implication des parties, dans le cadre de leurs engagements contractuels, pour rechercher avec leurs avocats respectifs une solution constructive et apaisante à leurs différends. C'est une alternative globale à la solution judiciaire. Le règlement amiable et consensuel des différends familiaux fait en effet partie des objectifs régulièrement rappelés par les réformes intervenues ces dernières années.

396. Il s'agit d'une convention passée entre les parties en conflit qui comme toute convention doit répondre aux exigences de validité du droit commun et qui fait naître des obligations : les parties à la convention assument l'obligation d'œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution du différend⁸⁸⁵. Mais c'est aussi une convention spécifique, car elle a un objet bien précis : la résolution amiable d'un différend. Cet objet doit être précisé dans la convention qui implique par ailleurs l'assistance obligatoire de l'avocat. La signature d'une convention de procédure participative est nécessairement préalable à toute saisine du juge : c'est bien un mode de règlement alternatif des conflits⁸⁸⁶. Pendant toute sa durée, les parties ne peuvent pas saisir le juge, à moins que l'une des parties n'exécute pas la convention, ce qui

⁸⁸⁴ N. FRICERO, « Le décret du 20 janvier 2012, vers une résolution thérapeutique des contentieux familiaux par la procédure participative assistée par avocat », AJ fam. 2012, p. 66.

⁸⁸⁵ Article 2062 du Code civil.

⁸⁸⁶ V. LARRIBEAU-TERNEYRE, « Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale ? A propos de la médiation obligatoire et de la convention de procédure participative », Droit de la famille n°5, mai 2012, p.

autorise l'autre à saisir le juge pour qu'il statue sur le litige, la convention est donc nécessairement à durée déterminée.

397. La procédure participative permet de répondre à l'enjeu d'une pacification accrue des divorces puisqu'elle engendre un cadre structuré et sécurisé de négociation des conditions du divorce. Puisqu'avant le terme prévu par la convention, les époux sont certains que leur demande en divorce sera irrecevable⁸⁸⁷. Ensuite, elle renforce la mission de l'avocat, garant du respect des intérêts de l'époux dont il assure l'assistance. Même en cas d'échec, le processus conventionnel aura néanmoins permis le dialogue, de reformuler les différends, de communiquer. Madame FRICERO relève que si des accords sont négociés, cela réduira les divorces contentieux au profit des consentements mutuels⁸⁸⁸ et qu'en cas d'accord partiel, les questions litigieuses seront résiduelles, ce qui simplifiera et accélèrera la procédure de divorce. Et si aucun accord n'est trouvé, cela aura au moins permis aux époux d'exprimer les positions de chacun, de communiquer des informations⁸⁸⁹.

2) La convention de procédure participative dans l'ombre du juge

398. Cette procédure incite les parties à la résolution négociée de leurs différends, mais tout en préservant un accès effectif à la justice. D'un côté, cette procédure prévoit une convention de participation aux termes de laquelle les parties s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend pour une durée déterminée dans un écrit, à peine de nullité, précisant le terme, l'objet du différend, les pièces et informations nécessaires à la résolution du différend et les modalités de leur échange, et rend irrecevable tout recours au juge pour voir trancher le litige tant qu'elle est en cours⁸⁹⁰. Mais, le recours au juge reste toujours possible, en cas d'urgence notamment, des mesures provisoires ou conservatoires pouvant être demandées par les parties, mais aussi, et surtout, en cas d'échec total ou partiel de la procédure. Dans ce cas, le tribunal est saisi par une requête, présentée par les parties et leurs conseils, tendant soit à homologuer les points sur lesquels elles se sont accordées et à trancher ceux sur lesquels elles n'y sont pas parvenues,

⁸⁸⁷ Article 2065 du Code civil.

⁸⁸⁸ N. FRICERO, « Qui a peur de la justice participative ? Pour une justice, autrement », in Mélanges S. GUINCHARD, Dalloz 2010, p. 145.

⁸⁸⁹ N. FRICERO, « Le décret du 20 janvier 2012 : vers une résolution thérapeutique des contentieux familiaux par la procédure participative assistée par avocat », AJ fam. 2012, p. 222.

⁸⁹⁰ Article 2065 du Code civil.

soit à trancher le litige dans sa globalité en cas d'échec total. « Ainsi, tout se déroule en dehors du tribunal, mais, contrairement au droit collaboratif, dans l'ombre portée du juge »⁸⁹¹.

399. L'instrument essentiel d'articulation est la prise en compte de l'accord participatif des parties par le juge aux affaires familiales. La procédure participative permet l'équité dans la négociation, en amont de la procédure judiciaire. Le point le plus important est que chaque partie a été assistée d'un avocat, le juge pourra homologuer en toute confiance les accords présentés⁸⁹². Les avocats ne jouent pas ici le rôle de médiateurs ou de conciliateurs : ils ont simplement vocation à assister les parties dans la démarche de négociation. Les avocats vont garantir que la négociation se déroule bel et bien « à l'ombre du droit »⁸⁹³. Raisonnant à partir de la règle de droit, se fondant sur la solution qui, selon eux, serait celle d'un tribunal saisi du dossier, les avocats aboutiront, selon toute vraisemblance, à une solution qu'un juge ne désavouerait pas.

400. Des similitudes entre la médiation et la convention de procédure participative peuvent être observées dans la recherche de la résolution négociée du conflit et l'implication des parties. L'objectif est commun, la recherche de l'apaisement.

II : Le juge homologateur, un nouvel espace de la fonction juridictionnelle

401. La fonction de juger est classiquement définie comme la combinaison de la *juris dictio* et de l'*imperium*. Dans la justice dite consensuelle, le juge exerce son *imperium* lors de l'homologation d'une convention et c'est cette dernière qui dit le droit⁸⁹⁴.

402. L'homologation peut se définir comme « une approbation judiciaire à laquelle la loi subordonne certains actes et qui, supposant du juge un contrôle de légalité et souvent d'opportunité, confère à l'acte homologué la force exécutoire d'une décision de justice »⁸⁹⁵. L'homologation associe un acte de volonté privé et une intervention du juge⁸⁹⁶.

⁸⁹¹ H. POIVEY-LECLERCQ, « Autre mode de règlement alternatif des litiges, la procédure participative », AJ fam. 2010, p. 257.

⁸⁹² N. FRICERO, *op. cit.*

⁸⁹³ F. G'SELL-MARCEZ, « Vers la justice participative ? Pour une négociation « à l'ombre du droit », Recueil Dalloz 2010, p. 2450.

⁸⁹⁴ V. EGEA, « La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille », précit., p. 27.

⁸⁹⁵ G. CORNU, « Vocabulaire juridique », G. CORNU (dir.), Association H. CAPITANT, PUF, 10^e édition, 2014, V^o *Homologation*.

⁸⁹⁶ L. AMIEL-COSME, « La fonction d'homologation judiciaire », *Justices* n^o 5, janvier/mars 1997, p. 135.

403. « Du syllogisme judiciaire à la pondération des intérêts »⁸⁹⁷, l'homologation judiciaire est particulièrement développée en droit de la famille (A), sous l'égide du juge (B).

A) L'homologation judiciaire en droit de la famille

404. La technique de l'homologation judiciaire des actes juridiques a pu être soulignée dès 1978⁸⁹⁸. Sa finalité est essentiellement protectrice (1), et connaît un engouement particulier dans de nombreux domaines de la matière familiale (2).

1) Une finalité protectrice

405. L'état de l'ordre public se desserre. Le recul de l'indisponibilité de l'ordre public frappant les droits de la personne rend possible les conventions dans toutes les configurations familiales⁸⁹⁹, sans pour autant « ouvrir le champ au règne absolu de la liberté individuelle »⁹⁰⁰. Le juge veille à ce que la liberté conventionnelle ne lèse pas les intérêts en présence, « le rôle du juge n'est plus de dire le droit, mais seulement de veiller à la justesse de la solution »⁹⁰¹. En effet, elle permet un véritable contrôle étatique des valeurs fondamentales telles que l'intérêt de l'enfant et l'intérêt de la famille. Tout en offrant aux justiciables une « aire de véritable création et de liberté »⁹⁰². Oui le justiciable crée le droit il devient acteur

406. Cette finalité protectrice apparaît notamment à l'article 1397 du Code civil à propos du changement de régime matrimonial. La déjudiciarisation était depuis longtemps réclamée, c'est chose faite, mais partiellement depuis la loi de réforme des successions du 23 juin 2006⁹⁰³. L'alinéa 5 de l'article précité dispose que « Lorsque l'un ou l'autre des époux a des enfants mineurs, l'acte notarié est obligatoirement soumis à l'homologation du tribunal du domicile des époux ». Le contrôle judiciaire demeure ainsi en présence d'enfants mineurs, ils méritent protection. Par ailleurs, les enfants majeurs voient aussi leurs intérêts protégés en étant informés du souhait de changement de régime matrimonial. À ce titre, l'homologation judiciaire apparaît comme une technique caractéristique de l'ordre public de protection.

407. Néanmoins, le rapport DELMAS-GOYON dans une perspective de

⁸⁹⁷ J. VAN COMPERNOLLE, « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme judiciaire à la pondération des intérêts », in Mélanges Rigaux, Bruylant, 1993, p. 495.

⁸⁹⁸ I. BALENSI, « L'homologation judiciaire des actes juridiques », RTD civ. 1978, p. 42.

⁸⁹⁹ J. HAUSER, « Les limites d'ordre public », AJ fam. 2011. 292.

⁹⁰⁰ V. EGÉA, thèse, *op. cit.* n° 214.

⁹⁰¹ C. HUGON, « Existe-t-il un droit commun de l'homologation », LPA, 11 décembre 2003, p. 4.

⁹⁰² J. HAUSER, « Le juge homologateur en droit de la famille », *op. cit.*

⁹⁰³ Loi n° 2006-728, 23 juin 2006 portant réforme des successions, J.O. du 24 juin 2006.

déjudiciarisation, préconise que l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial devienne exceptionnelle. Pour ce faire, le contrôle automatique du juge en présence d'enfants mineurs serait supprimé pour n'être maintenu qu'en cas d'opposition d'un enfant ou plus largement des tiers intéressés. Le mineur serait alors représenté par un administrateur *ad hoc* en cas de conflits d'intérêts. Dès lors, cela aboutirait à nommer systématiquement un administrateur *ad hoc* en cas de changement de régime matrimonial en présence d'enfant mineur, le conflit d'intérêt étant le plus souvent existant. Il est alors permis de se demander si l'allègement gagné par l'absence d'homologation judiciaire systématique ne serait pas compensé par la nomination d'un administrateur *ad hoc*. L'alternative serait de ne pas nommer systématiquement d'administrateur *ad hoc* et de ne le faire que lorsqu'existe concrètement un conflit d'intérêts entre les parents et l'enfant. L'efficacité de l'homologation est à l'heure actuelle jugée assez faible au regard des chiffres de refus d'homologation⁹⁰⁴.

408. Un autre argument soulevé pour justifier la suppression de l'homologation du juge réside dans la notion floue d'intérêt de la famille et son appréciation variable selon les tribunaux⁹⁰⁵.

409. En l'état actuel de notre droit, les homologations judiciaires sont nombreuses.

2) Un domaine important

410. Les homologations judiciaires sont nombreuses et concernent aussi bien le droit patrimonial que le droit extra-patrimonial. Prévues à l'origine par la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 pour le changement de régime matrimonial, l'homologation a été généralisée en droit de la famille.

411. En matière de divorce notamment, le divorce par consentement mutuel repose intégralement sur la fonction d'homologation. L'article 232 du Code civil dispose que « 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 ». Ainsi, le contrôle du juge est double, il contrôle les conditions objectives nécessaires à l'homologation, tel le consentement des époux, mais il vérifie aussi que la convention est conforme tant à l'intérêt de chaque

⁹⁰⁴ Rapport DELMAS-GOYON, p. 51 : « En 2012 ont été comptabilisées 1 698 demandes d'homologation ; or, sur les 1 601 sur lesquelles il a été statué au fond par le tribunal, seulement 28 ont donné lieu à un rejet (soit 1,7 %) et 47 à une acceptation partielle (soit 2,9 %). »

⁹⁰⁵ M. CRESP, « Le droit des personnes et de la famille de demain : un droit sans juge ? » AJ fam., février 2014, p. 113.

époux qu'à celui des enfants. Le contrôle de légalité se double donc d'un contrôle d'opportunité⁹⁰⁶. Ainsi, la Cour de cassation n'a pas hésité à casser un arrêt homologuant la convention des époux alors que la sauvegarde des intérêts des enfants n'a pas été examinée⁹⁰⁷. Compte tenu de l'office du juge, il apparaît que la convention homologuée est un acte juridictionnel.

412. Il en va pareillement s'agissant de la convention relative à l'autorité parentale. La loi du 4 mars 2002⁹⁰⁸ est venue ajouter un article 373-2-7 au Code civil, en prévoyant la possibilité pour des parents de conclure une 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 ». Ici encore, le juge contrôle le consentement de chaque époux, et la conformité de la convention à l'intérêt de l'enfant. Là encore, le contexte familial est un contexte de crise puisque les parents sont en phase de séparation. Le conflit d'intérêts concernant les enfants est évident, et nécessite qu'une tierce personne apprécie si l'intérêt des enfants est suffisamment préservé. Dès lors, un contrôle judiciaire double est parfaitement justifié.

B) Le rôle du juge homologateur

413. L'homologation judiciaire en droit de la famille offre aux sujets de droit à travers un acte juridictionnel gracieux (1) une vérification juridictionnelle à part entière (2).

1) Un acte juridictionnel gracieux

414. La procédure d'homologation, quelle que soit la convention en cause, relève de la matière gracieuse. L'article 25 du Code de procédure civile dispose en effet que « le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle ». Cela signifie que le juge est saisi par voie de requête. Il peut procéder à toutes les investigations qui lui paraissent utiles, il peut aussi entendre les personnes qui sont susceptibles de l'éclairer ou dont les intérêts risquent d'être affectés par la décision d'homologation⁹⁰⁹. Ainsi, en présence d'une convention relative à l'autorité parentale, le juge

⁹⁰⁶ A. BARDET-BLANVILLAIN, « Les conventions homologuées en droit de la famille : unité ou diversité ? », Gaz. Pal., 09 septembre 2003 n° 252, p. 4

⁹⁰⁷ Cass. 2° civ., 24 février 2000, Dr. famille 2000, comm. n° 57.

⁹⁰⁸ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, J.O. du 5 mars 2002.

⁹⁰⁹ Article 27 du Code de procédure civile.

peut bien évidemment entendre les enfants et leur audition est de droit lorsqu'il le demande. Et il peut se fonder sur des faits qu'il connaît personnellement⁹¹⁰.

415. Ponctuellement, le législateur affirme le caractère gracieux de l'homologation judiciaire. Ainsi, l'article 1088 du Code de procédure civile prévoit que « le divorce par consentement mutuel relève de la matière gracieuse ». L'article 1301 du Code de procédure civile indique quant à lui que « l'homologation d'un changement de régime matrimonial relève de la matière gracieuse et obéit aux règles applicables à cette procédure devant le Tribunal de grande instance ».

2) Une véritable vérification juridictionnelle

416. « À côté du noyau dur de la fonction juridictionnelle caractérisé par l'acte contentieux, le législateur a également offert au juge, à travers l'homologation, un nouvel espace de la fonction juridictionnelle »⁹¹¹. L'homologation judiciaire est un dispositif empreint de souplesse visant à « placer les aspirations individuelles sous un contrôle plus ou moins institutionnalisé »⁹¹², « une mise sous tutelle des volontés individuelles »⁹¹³. Les notions « garde-fous » de ces aspirations individuelles, l'intérêt de l'enfant, l'intérêt des époux, l'intérêt de la famille, sont de grandes constantes permettant d'identifier l'ordre public familial. L'homologation est la combinaison d'un double contrôle de légalité et d'opportunité. Il s'agit pour le juge de vérifier les conditions de validité de l'acte juridique, et de vérifier le respect des intérêts en présence.

417. Dans chacune des situations, le juge a le choix entre accorder ou refuser l'homologation. Il opère une vérification juridictionnelle à part entière⁹¹⁴. Le juge en se fondant sur l'intérêt de la famille ou de l'enfant refusera l'homologation dans des situations bien précises, la protection de l'équilibre économique paraissant important⁹¹⁵. L'originalité d'une convention homologuée tient en effet à ce que l'intervention judiciaire se juxtapose à l'acte privé. Le contenu de la convention est confronté à la règle de droit qui prescrit des conditions de validité et protège plusieurs intérêts. La conformité à la règle de droit « déclenche » l'effet juridique de la règle. Il s'agit bien d'une « manifestation du droit sur la

⁹¹⁰ Article 26 du Code de procédure civile.

⁹¹¹ B. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « L'homologation judiciaire en droit de la famille », in Mélanges Hauser, Dalloz 2012, p. 373. ; L'expression espace de la fonction juridictionnelle est de G. CORNU et J. FOYER, « Procédure civile », PUF, coll. Thémis, Paris, 1996, p. 93.

⁹¹² X. LAGARDE, « Transaction et ordre public », D. 2000, chron. p. 117.

⁹¹³ C. DUARD-BERTON, « L'ordre public dans le droit de la famille », thèse, Paris 2, 2004.

⁹¹⁴ V. EGÉA, thèse, *op. cit.*

⁹¹⁵ J. HAUSER, « Le juge homologateur en droit de la famille », *op. cit.*

vie sociale »⁹¹⁶.

418. L'homologation judiciaire en droit de la famille est ainsi la manifestation d'un équilibre à rechercher entre l'intervention du juge assurant la protection de l'ordre public familial et les intérêts individuels. Le juge homologateur dans l'exercice de cette fonction gracieuse contribue à la mise en place d'une justice familiale consensuelle, une « fonction juridictionnelle partagée »⁹¹⁷. Entre le juge et la famille

419. L'accord homologué est un acte juridictionnel disposant de l'autorité de chose jugée et susceptible de voies de recours. La plupart des homologations d'accords conclus en matière familiale constituent des actes juridictionnels rendus en matière gracieuse puisque le juge se livre à un double contrôle de légalité et d'opportunité⁹¹⁸.

⁹¹⁶ H. MOTULSKY, « Principes d'une réalisation méthodique du droit privé », Dalloz, 2002.

⁹¹⁷ V. EGÉA, thèse, *op. cit.*

⁹¹⁸ F. G'SELL-MACREZ, « Vers la justice participative ? Pour une négociation à l'ombre du droit », Recueil Dalloz 2010, p. 2450

420. **Conclusion de chapitre.** Égalité liberté et consensus sont les étendards érigés en droit contemporain de la famille. Mais l'intervention du juge en matière familiale s'impose pour de nombreuses raisons essentielles au rang desquelles l'ordre public tient lieu de référence.

L'autorité symbolique du juge peut faire accepter à chaque membre de la famille une solution conforme à l'intérêt d'un autre membre de la famille ou spécifiquement des enfants. La vérification de la réalité des consentements, le contrôle de la conformité des accords à l'ordre public, à l'intérêt des enfants, la protection de la partie en situation de faiblesse sont des enjeux qui rendent nécessaire la présence d'un juge. La disponibilité de l'état des personnes est ainsi très relative, l'intervention du juge est nécessaire. Il est indéniable que la justice consensuelle, négociée, « partagée » est une expression de la fonction juridictionnelle. La déformalisation associée aux modes alternatifs de règlement des conflits n'est pas synonyme de déjudiciarisation puisque la procédure civile manifeste la volonté d'étendre les modes de règlement amiable devant le juge lui-même. En hissant la conciliation judiciaire au rang des principes directeurs du procès et en imposant un préalable alternatif à toutes instances, le législateur a indubitablement ancré les modes alternatifs de règlement des conflits dans la procédure civile. Ces pratiques ne sont toutefois pas le signe d'un simple évitement du juge. La règle juridique ne s'impose pas par elle-même, mais parce que les parties l'ont choisie comme norme de référence. Ce retrait du droit vient nourrir ce « droit du non-droit » perçu par Jean CARBONNIER, un droit qui puise toute sa substance dans la volonté des individus de donner à leurs démarches l'apparence du droit. Il est permis aux parties de puiser dans d'autres normes l'essence de leur accord. Le droit « étatique », « officiel » est ainsi appelé à subir la concurrence d'autres systèmes normatifs susceptibles d'être exploités par les parties afin de mettre un terme au litige qui les oppose. Le pluralisme est alors vu dans la diversité de l'interprétation de la règle de droit.

L'évolution contemporaine du droit des modes alternatifs de règlement des conflits tend à promouvoir une justice plurielle, combinant modes amiables et modes juridictionnels. Cette tendance à la justice négociée dépend d'une logique de plus grande envergure, sortir du périmètre du juge.

Chapitre 2 : Les aménagements sans le juge

421. Le droit n'a d'effectivité que par sa reconnaissance judiciaire, la justice a souvent précédé les lois, « il y avait des juges avant qu'il y eut des lois »⁹¹⁹. La justice assure la réalisation des droits substantiels. Or, le souhait d'un retrait massif du judiciaire a émergé. L'on pourrait même parler d'une tendance contemporaine de la procédure civile à l'évitement du juge⁹²⁰. En effet, les transformations de la justice familiale représentent de véritables défis. Chaque type de famille présente des problèmes particuliers requérant des mesures appropriées, le droit familial a dû s'adapter, le pluralisme juridictionnel s'est déployé, mais ses limites sont apparues, il apparaît dépassé.

422. Doit alors être mise en œuvre une démarche d'ensemble au sein de laquelle, grâce au croisement des pratiques judiciaires et celles dites alternatives, se développera un traitement des conflits différencié, mais fondé sur les mêmes valeurs de protection du lien familial. Cette promotion d'une « juridiversité »⁹²¹ doit s'appuyer sur le développement de l'éventail des réponses de la justice.

423. L'office du juge s'est transformé, son périmètre d'intervention aussi. Restaurer l'office du juge, recentrer sa capacité productive de travail en réduisant l'amplitude de dossiers qu'il a à connaître⁹²² sont les objectifs affichés. La déjudiciarisation est la « suppression du juge dans telle situation ne relevant pas, à proprement parler, de son pouvoir juridictionnel »⁹²³. Déjudiciariser, dans son sens littéral, c'est « sortir intentionnellement du périmètre de la justice une activité jusqu'ici confiée au juge »⁹²⁴. Sortir du système judiciaire La déjudiciarisation « est une notion ambiguë où se mêlent des réalités distinctes relevant tantôt de la simple déformalisation, tantôt de la déjuridictionnalisation, tantôt de la déjudiciarisation stricto sensu »⁹²⁵. L'allègement de la procédure de divorce de la réforme du

⁹¹⁹ Discours de Portalis du 23 frimaire an X (14 décembre 1801) au corps législatif afin de soutenir l'article 6 du Code civil qui interdit au juge de refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi.

⁹²⁰ L. CADIET « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *Mélanges G. Wiederkehr*, « De Code en Code », Dalloz, 2009, p. 65.

⁹²¹ S. GABORIAU, « Déjudiciarisation et administration de la justice. Promouvoir la juridiversité », LPA, 14 juin 2012, p. 3.

⁹²² M. DOUCHY-OU DOT, « L'office du juge dans le contentieux familial », Procédure n° 1, 2015, dossier 4.

⁹²³ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), « Lexique des termes juridiques », Dalloz, 22 édition, 2014-2015, p. 670, V° *Déjudiciarisation*.

⁹²⁴ S. GABORIAU, « Déjudiciarisation et administration de la justice : promouvoir la juridiversité », P.A. 14 juin 2012, n°119, p.3.

⁹²⁵ A. JEAMMAUD, V° *Judiciarisation/Déjudiciarisation*, in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2012.

26 mai 2004 relève de la déformalisation, confier le divorce par consentement mutuel à un greffier relève de la déjuridictionnalisation alors que le confier au notaire relève de la déjudiciarisation stricto sensu⁹²⁶. La déjuridictionnalisation signifie sortir du juge, mais pas du système judiciaire.

424. La « baisse de la pression juridique »⁹²⁷ est un enjeu. Moins juger pour mieux juger. Pour cela, deux voies distinctes peuvent être empruntées. La première est aussi la plus sévère, la déjudiciarisation, c'est-à-dire sortir du juge et du système judiciaire (Section 1). La deuxième voie est plus douce, déjuridictionnalisation c'est-à-dire sortir du juge, mais pas du système judiciaire (Section 2).

Section 1 : La déjudiciarisation, sortir du périmètre juridictionnel

425. L'utilisation limitée de l'autorité judiciaire est l'expression de la tendance à la déjudiciarisation du contentieux familial. Cette volonté de déjudiciarisation en droit civil n'est pas nouvelle et mérite d'être définie (I) avant de l'étudier sous l'aune du droit de la famille (II).

I : La déjudiciarisation du droit de la famille, une volonté publique

426. La déjudiciarisation a toujours été une préoccupation des pouvoirs publics et ce sous différentes formes, les raisons en sont nombreuses (B), pourtant la notion peut être difficile à cerner (A).

A) Une notion difficile à cerner

427. La politique de déjudiciarisation a été officiellement lancée en décembre 2007 par le ministre du Budget à propos de la révision générale des politiques publiques,⁹²⁸ mais le concept n'est pas nouveau.

⁹²⁶ N. FRICERO, « Rendre la justice civile plus lisible et plus proche du justiciable, l'adapter aux évolutions de la société », JCP G, 2008, I, p. 262.

⁹²⁷ M. van de KERCHOVE, « Les différentes formes de la pression juridique et leurs principaux enjeux », Cahiers de recherche sociologique, n° 13, 1989, pp. 11-28.

⁹²⁸ Rapport de E. Woerth, ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique, rapporteur général de la révision générale des politiques publiques.
http://www.modernisation.gouv.fr/fileadmin/Mes_fichiers/pdf/RGPP1.pdf

428. Le 7 juillet 1790, Louis PRUGNON, député à l'assemblée constituante, déclarait⁹²⁹ : « Rendre la justice n'est que la seconde dette de la société. Empêcher les procès c'est la première. Il faut que la société dise aux parties pour arriver au temps de la justice passez d'abord par celui de la concorde. J'espère qu'en passant vous transigerez »⁹³⁰.

429. En droit contemporain la tentative de déjudiciarisation n'est pas nouvelle, notamment à l'égard du divorce. Les prémices furent annoncées par le rapport rendu par Irène THÉRY de 1998⁹³¹ qui s'était déjà prononcé en faveur de la création d'un divorce sur déclaration commune, sans recours au juge. Le Conseil de modernisation des politiques publiques préconisait dans un rapport du 12 décembre 2007 de confier aux notaires l'enregistrement des divorces par consentement mutuel. À l'aube de l'année 2014, la déjudiciarisation faisait son grand retour, notamment à propos d'un certain nombre de contentieux, tel que le surendettement et les procédures de redressement personnel, le divorce par consentement ou encore le partage des successions. Les projets de réforme tendant à remettre en cause l'intervention du juge sont d'une part, le rapport sur le « juge du XXIe »⁹³² et d'autre part, un projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures visant à autoriser le gouvernement à effectuer ces réformes par ordonnance⁹³³.

430. L'objectif serait de faire reculer la place occupée par le représentant de l'ordre judiciaire en droit des personnes et de la famille.

431. Déjudiciariser, ou « sortir du palais de justice »⁹³⁴ comme le préconise le rapport GUINCHARD peut d'abord se faire en supprimant ou en limitant l'intervention du juge. Les propositions du rapport GUINCHARD qui ont pour partie été adoptées ainsi que le rapport DELMAS-GOYON suggèrent de poursuivre le mouvement en reprenant les propositions délaissées du rapport GUINCHARD, comme celle relative à l'enregistrement et

⁹²⁹ S. GABORIAU, « Déjudiciarisation et administration de la justice, promouvoir la juridiversité », P.A. 14 juin 2012, n°119, p.3.

⁹³⁰ L. PRUGNON, Archives parlementaires, tome XVI, p. 739.

⁹³¹ Rapport THÉRY, « Couple, filiation, parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée », Odile Jacob, La documentation française, 1998, p. 188.

⁹³² Rapport remis à Mme la garde des Sceaux, ministre de la justice, « Le juge du XXIe siècle, Un citoyen acteur, une équipe de justice », décembre 2013, sous la direction de Pierre DELMAS-GOYON, conseiller à la Cour de cassation.

⁹³³ Projet de loi, procédure accélérée, relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, n° 175, enregistrée à la présidence du Sénat le 27 novembre 2013.

⁹³⁴ S. GUINCHARD (dir.), « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », La documentation Française, 2008, coll. des rapp. officiels, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000392>, p. 48.

à la dissolution du pacs. Il est aussi suggéré de nouvelles pistes, par exemple à propos du contentieux de l'aide sociale⁹³⁵.

432. La déjudiciarisation peut ensuite exister en favorisant les règlements amiables. Déjà, en 1997, le rapport COULON s'était intéressé aux modes alternatifs de règlement des conflits⁹³⁶ dans lequel diverses mesures étaient prônées pour inciter à la négociation⁹³⁷. En 2008, le rapport GUINCHARD proposait à son tour de renforcer les modes amiables et la création d'une procédure participative de négociation assistée par avocat⁹³⁸. Bien que ces propositions aient été largement reprises, le rapport DELMAS-GOYON a suggéré, en décembre 2013, de franchir un nouveau pas, toujours afin d'« encourager » les procédures négociées⁹³⁹. Un diplôme d'État de médiateur serait créé, comme cela existe déjà en matière familiale. Serait aussi créée une plate-forme de règlement en ligne des litiges afin de parvenir à leur résolution amiable⁹⁴⁰.

433. Le traitement des situations de surendettement a été grandement déjudiciarisé par la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 réformant le crédit à la consommation puisque le juge de l'exécution n'intervient plus que pour homologuer certaines recommandations émanant de la Commission de surendettement, juger des contestations formées contre les décisions de celle-ci et décider de l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire par notaire.

B) Les raisons de la déjudiciarisation

434. Pourquoi déjudiciariser ? On ne peut pas dire que l'on n'assiste à une demande sociale de déjudiciarisation. En France, nous atteignons un taux d'à peine plus de 1 000 litiges civils pour 100 000 habitants, la France occupe ainsi une place très en retrait, l'Allemagne atteignant le chiffre de plus de 2 000, l'Angleterre de plus de 3 000 et les États-Unis de plus de 5 000⁹⁴¹. La sociologue et juriste Évelyne Serverin relève que « L'habitude a été prise depuis près de 30 ans de réformer la justice en se fondant sur des prémisses peu scientifiques, alimentées par des stéréotypes plus que par des observations empiriques. Les rapports se sont succédés pour dénoncer l'explosion contentieuse et la judiciarisation de la

⁹³⁵ Rapp. DELMAS-GOYON, *op. cit.* p. 37 et s.

⁹³⁶ J.-M. COULON (dir.), « Réflexions et propositions sur la procédure civile », La documentation Française, 1997, p. 45.

⁹³⁷ Rapp. COULON, *op. cit.* p. 51 et s.

⁹³⁸ S. GUINCHARD (dir.), « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », *op. cit.* p. 145.

⁹³⁹ Rapp. DELMAS-GOYON, *op. cit.*, p. 59 et s.

⁹⁴⁰ Il existait jusqu'en 2010 une telle plate-forme pour les litiges liés à Internet – cette plate-forme a été arrêtée en l'absence de financement.

⁹⁴¹ Info stat justice, « L'activité des juridictions de 2004 à 2012 »

société, du début des années 1980, jusqu'aux récentes (...). Tous abordent la justice dans une logique de flux, comme une institution menacée d'asphyxie en raison de l'arrivée en masse de demandes inadaptées, et qu'il conviendrait de désengorger »⁹⁴². Par ailleurs, la part d'abus est dérisoire, le taux de 10 % des déboutés en justice, l'atteste.

435. Pourtant la déjudiciarisation obéit à des préoccupations quantitatives, économiques, gestionnaires. Moins de litiges induiraient moins de dépenses, aussi bien pour l'État que pour le justiciable qui se verrait exposé à moins de frais. La déjudiciarisation permet de « redonner aux citoyens la maîtrise de la solution de leur litige, dans un souci d'autonomie individuelle et de responsabilité sociale »⁹⁴³.

436. La conception malthusienne de la justice amène à une réduction de ses moyens, mais ce n'est qu'une vision de la réalité. Déjudiciariser le droit de la famille implique l'évitement du juge, pour limiter son coût, mais le droit la famille mérite mieux, un super juge, mais un super juge coûte, il faut le former tout au long de sa carrière. Le contexte actuel de crise accentue une démarche restrictive. Il faut donc mieux organiser la justice. Moins juger pour mieux juger.

437. La chasse est effrénée aux pertes de temps de la justice, notamment avec l'idée de promotion de la justice sans contact, de la justice sans audience. Il faut donner à la justice les moyens de son indépendance et de son efficacité, mais pas que concernant le traitement pénal de la justice. « Justice sinistrée, démocratie en danger »⁹⁴⁴. La logique est à l'« évacuation » du flux des affaires soumise au juge. Le management fait alors irruption. Il s'agit de s'inspirer du capitalisme financier : délimiter au seul « cœur de métier », les services étatiques et externaliser le reste. Le recentrage de la justice sur ses missions régaliennes s'appuyant sur « une gestion fondée sur une logique de performance » et « l'allocation des ressources entre juridictions opérée à partir d'un outil d'évaluation de leur performance ». Les magistrats sont soumis à des « normes de rendement » toujours plus exigeantes. « La question n'est plus tant de savoir si la justice a bien jugé, mais si elle a efficacement évacué les flux d'affaires qui lui ont été soumis ». La déjudiciarisation, dans un tel contexte, exprime cette même logique d'évacuation.

438. Pourtant, la déjudiciarisation du contentieux n'est admissible que « si elle tend tout simplement à éviter de confronter inutilement les citoyens à la justice. Elle sera constructive si, parallèlement, une préoccupation essentielle habite la réflexion : faire que la

⁹⁴² E. SERVERIN, « La part des procédures amiables dans le traitement des litiges en droit européen de la consommation », *Droit et patrimoine*, 2003, p. 32.

⁹⁴³ L. CADIET, « La déjudiciarisation : rapport introductif », in *La déjudiciarisation*, O. Boskovic (dir.), éd. Mare & Martin, 2012, p. 27.

⁹⁴⁴ H. HAENEL (sénateur) « Justice sinistrée, démocratie en danger » *Économica*, 1991.

justice soit à la fois plus efficace – dans le respect des principes fondamentaux – et moins traumatisante que ne la vivent, hélas encore, bien des justiciables »⁹⁴⁵. La déjudiciarisation « idéale » s'appuie sur la nécessité de revenir au cœur « pur » du métier de juge, c'est-à-dire recentrer le juge sur sa mission, celle de trancher les litiges de telle manière « qu'on évite de le saisir de questions inexactly appelées « contentieux » alors qu'elles n'exigent pas de prendre des décisions entre des prétentions contraires »⁹⁴⁶. Or, réduire la fonction du juge uniquement à celle de trancher les litiges ne serait pas acceptable et reviendrait à nier sa fonction dans la matière gracieuse. Le métier de juger consiste aussi, comme l'a écrit Paul Ricœur, à apporter un apaisement social, à dénouer le litige⁹⁴⁷. À côté de cette traditionnelle fonction juridictionnelle, le juge a une fonction de régulation. « À la fin du XX^e siècle, le juge s'est affirmé comme le gardien des valeurs fondamentales au point que les citoyens attendent de lui qu'il veille à l'application effective des grands principes qui fondent la République et la vie commune »⁹⁴⁸. La création de la « question prioritaire de constitutionnalité », avec le rôle de filtre du juge, en est la plus récente illustration.

439. Il est vrai que l'intervention du juge peut être perçue comme une immixtion injustifiée inutile et coûteuse⁹⁴⁹, mais ce retrait de l'intervention judiciaire pourrait au contraire être à l'origine d'une saisine a posteriori du juge, soit pour annuler un acte pour la conclusion duquel le consentement de l'une des parties n'aurait pas été éclairé, ou parce qu'elle aurait été vulnérable au moment de l'acte, soit pour demander réparation du préjudice subi.

440. « À vouloir décourager l'action en justice pour mieux gérer le flux, on risque de nier le droit au juge »⁹⁵⁰ soulignait Soraya AMRANI-MEKKI « et l'on voit que la porte de la déjudiciarisation est étroite, elle l'est d'autant plus qu'existe un droit absolu à l'accès au juge »⁹⁵¹. Ce droit est garanti aussi bien par la Cour de justice de l'Union européenne que par la Cour européenne des droits de l'homme. Il est vrai que la déjudiciarisation du droit de la famille suscite des interrogations.

⁹⁴⁵ S. GABORIAU, « Déjudiciarisation et administration de la justice, promouvoir la juridiversité », P.A. 14 juin 2012, n°119, p.7.

⁹⁴⁶ S. GUINCHARD (dir.), « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », *op. cit.*, p. 145.

⁹⁴⁷ P. RICOEUR, « Le juste », éd. Esprit, 1995.

⁹⁴⁸ S. GABORIAU, « Déjudiciarisation et administration de la justice, promouvoir la juridiversité », P.A. 14 juin 2012, n°119, p.10.

⁹⁴⁹ M. CRESP, « Le droit des personnes et de la famille de demain : un droit sans juge ? » AJ fam., février 2014, p. 112.

⁹⁵⁰ S. AMRANI-MEKKI, « La déjudiciarisation, Gaz. Pal. , 05 juin 2008 n° 157, P. 2 -

⁹⁵¹ S. GABORIAU, « Déjudiciarisation et administration de la justice, promouvoir la juridiversité », P.A. 14 juin 2012, n°119, p.10.

II : La déjudiciarisation du droit de la famille, le divorce sans juge

441. Améliorer la qualité de la justice familiale passerait par l'évitement du juge⁹⁵². Le recours au juge doit en somme devenir exceptionnel. Ce serait la suite de « l'inopportune revendication des présidents des cours d'appel qui ont ouvertement exprimé le souhait d'être débarrassés du contentieux de masse et du droit de la famille pour se concentrer sur des dossiers plus nobles »⁹⁵³.

442. La déjudiciarisation de la famille est emblématique concernant l'événement le plus marquant du contentieux familial, le divorce (A), mais le recul de l'intervention du juge apparaît limité (B).

A) La question du divorce sans juge

443. Le discours favorable à l'instauration d'un divorce sans juge s'est amorcé à la fin des années 90 lors de l'évolution de la notion de couple. En effet, cela reflète la question de l'évolution de la notion de couple et de la liberté de rupture. La consécration d'un divorce sans juge prononcé devant le maire par exemple⁹⁵⁴ répondrait à la logique de contractualisation des rapports entre époux⁹⁵⁵.

444. Les prémices furent annoncées par le rapport rendu par Irène THÉRY⁹⁵⁶ qui s'était déjà prononcé en faveur de la création d'un divorce sur déclaration commune, sans recours au juge. Cette possibilité aurait été ouverte aux époux qui n'auraient eu aucun conflit, ni sur le principe du divorce ni sur ses conséquences et qui n'auraient eu aucune convention à faire homologuer. L'officier d'état civil ou le greffier en chef du Tribunal de grande instance auraient pu avoir compétence pour recueillir la demande⁹⁵⁷. L'on peut y voir un parallélisme des formes, l'officier d'état civil recueillerait le consentement à mariage et celui à divorce. Ce divorce serait en outre rapide et peu coûteux, cela semblerait correspondre au souhait de la majorité des français. Madame DEKEUWER-DEFOSSEZ s'est en revanche, montrée peu

⁹⁵² A. LEBEL, « Quelle justice familiale pour demain ? » AJ fam. 2014, p. 114.

⁹⁵³ A. LEBEL, « Quelle justice familiale pour demain ? », op.cit, p.1 ; Délibération de la Conférence des premiers présidents de cour d'appel sur « l'accès au droit, l'office du juge, l'organisation judiciaire et processuelle », 31 mai 2013. ; V. J. CASEY, « Qui veut la peau de la justice familiale, » Gaz. Pal. 24 août 2013, n° 236, p. 7.

⁹⁵⁴ Dans le cadre de la réforme de l'État, le premier Conseil de modernisation des politiques publiques s'est réuni le 12 décembre 2007 sous la présidence du président de la République, www.modernisation.gouv.fr.

⁹⁵⁵ F.-J. PANSIER, « De la contractualisation du droit de la famille en général et du droit du mariage en particulier », Gaz. Pal. 5 mars 1999, p. 5.

⁹⁵⁶ Rapport THÉRY « Couple, filiation, parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée », Odile Jacob, La documentation française, 1998, p. 188.

⁹⁵⁷ *Ibid.*

encline à l'instauration d'un divorce non judiciaire, celui ci ne pourrait apporter les garanties considérées comme « minimales »⁹⁵⁸.

445. La réforme du divorce instituée par la loi du 26 mai 2004 qui visait à pacifier le divorce en privilégiant et accélérant les divorces amiables, n'était que les débuts d'un nouveau remède à l'inflation du contentieux et a continué sur la lancée d'ores et déjà amorcée. Le Conseil de modernisation des politiques publiques préconisait dans un rapport du 12 décembre 2007 de confier aux notaires l'enregistrement des divorces par consentement mutuel⁹⁵⁹. Le gouvernement avançait l'idée de rapidité et d'économie. Les vifs débats qui s'en sont suivis⁹⁶⁰ ont conduit la commission présidée par le professeur GUINCHARD, l'année suivante a entériner cette proposition, mais avec une procédure allégée et au coût régulé ou tarifé.

446. Nouvelle tentative en 2011, l'article 13 du projet relatif à la répartition des contentieux et l'allègement de certaines procédures juridictionnelles envisageait de dispenser les époux sans enfants de comparaître devant le juge. L'article a été supprimé par la Commission des lois du Sénat.

447. Les projets de réforme tendant à remettre en cause l'intervention du juge sont d'une part, le rapport sur le « juge du XXIe »⁹⁶¹ et d'autre part, un projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures visant à autoriser le gouvernement à effectuer ces réformes par ordonnance⁹⁶². L'importance du contentieux du divorce, et plus particulièrement celui du divorce par consentement mutuel qui représente plus de la moitié des divorces, explique qu'il en soit de nouveau question au moment de penser à la Justice du XXI^e siècle. Le nombre de divorces prononcés est passé de 120 000 en 1996 à 134 000 en 2007 soit une augmentation de 12 %. Si le divorce pour faute connaît une baisse depuis 2005 (de 34 % à 10 %), le divorce par consentement mutuel lui est à la hausse, passant de 41 % à 55 % en 2010, comme le divorce accepté passant de 13 % à plus de 21 % et le divorce pour altération définitive du lien conjugal passant de 3 % à 10 %.⁹⁶³

⁹⁵⁸ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps », La Documentation française, 1999, p. 119.

⁹⁵⁹ www.modernisation.gouv.fr, *op. cit.*

⁹⁶⁰ H. FULCHIRON, « Vers un divorce sans juge ? », Recueil Dalloz 2008, p. 365.

⁹⁶¹ Rapport DELMAS-GOYON, *op. cit.*

⁹⁶² Projet de loi, procédure accélérée, relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, n° 175, enregistrée à la présidence du Sénat le 27 novembre 2013.

⁹⁶³ S. MAUCLAIR, « Un juge du divorce sinon rien », RJPF 2014, n°3, p. 61.

B) Les limites à la déjudiciarisation du droit de la famille en général et du divorce en particulier.

448. Les impératifs liés au droit de la famille en général paraissent de prime abord incompatibles avec une déjudiciarisation (1), et ceux liés au divorce en particulier encore plus (2).

1) Le droit de la famille sans juge ?

449. Dans la perspective du recul de l'intervention du juge, l'ordre public de direction serait mis à mal. La question est importante car la préservation des intérêts de la partie la plus faible revient au juge. Néanmoins, il rentre dans ses obligations de favoriser le règlement amiable et de réduire la durée des procédures. Le juge aux affaires familiales est « inéluctablement conduit à pousser les justiciables à trouver un accord »⁹⁶⁴.

450. Certaines actions sont nécessaires, car portant sur des droits indisponibles. Le droit des personnes et de la famille en est le champ prépondérant représentant plus de la moitié des affaires civiles. Certains de ces contentieux conduisent à des saisines renouvelées du juge en raison de l'évolution de la situation des débiteurs, notamment concernant les contentieux de l'après-divorce tels que les contentieux de la prestation compensatoire et de la pension alimentaire. Dans d'autres contentieux, le juge se verra dans l'obligation de prendre des mesures étalées dans le temps, concernent des suivis de dossiers notamment de protection des personnes vulnérables, tels que les tutelles et les mesures d'assistance éducative. Certaines saisines du juge ne sauraient être évitées, car elles instituent le droit concerné telle l'adoption et permettent la concrétisation d'un droit naturellement préexistant tels l'exercice de l'autorité parentale ou la fixation de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

451. En outre, la déjudiciarisation implique nécessairement la participation des parties. Or, le taux de non-comparution dans les matières civiles atteint pratiquement 60 %⁹⁶⁵. Les réflexions menées en amont depuis le rapport GUINCHARD ont pu montrer les limites de la déjudiciarisation. La difficulté vient en effet de savoir à quelle autorité doivent être transférées les compétences abandonnées par le juge.

⁹⁶⁴ *Ibid.*

⁹⁶⁵ S. GABORIAU, « Déjudiciarisation et administration de la justice Promouvoir la «juridiversité» », *op. cit.*

2) Le divorce sans juge ?

452. Monsieur FULCHIRON relève que « la suppression de l'intervention du juge, représentant de la société, lors de la dissolution du lien conjugal touche à la nature même du mariage : elle contribuerait à la désinstitutionnalisation du mariage et le rapprocherait un peu plus des autres formes de vie en couple »⁹⁶⁶.

453. Au delà, promouvoir le recul du juge limiterait la protection offerte aux époux. Tout d'abord le juge aux affaires familiales doit s'assurer de la recevabilité de la demande et il doit vérifier le consentement des époux. Ensuite, le juge apprécie la teneur de la convention, il apprécie la conformité du partage des biens avec le régime matrimonial, il vérifie que les mesures pécuniaires comme les dispositions portant sur la personne de l'enfant soient respectueuses des intérêts en présence. Le juge peut ainsi être amené à refuser l'homologation s'il estime que les intérêts des époux ou de l'un d'eux ou encore ceux des enfants n'ont pas été respectés. La présence du juge est donc bien indispensable : il est le garant des intérêts des époux comme de ceux des enfants.

454. En effet, le juge exerce un contrôle sur les accords et conventions en vérifiant que leurs intérêts et ceux des enfants soient suffisamment préservés. « Le caractère judiciaire du divorce répond à un souci de protection de la personne mariée et relève de l'ordre public à la foi interne et internationale »⁹⁶⁷. Les auteurs de l'ouvrage « Au tribunal des couples. Enquête sur des affaires familiales »⁹⁶⁸ dénoncent fortement que « la justice avalise alors la loi du plus fort (...). L'homologation des accords conduit ainsi à reproduire les inégalités entre les hommes et les femmes au sein du couple »⁹⁶⁹. La convention préservera-t-elle suffisamment les intérêts en jeu ? Qui contrôlera le consentement ? On est prêt à réduire la protection du plus faible si des considérations d'ordre économique sont en jeu. Les parties ont besoin de la garantie apportée par le juge que leurs droits et intérêts seront respectés.

455. En outre, le juge a un rôle de conciliation et de dissuasion qui peut l'amener, lors de l'audience à pacifier la relation des époux, à tenter de les concilier sur les conséquences de la rupture. Il est indéniable que la présence du juge au moment de l'homologation est une entrave à des possibles comportements déloyaux, entre les époux, mais aussi à l'égard de tiers⁹⁷⁰.

⁹⁶⁶ H. FULCHIRON, « Vers un divorce sans juge ? » Recueil Dalloz 2008, p. 365.

⁹⁶⁷ F. NIBOYET, « L'ordre public matrimonial », *op. cit.* n° 279.

⁹⁶⁸ Le collectif Onze, « Au tribunal des couples. Enquête sur des affaires familiales », Odile Jacob, 2013, p. 56.

⁹⁶⁹ *Ibid.*

⁹⁷⁰ S. MAUCLAIR, « Un juge du divorce sinon rien », *op. cit.*

456. La société traverse une période de doutes, l'évitement du juge entraînerait le sentiment pour les justiciables que la société dans son ensemble les abandonne et les laisse seuls pour assurer la cohésion sociale en cas de désinvestissement institutionnel. Or, une déjudiciarisation, qui permettrait peut être de régler la question de l'encombrement des chambres familiales⁹⁷¹, ne permettraient pas de résoudre efficacement les différends familiaux⁹⁷². « Le juge aux affaires familiales doit demeurer le juge du contentieux de l'intime, mais d'un contentieux apaisé si l'État s'en donne les moyens »⁹⁷³. Si la solution ne saurait être trouvée dans la déjudiciarisation peut-être que la déjuridictionnalisation de certains contentieux pourrait amener l'apaisement souhaité.

Section 2 : La déjuridictionnalisation, redéfinir le périmètre juridictionnel

457. Le système judiciaire français a déjà connu des déjuridictionnalisations telle que les vérifications des comptes de tutelle, le certificat de nationalité, les déclarations conjointes relatives à l'exercice de l'autorité parentale, par des réorientations du juge vers le greffier. Ces transferts de compétence du juge vers le greffier étaient motivés par la volonté accrue de désengorger les tribunaux français et consistent à acter un accord ou à procéder à une vérification technique, le juge reprenant sa mission en cas de contestation ou de conflit.

458. La commission GUINCHARD avait en outre évoquée certains transferts de compétences au profit d'une autorité autre que l'institution judiciaire, ainsi le changement de prénom sous contrôle du Ministère public. Cette solution ne paraît pas adaptée aux cas de mineurs, le rôle du juge paraît ici légitime. Le transfert du contentieux de l'aide sociale aux commissions départementales de l'aide sociale serait bienvenu et enlèverait au juge aux affaires familiales le contentieux de la répartition du reliquat entre obligés alimentaires⁹⁷⁴. Par ailleurs, le procureur de la République se verrait confié les demandes de rectification d'état civil et décisions déclaratives ou supplétives de l'État civil, le recours étant toujours possible devant le juge. Ces changements allègeraient la tâche du juge aux affaires familiales et pourraient être pertinents.

⁹⁷¹ Si tant est que le contentieux ne soit pas différé dans le temps.

⁹⁷² A. LEBEL, « Quelle justice familiale pour demain ? », ; Le taux de satisfaction à l'égard des jugements de divorce serait actuellement de 72 %, L'opinion des Français sur la justice, L. CRÉTIN, janvier 2014, Infostat justice n° 125, tableau 4, p. 4.

⁹⁷³ A. LEBEL, « Quelle justice familiale pour demain ? » *op. cit.* p. 118.

⁹⁷⁴ M.-J. ODY, « Le juge du 21^e siècle : un souffle qui n'évitera pas l'asphyxie », Gaz. Pal. 11 mars 2014, n° 70, p. 21.

459. Les propositions inscrites dans le rapport DELMAS-GOYON concernant la création du métier de greffier judiciaire sont nombreuses (II). Et une des suggestions phares du rapport consisterait en l'homologation, par ce greffier, des conventions de divorce par consentement mutuel⁹⁷⁵ (II).

I : La création de la fonction de greffier judiciaire

460. Le greffier est un officier de justice incontournable. Il a notamment pour mission de garantir le bon déroulement des débats aux audiences, d'en rapporter par écrit les échanges, déclarations, et observations, et d'authentifier les actes judiciaires d'une juridiction. Il ne se substitue pas au juge, mais il permet de mieux préparer le dossier lorsque le juge intervient.

461. Certaines tâches effectuées par le juge pourraient être confiées ainsi à un greffier, plus précisément à un « greffier judiciaire ». Cette voie avait d'abord été envisagée par le rapport GUINCHARD⁹⁷⁶, à propos de l'injonction de payer⁹⁷⁷ et la proposition a été reprise par le rapport de l'IHEJ. L'idée développée était de s'inspirer de nos voisins d'outre-Rhin en créant un greffier à l'image du *Rechtspfleger* allemand ou autrichien qui a fait ses preuves⁹⁷⁸. Le *Rechtspfleger* est un organe judiciaire indépendant, ancré dans l'ordre constitutionnel et remplissant les fonctions qui lui sont déléguées par la loi, en toute indépendance et sous sa propre responsabilité. Il existe en Allemagne 13 000 *Rechtspfleger* au siège, 5 000 au parquet et 25 000 magistrats⁹⁷⁹. Le greffier judiciaire proposé par le rapport DELMAS-GOYON⁹⁸⁰ ne constituerait pas un corps spécifique jouissant d'une indépendance statutaire. Il ferait partie des greffiers des services judiciaires. L'Union syndicale des magistrats relève qu'en l'absence d'indépendance statutaire, ce greffier ne pourrait exercer aucune activité judiciaire propre, les tâches judiciaires qui lui seraient dévolues ne pouvant qu'être déléguées par le juge et soumises à un recours devant lui.

⁹⁷⁵ B. PHILLY, « Le rôle du greffier », *Gaz. Pal.* 11 mars 2014, p. 28 et s.

⁹⁷⁶ S. GUINCHARD (dir.), « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », *op. cit.* p. 81 et s. Sur le statut de ce greffier judiciaire : p. 173 et s.

⁹⁷⁷ Il était suggéré de confier l'examen des requêtes soit à un greffier en chef avec un statut revalorisé qui disposerait d'un pouvoir propre, soit de procéder par délégation du juge au greffier en chef.

⁹⁷⁸ Union européenne des greffiers de justice.

⁹⁷⁹ M.-J. ODY, « Le juge du 21^e siècle : un souffle qui n'évitera pas l'asphyxie », *op. cit.*

⁹⁸⁰ Rapport remis à M^{me} la garde des Sceaux, ministre de la justice, Le juge du XXI^e siècle, Un citoyen acteur, une équipe de justice, décembre 2013, sous la dir. de Pierre DELMAS-GOYON, conseiller à la Cour de cassation.

462. Il a été suggéré de créer un « maître de la procédure » parmi les greffiers⁹⁸¹. Serons-nous face à un « super greffier », ou à un « sous juge »⁹⁸² ? « Il faut imaginer une nouvelle fonction de greffier juridictionnel responsable de procédure, c'est-à-dire chargé de piloter ces procédures, d'en administrer le flux, d'en vérifier la régularité et de référer au juge les cas posant difficulté au terme d'un accord préalable passé avec lui ». Le rapport DELMAS-GOYON reprend l'idée de créer un « greffier juridictionnel » dont les fonctions seraient considérablement étendues⁹⁸³. Ce dernier aurait des compétences processuelles : le greffier juridictionnel serait compétent pour la mise en état des affaires civiles ; il serait même compétent pour statuer sur les irrecevabilités manifestes. La proposition n° 47 du rapport DELMAS-GOYON préconise la création d'une compétence propre du greffier juridictionnel en matière gracieuse dans certains domaines familiaux notamment l'homologation en matière gracieuse, les déclarations d'absence, les envois en possession en matière successorale, la désignation du curateur d'une succession vacante.

463. Même en l'absence d'indépendance statutaire du greffier juridictionnel, une délégation de compétence, en matière gracieuse, dans les matières précitées pourrait en effet alléger la charge du juge.

464. Pour Brigitte PHILY, greffière en chef du Tribunal de grande instance de Nanterre « la fonction de greffier juridictionnel ainsi définie ne pourrait être remplie que sur la base du volontariat et devrait donner lieu à des primes d'indemnisation et à la compensation d'heures supplémentaires, compte tenu de la charge accrue de travail. Elle devrait donc constituer une spécialisation qui serait étudiée en option à l'École des greffes, puis ferait l'objet, à la fin du stage de pré-affectation, d'un avis circonstancié tant des magistrats que des chefs de service, lequel avis serait suivi par l'École des greffes dans l'affectation définitive »⁹⁸⁴.

465. La clé serait ici encore la spécialisation. Le statut de greffier serait gratifié d'un atout supplémentaire, sans modifier pour autant ledit statut.

466. Le greffier ne doit et ne peut pas se substituer au juge, son rôle est d'assurer la préparation des dossiers à soumettre au magistrat, qui lui seul rend une décision judiciaire.

⁹⁸¹ Rapport IHEJ, *op. cit.*, p. 82.

⁹⁸² L. NEUER, « Un super-greffier pour divorcer : à qui profitera la réforme ? », *in* www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/laurence-neuer/un-super-greffier-pour-divorcer-a-qui-profitera-la-reforme-06-01-2014-1777191_56.php.

⁹⁸³ Rapport DELMAS-GOYON, *op. cit.*, p. 102 et s.

⁹⁸⁴ B. PHILY, « Le rôle du greffier », *Gaz. Pal.* 11 mars 2014, p. 28 et s.

II : Le greffier juridictionnel et la déjuridictionnalisation du divorce par consentement mutuel

467. Le projet de réforme le plus significatif est que le greffier juridictionnel aurait dans certains cas, hormis les compétences propres évoquées en matière gracieuse, la charge de prononcer le divorce par consentement mutuel. Il deviendrait le juge d'un divorce (A). Cette proposition fait néanmoins débat (B). Peut-être nous inspirerons-nous de certains exemples étrangers ayant consacré le divorce « en ligne » (C).

A) Le greffier juridictionnel juge du seul divorce par consentement mutuel

468. Le divorce sans juge, proposition du rapport sur « Le juge du XXI^e siècle » préconise de créer un greffier juridictionnel doté de compétences propres, notamment celle de prononcer le divorce par consentement mutuel⁹⁸⁵. Débat s'en est bien sûr suivi, nous sommes loin de l'indisponibilité du droit des personnes qui laissait ce type de contentieux au Tribunal de grande instance.

469. Faisons place aux chiffres. Le divorce par consentement mutuel représentant tout de même 52 % du volume total des divorces, l'empressement de le faire disparaître de la sphère juridictionnelle se comprend aisément. Par ailleurs le taux de satisfaction à l'égard des jugements de divorce serait actuellement de 72 %⁹⁸⁶. 380 376 saisines du juge aux affaires familiales en 2012, dont 163 88 rupture d'union ont eu lieu. 125 109 divorces ont été prononcés en 2013, en baisse de plus de 6 % par rapport à 2010⁹⁸⁷. Il est évident que l'économie réalisée en déplaçant le divorce par consentement mutuel serait significative.

470. Les affaires familiales ainsi que nous l'avons déjà exposé, représentent près de la moitié du contentieux civil des tribunaux de grande instance et « sont la cible privilégiée des mesures gestionnaires mises en œuvre au sein de l'institution judiciaire. Le but poursuivi est d'optimiser le traitement de la masse des dossiers avec des moyens limités et dans délais de plus en plus contrôlés »⁹⁸⁸. Les juges aux affaires familiales sont débordés et ne suffisent plus à traiter dans des délais raisonnables. « Leur retirer les divorces par consentement mutuel permettrait de les soulager eu peu »⁹⁸⁹. D'autant le divorce par consentement mutuel

⁹⁸⁵ Rapp. P. DELMAS-GOYON *op. cit.*

⁹⁸⁶ Infostat Justice, janvier 2014, n° 125., *op. cit.*

⁹⁸⁷ Ministère de la Justice/ SG/ SDSE/ Exploitation statistique du RGC, justice.gouv.fr.

⁹⁸⁸ Le collectif Onze, « Au tribunal des couples. Enquête sur des affaires familiales », Odile Jacob, 2013, p. 17.

⁹⁸⁹ J.-R. BINET, « Divorce sans juge : nouvelle tentative, nouveau débat », Droit de la famille, n°2, Février 2014, repère 2, p.2.

représente plus de la moitié des divorces. La déjudiciarisation entendue au sens large et de manière générale, « répond à des préoccupations quantitatives, économiques, gestionnaires »⁹⁹⁰. La déjudiciarisation permettrait de « redonner aux citoyens la maîtrise de la solution de leur litige, dans un souci d'autonomie individuelle et de responsabilité sociale »⁹⁹¹. La procédure dont les maîtres mots seraient souplesse et rapidité afin de permettre la pacification des rapports entre époux serait simplifiée.

471. Pour se rassurer, on a tendance à se tourner vers nos voisins. Dans de nombreux pays, le soin de prononcer le divorce par consentement mutuel appartient à une autorité administrative : au Danemark, par exemple, 90 % des divorces sont prononcés par le gouverneur du comté⁹⁹². La Russie admet ainsi le divorce devant l'officier d'état civil dès lors que les deux époux sont d'accord pour divorcer et n'ont pas d'enfant mineur commun. De même, en Lituanie, le Code du mariage et de la famille du 16 juillet 1969 organise une procédure administrative de divorce pour les époux qui sont d'accord pour divorcer et qui n'ont pas d'enfant mineur. C'est alors l'officier d'état civil qui déclare le divorce. En Estonie, ce divorce est prononcé par le bureau des statistiques civiles. Au Danemark, au Portugal et en Suède, la tendance générale est à la mise en place de procédures allégées. Dans ces pays, les divorces par consentement mutuel ne sont plus prononcés par l'autorité judiciaire. Le juge n'intervient qu'en cas de litige sur la garde des enfants ou la pension alimentaire⁹⁹³. « Mais, l'exportation d'une règle ne peut se faire sans avoir au préalable embrassé l'économie du système judiciaire. Le discours, récurrent, renvoie à l'idée de concurrence des systèmes juridiques, mais qu'en est-il en réalité ? »⁹⁹⁴. On a souvent tendance à se tourner vers le modèle allemand, or, justement l'Allemagne avait envisagé une réforme similaire de divorce par consentement mutuel devant le notaire en 2005 qui a été abandonnée, non sans pressions des barreaux nationaux, sur des fondements constitutionnels. Il a été avancé que le notaire n'a pas le pouvoir de *jurisdictio*. De plus, on craignait qu'il ne prenne pas assez en compte les intérêts des enfants et ne protège insuffisamment l'époux faible. Cette réforme a bel et bien été abandonnée au profit d'une simple dispense d'avocats. Le Portugal est l'un des rares pays à prévoir un divorce hors le juge, mais non devant notaire. Il a lieu devant la *conservatoria do registo civil*, qui est rattachée au tribunal du canton, sous contrôle du ministère public

⁹⁹⁰ S. MAUCLAIR, « Un juge du divorce sinon rien », RJPF 2014, p.2.

⁹⁹¹ L. CADIET, « La déjudiciarisation : rapport introductif » in La déjudiciarisation, sous la dir. O. BOSKOVIC, éd. Mare et Martin, 2012, p. 27.

⁹⁹² F. FERRAND, « La rupture du mariage en droit comparé », Dr. fam. 2015, p. 12.

⁹⁹³ S. MAUCLAIR, « Un juge du divorce sinon rien », RJPF 2014, p. 3.

⁹⁹⁴ S. AMRANI MEKKI, La déjudiciarisation, Gaz. Pal. 2008, doctobre, p. 1431.

lorsqu'il y a une autorité parentale en jeu. Ce divorce doit suivre une procédure détaillée devant le *conservador*⁹⁹⁵.

B) Une question qui fait débat

498. Cette proposition a fait débat et continue de diviser⁹⁹⁶. Une même piste avait été envisagée, puis écartée, s'agissant des notaires⁹⁹⁷. Certes, il est important de revaloriser les métiers du greffe et de confier aux greffiers des tâches à la hauteur de leurs compétences. Mais l'utilité d'une telle réforme a été contestée. Le rapport GUINCHARD notait que cela ne changerait pas grand-chose, puisque les parties s'adresseraient toujours à la justice et que le juge serait saisi en cas de problème⁹⁹⁸. Le transfert vers les fonctionnaires de justice est-il vraiment opportun ? De plus, certains présidents de juridiction – comme M. Hayat – soulignent que les gains pour les magistrats ne seraient pas significatifs⁹⁹⁹. Les greffiers eux-mêmes y semblent hostiles¹⁰⁰⁰ en raison notamment du surcroît de travail occasionné par un élargissement de leur fonction. Les statistiques de la justice démontrent en effet que les magistrats sont débordés, mais qu'en sera-t-il des greffiers ? Ils sont d'ores et déjà compétents pour recevoir la déclaration conjointe de rupture du PACS. Selon l'Union syndicale des magistrats, le gain de temps n'est pas ici une certitude. D'autant que la justice manque aujourd'hui autant de greffiers que de magistrats.

499. Un juge et un greffier n'ont évidemment ni les mêmes compétences « ni la même aura. Là où le juge connaît un rôle de dissuasion, on peut douter qu'il en soit de même du greffier »¹⁰⁰¹.

500. Madame AMRANI-MEKKI incite sur cette nécessité de redéfinir le métier de juge : « L'économie est opérée à la louche en considérant que, si les juges passent moins de temps à juger, ils jugeront plus ce qui économisera de l'argent. Pourtant, plus qu'une économie, c'est plutôt une respiration des juges dans leur travail qui se ferait ressentir.

⁹⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁹⁶ H. FULCHIRON, « Vers un divorce sans juge ? » ; Recueil Dalloz, 2008, p. 365., P. POTENTIER, « Le divorce par consentement mutuel : un débat qui n'est pas clos », AJ fam. 2008, p. 328. ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Un divorce par consentement mutuel sans juge ? », in Mélanges G. Wiederkehr, « De Code en Code », Dalloz, 2009, p. 357. ; S. MAUCLAIR, « Un juge du divorce sinon rien », RJPF, 2014, p. 3.

⁹⁹⁷ Le Conseil de modernisation des politiques publiques préconisait dans un rapport du 12 décembre 2007 de confier aux notaires l'enregistrement des divorces par consentement mutuel. Les vifs débats qui s'en sont suivis⁹⁹⁷ ont conduit la commission présidée par le professeur GUINCHARD, l'année suivante a entériné cette proposition, mais avec une procédure allégée et au coût régulé ou tarifé.

⁹⁹⁸ S. GUINCHARD (dir.), « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », *op. cit.* p. 111.

⁹⁹⁹ J.-M. HAYAT, « Le point de vue d'un chef de juridiction », Gaz. Pal. 11 mars 2014, p. 15 et s.

¹⁰⁰⁰ B. PHILLY, « Le rôle du greffier » *op. cit.*

¹⁰⁰¹ S. MAUCLAIR, *op. cit.*

L'économie de temps ne se traduirait pas par une économie d'argent ! Il s'agit de permettre au juge de se concentrer sur des affaires délicates. C'est cette politique d'externalisation qui vise aujourd'hui à renforcer le rôle des greffes sans que l'économie soit bien perçue. Si un greffier coûte moins cher qu'un magistrat, la charge financière bascule d'un poste à l'autre et ne peut raisonnablement se traduire par des économies qu'en espérant qu'à long terme, les nouvelles technologies leur permettent de travailler plus efficacement. En réalité, les calculs d'économie ne sont pas évidents »¹⁰⁰².

501. La suppression du juge du divorce risque par ailleurs de reporter le problème économique sur un autre moment de la vie des époux. L'absence de juge ne fera que renforcer le contentieux de l'après-divorce, pourtant déjà bien présent. Comme la justement fait remarquer le rapport de l'association des avocats de la famille, portant sur la justice du XXI^e siècle et le droit de la famille, « la déjudiciarisation du contentieux familiale n'aura donc pas pour effet de réduire l'activité judiciaire, mais simplement de la déplacer.

502. Et au delà, toute réforme du divorce porte automatiquement en elle une réforme du mariage, nous l'avons dit. « Le mode de rupture traduit, en effet, la conception que l'on a de l'union »¹⁰⁰³. Évincer le juge de la rupture du mariage conduit nécessairement à « renforcer la conception contractuelle du mariage au détriment de sa dimension institutionnelle »¹⁰⁰⁴. À plus long terme c'est la vision complète de la société qui change, « supprimer le juge dans le divorce par consentement mutuel, c'est (...) changer de modèle de société » rappelle le rapport GUINCHARD¹⁰⁰⁵. Le mariage, concurrencé par les autres formes de conjugalités est devenu pour certains « une institution moribonde »¹⁰⁰⁶. Supprimer le contrôle que la société a sur sa dissolution lui donnerait « le coup de grâce »¹⁰⁰⁷. Il est certain qu

503. Au lieu d'un traitement du divorce par consentement mutuel par le greffier¹⁰⁰⁸, le Conseil national des barreaux¹⁰⁰⁹, suggère la création d'une procédure simplifiée d'homologation par le juge d'un acte d'avocat nécessairement rédigé par un avocat pour

¹⁰⁰² S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.*

¹⁰⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁰⁵ S. GUINCHARD, « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », *op. cit.*, p. 119.

¹⁰⁰⁶ H. FULCHRION, « Vers un divorce sans juge ? », *op. cit.* p. 65.

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁰⁸ P. DELMAS-GOYON « Le juge du XXI^e siècle, Un citoyen acteur, une équipe de justice », rapport à Madame la garde des Sceaux », décembre 2013 ; C. CADARS-BEAUFOR, AJ fam. 2014, p. 80.

¹⁰⁰⁹ M. BABONNEAU, « Divorce par consentement mutuel : un juge et un avocat, sinon rien », Dalloz actualité 7 janvier 2014 ; « Le barreau de Paris contre toute déjudiciarisation du divorce par consentement mutue », JCP n° 1, 13 janvier 2014, 47.

chacune des parties. Les professions du droit doivent être aux services des personnes et non l'inverse¹⁰¹⁰. Bien sûr, le divorce est un enjeu, économique, mais surtout il vient bouleverser un équilibre familial. C'est pour les parties que le divorce entraîne des conséquences, et il n'y a que le juge qui est apte, avec les parties, à préserver les intérêts et donner force à la séparation. L'écoute et la vision que le juge aura sont déterminantes.

C) Le cas du divorce en ligne

500. Peut être allons nous évoluer dans le même sens que nos concitoyens européens, en effet, en Belgique, depuis le début de l'année 2005, il est possible de divorcer en se rendant sur un site Internet, presque aussi populaire que le « online dating », titre le quotidien flamand « De Morgen ». Les couples voulant se séparer d'un commun accord peuvent le faire moyennant la somme de 595 euros. Un cabinet d'avocats d'Assenede est à l'origine de « divorce-online.be ». Au Québec, Maître Louis Sirois a conçu le site « avocatfisc.com/divorce »¹⁰¹¹, et estime avoir traité entre 30 et 40 divorces depuis la création du site et précise que ce type de service en ligne s'adresse aux personnes désirant divorcer à l'amiable. Moyennant la somme de 499 \$, Maître Sirois assiste les époux dans la rédaction des documents juridiques et assure un suivi téléphonique. Par ailleurs, les dossiers concernant le divorce par consentement mutuel doivent être déposés au greffe du palais de justice. Car dans tous les cas, qu'il s'agisse d'un divorce en ligne ou d'un divorce traditionnel, pour avoir force exécutoire il doit être approuvé par un juge de la Cour supérieure du Québec, souligne l'avocat. En Angleterre depuis 2000, on se sépare à l'amiable en utilisant le Web. Aux États-Unis, certains sites préconisent le divorce en douceur. C'est notamment le cas de « split-up.com ». Moyennant la somme de 79 \$, un logiciel fera office de conseiller financier pour les différentes étapes du divorce. « Le divorce en ligne constitue donc un véritable marché. Cependant si Internet peut être utilisé pour véhiculer une meilleure information sur les différentes formes de divorces et même aider à la préparation des dossiers, il convient de ne pas oublier que ce n'est pas un acte anodin, car il entraîne non seulement des conséquences financières, mais surtout familiales, et plus encore en présence d'enfants »¹⁰¹².

¹⁰¹⁰ B. BEIGNIER, « Le divorce : le juge, l'avocat et le notaire », Dr. fam. 2009, n°4, étude 12.

¹⁰¹¹ Obtenir soi-même son propre jugement à l'amiable de divorce, séparation, garde d'enfants ou pension alimentaire. Il vous est possible d'économiser beaucoup de temps et d'argent en présentant Vous-même votre demande à l'amiable de divorce, séparation, garde d'enfants ou pension alimentaire devant le Tribunal.

¹⁰¹² M. ROBERT, « Le divorce en ligne est désormais possible dans de nombreux pays », article paru le 24 octobre 2005 Brèves juridiques NTIC et PI - International – Internet.

501. **Conclusion de chapitre.** La pacification des relations familiales est un souhait des plus louables. Et de longue date la déjudiciarisation du droit de la famille a été envisagée. Cependant, limiter le pluralisme juridictionnel en droit de la famille en envisageant des mesures sans l'intervention du juge reviendrait à faire sortir du périmètre d'intervention judiciaire un des contentieux du droit privé les plus importants. Dans la perspective du recul de l'intervention du juge, l'ordre public de direction serait mis à mal. La volonté publique tient à la promotion des accords, et à associer les parties aux juges. Mais pas sans un organe de régulation. Or, céder aux sirènes de la déjudiciarisation reviendrait à laisser les membres de la famille seuls devant la privatisation de leurs intérêts, mesure attentatoire à ceux des plus faibles. Le regard et l'autorité du juge sont indispensables afin de garantir les intérêts des personnes en présence, et ce même en cas d'accord. Un certain relâchement de l'ordre public familial peut être envisagé à condition que le juge assure le rôle de régulateur des relations familiales.

502. La souveraineté de la décision du juge paraît déterminante. L'autorité judiciaire assure alors son rôle le plus emblématique, protéger les membres de la famille.

Conclusion du Titre 2

503. Les tentatives de réformes abordées témoignent de l'idée que le droit des personnes et de la famille est principalement le fait de la volonté de ses membres. L'intervention du juge peut être alors perçue comme une intrusion injustifiée, inutile et coûteuse. Pourtant la place de l'État en la matière n'est ni « archaïque » ni « liberticide ». Pour autant, le pluralisme juridictionnel apparaît comme dépassé. Il a été réduit à sa plus simple expression, un juge spécialisé tient lieu de facteur d'unité, des juges demeurent imposés par certaines raisons justifiées. Les préoccupations contemporaines ne sont plus des questions de compétences juridictionnelles, mais de limiter le périmètre d'intervention du juge et d'endiguer le flux d'affaires familiales contentieuses. Un équilibre est à trouver entre la cohérence de la justice familiale, la bonne administration de la justice, et la justice négociée.

504. Nous ne préconisons pas de sortir du périmètre juridictionnel, mais de spécialiser le juge de la famille, de le doter de moyens les plus étendus, de le recentrer sur son office, dire le droit. Par ailleurs, associer les parties à la décision judiciaire paraît le remède aux maux de la justice familiale. Le pluralisme juridictionnel est dépassé en ce qu'au-delà de la pluralité des juridictions en matière familiale, les personnes aspirent à participer à la décision. La justice familiale a pour fonction d'assurer la meilleure protection possible à chacun de ses membres, c'est-à-dire parvenir au juste droit, à la solution judiciaire la plus adaptée aux maux des chacun des membres de la famille.

Conclusion de la première partie

500. La diversification familiale est à l'origine d'un pluralisme que l'on qualifie de renouvelé, dont la forme a changé. Nous avons défini le pluralisme juridictionnel en droit de la famille comme la coexistence de plusieurs juridictions dans un même système de justice familiale afin d'organiser les différents contentieux. Le législateur contemporain aspire à concentrer le contentieux familial entre les seules mains du juge aux affaires familiales. Cet élargissement des compétences du juge aux affaires familiales afin d'éviter un éparpillement préjudiciable des compétences qui a toujours été dénoncé est pertinent. En effet la volonté est de regrouper l'ensemble des compétences intéressant la famille — couple et enfant — entre les mains de sa juridiction naturelle, soit précisément au profit du juge aux affaires familiales. Le juge de la famille a ainsi été modelé, sous l'effet de l'unification du droit familial, de l'unification du droit des enfants puis de celle du droit des couples. La protection du lien étant la traduction de la fonction juridictionnelle. Le juge de la famille est devenu le juge de toutes les familles, le protecteur des intérêts de tous les membres de ces familles. Dès lors, le pluralisme juridictionnel en droit de la famille traduit l'adaptation de la loi à l'évolution du pluralisme familial. Pourtant des juges de la famille demeurent imposés par des droits particuliers.

501. Ce fractionnement du travail judiciaire n'a de raison d'exister que dans la mesure où il permet au justiciable le droit le plus juste, un sur-mesure juridictionnel en quelque sorte. Tel l'Olympien en appelant à Arès dans l'espoir de gagner une guerre ou invoquant Athéna afin que la raison l'emporte sur la force tout en priant Hestia que son foyer soit protégé. Les membres du couple participent ainsi à l'élaboration de la règle de droit, une règle négociée bénéficiant d'une plus grande force que celle imposée.

502. Le pluralisme juridictionnel peut dès lors être trouvé dans la multiplicité des appréciations et interprétations judiciaires d'une même règle de droit et à travers l'association des parties à l'élaboration de l'acte juridictionnel.

503. « On a fini par se lasser du divorce, de la filiation, de leurs contentieux dominateurs. La vanité est apparue d'un système qui doit créer du droit sans répit pour aider les gens à se débarrasser du droit où ils se sont eux-mêmes emmêlés. Puis l'État s'interroge sur sa propre présence dans ce type d'affaires. Une intervention minimale est certes de droit, ici comme ailleurs, pour maintenir la paix entre litigants. Mais s'investir dans des débats sur

la justice d'un divorce, la vérité d'une filiation n'a pas de justification politique, dès lors que ces débats sont coupés de toute incidence sur l'éducation des enfants. Où est l'intérêt public ? Ce ne seront jamais que des liquidations sans espoir. La dynamique est du côté de l'enfant, non pas l'enfant pour lui-même, mais pour l'intérêt collectif dont il est porteur »¹⁰¹³ écrit Jean CARBONNIER mettant en exergue la nécessité de développer les droits et l'autonomie de l'enfant. Le juge protège la famille, mais réserve une protection plus particulière à l'enfant.

¹⁰¹³ A. BÉNABENT, « La justesse par le verbe, Jean CARBONNIER », Recueil Dalloz 2010 p. 2443

DEUXIÈME PARTIE

PLURALISME JURIDICTIONNEL

ET

PROTECTION DE L'ENFANT

504. « L'enfant a des droits »¹⁰¹⁴. Cette affirmation est le fruit d'une lente évolution. La société ne semble n'avoir découvert la spécificité de l'enfance que dans la seconde moitié du XVIII^e siècle avec notamment l'Émile de Jean-Jacques ROUSSEAU. « Si l'enfance est le sommeil de la raison [...], je suis cependant bien éloigné de penser que les enfants n'aient aucune espèce de raisonnement. Au contraire, je vois qu'ils raisonnent bien dans tout ce qu'ils connaissent et qui se rapporte à leur intérêt présent et sensible »¹⁰¹⁵.

505. L'enfant, homme en miniature¹⁰¹⁶, peint jusqu'au XII^e siècle comme un homme ou une femme de petite taille et dont les représentations apparurent dès le XV^e siècle, est devenu peu à peu l'objet d'attentions. La révolution supprima le droit d'aînesse, mais pour autant, aucune des trois Constitutions révolutionnaires ne consacrait de droits spécifiques. Il est vrai que l'importance de la mortalité infantine n'encourageait pas les instances publiques à se préoccuper particulièrement des enfants. Les progrès de l'éducation et le recul de la mortalité infantine ont ainsi engendré l'étude de l'enfance. Le taux de mortalité infantile s'élève aujourd'hui à 3,3 pour 1000 naissances, contre 77, 8 en 1945¹⁰¹⁷. C'est principalement la révolution industrielle du milieu du XIX^e siècle qui permettra une intervention étatique en raison notamment de la misère des familles ouvrières et de la toute puissance paternelle non encadrée. Dès lors, la loi du 22 mars 1841 dite loi Guizot sur le travail des enfants¹⁰¹⁸ est à cet égard la première loi protectrice des mineurs, mais c'est la loi du 24 juillet 1884¹⁰¹⁹ qui prévoit la déchéance de la puissance paternelle et la loi du 24 juillet 1889 qui entend protéger les enfants maltraités¹⁰²⁰ en instituant une possibilité de déchéance des droits parentaux notamment. À cette période apparaît aussi une répression pénale spécifique des infractions commises contre les mineurs, la loi du 19 avril 1898 réprime les violences, voies de fait et attentats commis contre les enfants. Le développement des sciences sociales aura aussi permis l'élaboration de normes d'éducation et de puériculture. Le souci de la scolarisation voit le jour et la loi du 28 mars 1882 dite loi Jules Ferry¹⁰²¹ consacre l'obligation de scolarisation des

¹⁰¹⁴ I. BARRIÈRE-BROUSSE et M. DOUCHY-OUUDOT (dir.), « Les contentieux familiaux, droit interne, international et européen », *op. cit.* p. 287.

¹⁰¹⁵ J.-J. ROUSSEAU, « L'Émile », (1762), Ellipses, 2001, p. 132.

¹⁰¹⁶ Ph. ARIÈS, « L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime », coll. Points, Seuil, 1973. p. 140 et s.

¹⁰¹⁷ V. EGEA, « Lumière sur la protection maternelle et infantile (PMI) », Droit de la famille n° 12, Décembre 2014, alerte 63.

¹⁰¹⁸ Loi du 22 mars 1841 relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers, J.O. du 28 mars 1841.

¹⁰¹⁹ Loi du 24 juillet 1884 créant la déchéance de la puissance paternelle et le contrôle de l'exercice par le père de ses droits sur l'enfant, J.O. du 25 juillet 1884.

¹⁰²⁰ Loi du 24 juillet 1889 enfants maltraités ou moralement abandonnés, placement des mineurs, placement éducatif en milieu ouvert, J.O. du 25 juillet 1889.

¹⁰²¹ Loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire, J.O. du 29 mars 1882.

enfants âgés de six ans à treize ans. À l'égard des mineurs délinquants, la loi du 12 avril 1906 a porté la majorité pénale de seize à dix-huit ans et la loi du 22 juillet 1912 a créé les tribunaux pour enfants et adolescents, posant ainsi les bases d'un droit spécialisé. La seconde moitié du XXe siècle aura été tout à fait symptomatique de l'essor du droit des mineurs. Les décrets-lois du 30 octobre 1935¹⁰²² auront posé les jalons de la protection de l'enfance sous les angles du vagabondage, de la correction paternelle et de la surveillance éducative de l'assistance éducative. C'est une ordonnance du 23 décembre 1958¹⁰²³ qui a créé l'assistance éducative en créant un modèle unique inspiré des décrets-lois précédant. Par la même, la protection administrative de l'enfant est consacrée.

506. La loi du 4 juin 1970¹⁰²⁴ relative à l'exercice de l'autorité parentale à transformé la puissance paternelle en autorité parentale et la loi du 3 janvier 1972¹⁰²⁵ consacre un droit pour tous les enfants a voir leur filiation établie et une égalité de presque tous les enfants (mis à part les enfants adultérins), pour ce qui est des effets de leur filiation. La physionomie de notre droit de la famille avait donc émergé, et nous constatons que la conception de la protection de l'enfant est liée à l'autorité parentale. Les lois élaborées dans les années 1990 avaient pour objectif de favoriser le maintien du lien de l'enfant avec ses deux parents et la prise en compte de sa volonté¹⁰²⁶, et ont ainsi vu l'avènement des droits de l'enfant tels que nous les connaissons. Notamment la loi Malhuret du 22 juillet 1987 relative à l'exercice de l'autorité parentale a introduit l'audition du mineur dans le cadre de la séparation parentale et l'exercice en commun de l'autorité parentale. La loi du 10 juillet 1989¹⁰²⁷, relative à la protection des mineurs et à la prévention des mauvais traitements a eu pour effet de redéfinir et de soutenir le travail des professionnels de l'enfance.

507. La loi du 8 janvier 1993 relative à l'État civil, la famille, les droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales a posé les bases du droit contemporain des mineurs. Plusieurs de ces dispositions intègrent des exigences de la Convention internationale des droits de l'enfant dans le droit français. Les années 2000 consacreront la protection spécifique du droit des mineurs. La loi n° 2000-196 du 6 mars 2000¹⁰²⁸ a à cette fin instauré un défenseur des enfants, autorité indépendante chargée de défendre et de promouvoir les droits de l'enfant.

¹⁰²² Décret-loi du 30 octobre 1935 protection des enfants du premier âge et modifie la loi du 23 décembre 1874, J.O. du 31 octobre 1935 ; M. CHAUVIÈRE, « L'enfance inadaptée, l'héritage de Vichy », Les Éditions ouvrières, 1980, rééd. Complétée en 1987, p. 283.

¹⁰²³ Ordonnance n° 58-1301 du 23 décembre 1958 relative à la protection de l'enfance et de l'adolescence en danger, J.O. du 24 décembre 1958.

¹⁰²⁴ Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, J.O. du 5 juin 1970.

¹⁰²⁵ Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, J.O. du 5 janvier 1972.

¹⁰²⁶ A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS « Droit des mineurs », Dalloz, 2^e éd. 2014, p. 20.

¹⁰²⁷ Loi n° 89-487 du 10 juillet 1989 relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance, J.O. du 14 juillet 1989.

¹⁰²⁸ Loi n° 2000-196 du 6 mars 2000 instituant un Défenseur des enfants, J.O. du 7 mars 2000.

La loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits a modifié son statut. La mission dévolue au défenseur des enfants est ainsi confiée à un collège spécifique chargé de la défense et de la promotion des droits de l'enfant, mis en place auprès du Défenseur des droits dont le vice-président a qualité de Défenseur des enfants.

508. La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale¹⁰²⁹ dans l'article 371-1, alinéa 3, du Code civil en vertu duquel « Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité » consacre la nécessité d'associer l'enfant aux décisions ayant une incidence sur son mode de vie. L'autre loi du 4 mars 2002, relative aux droits des malades, impose également au médecin de rechercher le consentement du mineur à l'acte médical¹⁰³⁰.

509. Il est vrai que les sources du droit des mineurs sont principalement nationales, néanmoins, « l'enfant est au cœur des préoccupations des organisations nationales »¹⁰³¹ et ainsi le droit international s'intéresse aux mineurs à travers tout d'abord l'élaboration de textes spécifiques et ensuite à travers la mise en œuvre de textes généraux par les juridictions internes ou internationales. C'est ainsi que le 20 novembre 1989, la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) est proclamée par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies et énonce au travers de 54 articles les droits fondamentaux de l'enfant. Signée par la France le 26 janvier 1990 et ratifiée à l'unanimité des votants le 7 août suivant, la Convention internationale des droits de l'enfant n'est d'applicabilité directe en droit interne que depuis un arrêt de revirement de la première chambre civile de la Cour de cassation du 18 mai 2005¹⁰³². Auparavant, l'application de la Convention internationale des droits de l'enfant était limitée par un arrêt du 10 mars 1993¹⁰³³ consistant à nier l'application directe du traité en droit interne car ne créant d'obligations qu'à la charge des états signataires et ne pouvant donc être invoquée par les particuliers. Car « autrefois uniquement considéré sous l'angle

¹⁰²⁹ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, J.O. du 5 mars 2002.

¹⁰³⁰ Dictionnaire permanent de bioéthique, v° *Contraception* : Le mineur s'est vu par ailleurs accorder une véritable capacité de décider lui-même pour les actes médicaux concernant la contraception ou l'interruption volontaire de grossesse par les lois du 13 décembre 2000 et du 4 juillet 2001.

¹⁰³¹ A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS « Droit des mineurs », Dalloz, 2^e éd. 2014, p. 22 ; I. BARRIÈRE-BROUSSE, « L'enfant et les conventions internationales » JDI, 1996, p. 884.

¹⁰³² Y. HONHON, « Regard sur vingt ans d'application de la Convention internationale des droits de l'enfant par les juridictions françaises », RLDC n° 67, janvier 2010, p. 39.

¹⁰³³ Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1993, n° 91-11.310, Bull. civ. I, n° 103, Defrénois 1993, art. 35585, p. 852, note J. Massip, D. 1993, jur., p. 361, note J. Massip, JCP G 1993, I, n° 3677, note C. Neirinck et P.-M. Martin, RDSS. 1993, p. 533, note F. Monéger, Rev. crit. DIP 1993, p. 449, note P. Lagarde, D. 1994, somm., p. 34, note F. Dekeuwer-Défossez, Gaz. Pal. 1995, p. 3, note A. Braunschweig et R. Gouttes (de).

paternaliste du petit homme fragile que les adultes étaient seuls à même de protéger »¹⁰³⁴, la conception contemporaine des droits de l'enfant est apparue dans différents textes internationaux, au premier rang desquels figurent la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989 et la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant du 25 septembre 1996¹⁰³⁵. Nous devons aussi rappeler qu'hormis la Convention internationale des droits de l'enfant, d'autres textes internationaux consacrent les droits et libertés fondamentaux s'appliquent aux mineurs en tant que sujets de droit. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 s'applique bien aux mineurs et son effet direct est reconnu. L'article 24-1 énonce « Tout enfant, sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'origine nationale ou sociale, la fortune ou la naissance, a droit, de la part de sa famille, de la société et de l'État, aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur ». Hans VAN LOON, Secrétaire général de la Conférence de La Haye, relève qu'un certain nombre de Conventions de La Haye concernent particulièrement les enfants¹⁰³⁶, notamment la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 relative aux enlèvements d'enfants et de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale ainsi que de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants. La Convention internationale des droits de l'enfant reste néanmoins le texte international majeur pour le droit des mineurs.

510. Mais c'est indéniablement la Convention européenne des droits de l'homme l'instrument le plus efficace de protection des droits de l'enfant. Frédéric SUDRE relève justement que c'est le « dynamisme interprétatif »¹⁰³⁷ du juge européen qui a permis l'élaboration d'une « protection catégorielle des droits de l'enfant qui s'impose à tous les États membres du Conseil de l'Europe »¹⁰³⁸, puisque peu de dispositions concernant spécifiquement les mineurs sont dans le traité. « L'enfant est pour la cour européenne une catégorie particulière de vulnérable, ce qui génère une protection particulière plus poussée »¹⁰³⁹. L'enfant fait ainsi l'objet d'une protection particulière en Europe, la

¹⁰³⁴ A. GOUTTENOIRE, « L'enfant dans les procédures judiciaires : un statut en devenir », *AJ fam.* 2003, p. 368.

¹⁰³⁵ 25 septembre 1996, Emanant du Conseil de l'Europe et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2000.

¹⁰³⁶ H. VAN LOON « Les conventions de la conférence de La Haye », *in* J. RUBELLIN-DEVICHI et R. FRANCK (dir.), *L'enfant et les conventions internationales*, PUL, 1996, p. 49.

¹⁰³⁷ F. SUDRE, « A propos du dynamisme interprétatif de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2001. I. 335.

¹⁰³⁸ A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS « Droit des mineurs », Dalloz, 2^e éd. 2014, p. 53.

¹⁰³⁹ B. BONNET, « L'utilisation de la Convention internationale des droits de l'enfant par les juges européens », *in* C. GAUTHIER, M. GAUTIER et A. GOUTTENOIRE (dir.), *Mineurs et droit européens*, Pedone, 2012

Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants adoptée par le Conseil de l'Europe le 25 janvier 1996 signée par la France le 4 juin 1996 a été ratifiée par la France par une la loi n° 2007-1155 du 1^{er} août 2007¹⁰⁴⁰ et énonce dans son préambule que les États membres du Conseil et les autres États signataires sont « Convaincus que les droits et les intérêts supérieurs des enfants devraient être promus et qu'à cet effet les enfants devraient avoir la possibilité d'exercer ces droits, en particulier dans les procédures familiales les intéressant ». Une meilleure prise en compte de l'intérêt de l'enfant a induit, au gré des réformes du droit de la famille, une profonde modification du droit civil des mineurs. « La multiplication des discours sur l'enfant et la référence incantatoire dont il fait de plus en plus souvent l'objet paraît correspondre, tout au moins pour les sociétés industrielles avancées, à des transformations importantes de la famille, qui sont liées aux changements de cette dernière au sein de la société. Ces transformations ont notamment pour effet de faire disparaître la notion d'institution au profit de celle d'individu évoluant, entre autres, au sein d'un espace familial »¹⁰⁴¹.

511. L'article 24 de la Charte des droits fondamentaux signée le 7 décembre 2000 et dont la force contraignante est issue de l'application du traité de Lisbonne du 1^{er} décembre 2009 énonce :

« 1. Les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité.

2. Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

3. Tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt ».

512. L'enfance est le premier moment de vie de chaque individu, mais surtout celui durant lequel l'adulte en devenir se construit. Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ relève à ce propos que « de la bonne réussite de l'éducation de l'enfant dépend non seulement son avenir proche, mais encore celui de la société où il s'insèrera ». ¹⁰⁴² Il revient ainsi aux

¹⁰⁴⁰ Loi n° 2007-1155, 1^{er} août 2007, J.O. 2 août 2007 ; N. FRICERO, « Ratification de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants : une promotion des droits procéduraux des moins de 18 ans ! », RJPJF 2008, n°1.

¹⁰⁴¹ J. COMMAILLE, « Les droits de l'enfant, une universalité sans évidence », in J. Rubellin-Devichi et R. Franck (dir.), L'enfant et les conventions internationales, PUL, 1996, p. 13.

¹⁰⁴² F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Les droits de l'enfant », coll. « Que sais-je », PUF, 9^e éd., 2010, p. 4.

parents de l'enfant et d'une manière plus large à sa famille, un rôle prépondérant, celui d'assurer sa protection durant cette période. L'article 371-1 du Code civil dans ses deux premiers alinéas énonce justement que « l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne ». S'il revient aux parents d'assurer la protection du mineur, il revient aux magistrats d'assurer l'effectivité de cette protection.

513. Ainsi, le système français repose sur une dualité de protection de l'enfant, administrative et judiciaire. La protection administrative est le fruit de la loi des 16 et 24 août 1789 instituant le principe de séparation des pouvoirs et remonte aux institutions charitables qui recueillaient les enfants abandonnés. En ce sens, la protection de l'enfant est à l'origine une protection administrative. Le décret-loi du 30 octobre 1935 qui en organisant l'assistance éducative pose les fondements de la collaboration entre les autorités judiciaires et administratives¹⁰⁴³. Mais en complétant les dispositions de l'ordonnance de 1958, le décret n° 59-100 du 7 janvier 1959 relatif à la protection sociale de l'enfance en danger consacre la double protection. Ces deux textes viennent fixer les règles d'intervention et les moyens d'action du juge des enfants et des directions départementales des affaires sanitaires et sociales¹⁰⁴⁴.

514. Et au sein de l'ordre judiciaire, on observe là encore une pluralité de juges. En effet, au civil comme au pénal, l'enfant peut être amené à rencontrer plusieurs juges. Au civil, ce sera essentiellement le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles. Au pénal, on citera le juge des enfants, le juge d'instruction ou encore le ministère public. Afin de délimiter l'objet de notre recherche, nous ne traiterons pas du volet pénal de la question de l'enfance, nous écarterons donc les procédures où le mineur est parti au procès pénal, soit comme victime soit comme auteur.

515. La protection des mineurs justifie dès lors cette particularité juridictionnelle. Plusieurs juges peuvent ainsi avoir vocation à statuer sur le sort d'un enfant, les parents se heurtant alors à la question du juge compétent. Méлина DOUCHY-OU DOT relève d'ailleurs

¹⁰⁴³ Décret-loi du 30 octobre 1935 organisant le contrôle de l'Etat sur les sociétés, syndicats et associations ou entreprises de toute nature ayant fait appel au concours financier de l'Etat, J.O. du 31 octobre 1935.

¹⁰⁴⁴ J.-L. BIANCO et P. LAMY, Rapport « Aide à l'enfance demain. Contribution à une politique de réduction des inégalités », Ministère de la Santé et de la sécurité sociale, 1980. Pp. 79-85.

qu'« il n'est pas aisé de déterminer l'étendue des pouvoirs de chacun »¹⁰⁴⁵. Et ce malgré la volonté du législateur qui à travers la loi du 8 janvier 1993¹⁰⁴⁶ avait d'ores et déjà élargi la compétence du juge aux affaires familiales concernant l'enfant¹⁰⁴⁷. Et selon les juridictions qui se pencheront sur le sort d'un enfant, ce dernier sera pleinement reconnu comme sujet de droit ou ne se verra attribuer qu'un « strapontin procédural »¹⁰⁴⁸. En effet, la place de l'enfant dépendra des procédures, dans certaines il devient partie, dans d'autres il ne l'est absolument pas. Selon les cas, le mineur est représenté, assisté, soumis à des juridictions spéciales. En dépit de cette pluralité laissant à penser à un démembrement des compétences de chacun de ces magistrats, l'unicité de la démarche judiciaire se concrétise à travers la notion de l'intérêt de l'enfant, de sa protection. Ces magistrats ont tous été dotés par le législateur de pouvoirs de protection.

516. *A priori*, les juges de l'enfant ont chacun une compétence bien établie et des objectifs bien définis alors qu'en réalité, les choses sont plus complexes, des enchevêtrements de compétence peuvent voir le jour¹⁰⁴⁹. Néanmoins, les récentes lois de simplification du droit et des procédures tentent de mettre en œuvre une coopération entre ces magistrats (Titre 1). Le développement de l'autonomie de l'enfant demeure en effet une préoccupation des acteurs judiciaires, l'enfant peut dès lors être associé, mais surtout il peut être entendu dans toutes procédures le concernant (Titre 2).

¹⁰⁴⁵ M. DOUCHY-OUUDOT, « Le lien familial en dehors du droit civil de la famille – La procédure civile », *in* Le lien familial hors du droit civil de ma famille, (dir.) Ingrid MARIA et Michel FARGE, Institut Universitaire Varenne, 2014, pp. 131-147.

¹⁰⁴⁶ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, J.O. du 9 janvier 1993.

¹⁰⁴⁷ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD Civ.* 1995, p. 249. Mais l'attention du législateur portée à l'intérêt de l'enfant n'existait que dans la mesure où les droits de l'enfant coïncidaient avec ceux des parents et des adultes.

¹⁰⁴⁸ L. GEBLER, « Approche transversale des procédures familiales » *AJ fam.* 2007 p. 390.

¹⁰⁴⁹ *Ibid.*

TITRE 1 : LES JUGES DE L'ENFANT

517. Un auteur relève à propos du contentieux impliquant un mineur que, « sur ce terrain fort occupé, efficacement on l'espère, travaillent trois juges qui, selon des titres différents, ont vocation à s'occuper de l'enfant qui rencontre des problèmes : le juge des enfants, né en 1945, auréolé d'une littérature accréditive à l'époque, qui reste le héros charismatique de la protection de l'enfance dans l'esprit du citoyen moyen, le juge des tutelles, juge d'instance contrairement aux deux autres, de naissance plus récente et plus modeste (1964), plus mal connu malgré de louables tentatives pour montrer son action quotidienne et enfin le juge aux affaires familiales (1975) dont le succès ne s'est pas démenti auprès des législateurs successifs soucieux de remplacer la collégialité, réputée coûteuse, par l'unicité¹⁰⁵⁰». Cette affirmation est bien sûr à nuancer puisque l'office du juge des tutelles concernant les mineurs a été transféré au juge aux affaires familiales par la loi n° 2009-526 de simplification du droit du 12 mai 2009¹⁰⁵¹. Mais en dépit de cet accroissement des compétences du juge aux affaires familiales, le droit français se caractérise donc par une pluralité de magistrats protecteurs de l'enfance¹⁰⁵².

518. Puisqu'*a priori*, chacun de ces juges a des fonctions et des objectifs bien définis, l'existence d'un pluralisme juridictionnel dans les contentieux impliquant un mineur apparaît nécessaire (Chapitre 1), et va entraîner une réflexion sur l'articulation des compétences entre ses magistrats (Chapitre 2).

¹⁰⁵⁰ J. HAUSER, Obs. sous Cass. Avis, 1^{er} mars 2004, RTD civ 2004, p.498, *op. cit.*

¹⁰⁵¹ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, J.O. du 13 mai 2009.

¹⁰⁵² C. MARCHAL et L. MICALLEF-NAPOLY, « Justice des mineurs », AJ fam. 2009, p. 31.

Chapitre 1 : Un pluralisme nécessaire

597. À l'heure de la volonté de recentrer les contentieux familiaux entre les mains d'un seul et même juge spécialisé, le pluralisme juridictionnel dans la protection des mineurs a de nombreuses reprises été mis en cause, notamment lors de l'élaboration de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993¹⁰⁵³. Pour autant, il n'a plus l'air aujourd'hui menacé. Selon que l'enfant est victime du décès de ses parents, de leur séparation, de leur abandon ou de leur incapacité à assurer sa protection, son sort pourra être tranché par le juge aux affaires familiales, le juge des enfants, le Tribunal de grande instance¹⁰⁵⁴. Le maintien de ce pluralisme juridictionnel est justifié par la protection de l'enfant. La protection de sa personne et le respect du développement de son autonomie.

598. Un juge aux affaires familiales relève que « tout ceci n'est finalement pas bien grave, puisque la loi soumet ces procédures à l'onction suprême de l'intérêt de l'enfant »¹⁰⁵⁵. L'intérêt de l'enfant est pourtant une notion difficile à cerner, critiquée par de nombreux auteurs, qui considèrent notamment que ce concept est flou¹⁰⁵⁶, « ne veut pas dire grand-chose »¹⁰⁵⁷. D'autres auteurs considèrent que cette notion ne peut pas être appréhendée dans sa globalité et qu'il convient de la disséquer en distinguant son objet et sa fonction¹⁰⁵⁸, car l'intérêt de l'enfant incarne « un terrain vague » juridique faisant redouter « l'arbitraire »¹⁰⁵⁹ du juge¹⁰⁶⁰. C'est un « critère neutre à la lumière duquel le juge peut porter son attention sur la situation d'un mineur »¹⁰⁶¹ et qui constitue la finalité même de l'intervention judiciaire, la protection de l'enfant. En l'absence de définition légale de l'intérêt de l'enfant, il est indéniable que ce concept a été érigé en paradigme du droit contemporain de la famille et constitue une limite inviolable aux dérives des libertés individuelles. L'intérêt supérieur de l'enfant est devenu le critère majeur des décisions relatives à l'autorité parentale et l'assistance éducative, aussi bien dans la jurisprudence française que celle prolifique de la Cour européenne des droits de l'homme. La prééminence absolue de l'intérêt de l'enfant ne fait donc aujourd'hui aucun doute, la Convention internationale relative aux droits de l'enfant

¹⁰⁵³ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, *op. cit.*

¹⁰⁵⁴ L. GEBLER, « L'enfant et ses juges, approche transversale des procédures familiales », *AJ fam.* 2007 p. 390.

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*

¹⁰⁵⁶ J. COSTA-LASCOUX, « Histoire de la notion d'intérêt de l'enfant dans le droit des mineurs », *in* De quel droit, de l'intérêt aux droits de l'enfant, F. Bailleau et M. Guessaz (dir.), 1988, p. 162 et s.

¹⁰⁵⁷ Ph. MALAURIE, « Droit civil. La famille », Cujas, 6^e éd., n° 760, p. 433.

¹⁰⁵⁸ C. CHABERT, « L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois », PUAM, 2001, p. 41.

¹⁰⁵⁹ J. HAUSER, « Le loi, le juge et la voloné dans les réformes de droit de la famille », *in* Mélanges Philippe SIMLER, Paris, éd. LEXIS-NEXIS Litec et Dalloz, 2006, p. 155.

¹⁰⁶⁰ V. EGÉA, « La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille », *op. cit.*, p.17.

¹⁰⁶¹ S. FRÉMEAUX, « Les notions indéterminées du droit de la famille », *op. cit.*

l'a fait entrer dans la catégorie des droits de l'homme¹⁰⁶² et est d'application directe en droit français¹⁰⁶³. La Cour européenne des droits de l'homme se réfère à cette notion dans toutes les affaires dans lesquelles l'intérêt de l'enfant est confronté aux intérêts de son (ou ses) parent(s) affirmant que « le souci de l'intérêt supérieur de l'enfant revêt une importance cruciale dans toute affaire de cette sorte »¹⁰⁶⁴. « En droit français, l'intérêt de l'enfant représente, au moins depuis la seconde partie du XXe siècle, le critère par excellence du droit de la famille »¹⁰⁶⁵. La notion de l'intérêt de l'enfant ou d'intérêt supérieur de l'enfant est utilisée depuis longtemps en droit français et a été consacrée par l'article 3, I, de la Convention internationale des droits de l'enfant, car « la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant constitue le cœur du droit des mineurs »¹⁰⁶⁶. Ce standard est également devenu un principe fondamental du droit de la famille. Les décisions relatives à un enfant sont en effet de plus en plus souvent confrontées au principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant. C'est un des critères, sinon le critère, qui doit guider le juge dans sa décision. (Le droit se veut libéral, on pourrait tout accepter, mais la seule limite tolérable serait l'intérêt de l'enfant). « La difficulté récurrente des adultes à privilégier l'intérêt de l'enfant par rapport à leurs propres revendications ou leurs propres prétendus droits »¹⁰⁶⁷. La « notion magique »¹⁰⁶⁸ de Jean CARBONNIER ne manque pas de définitions¹⁰⁶⁹. Serait-elle volontairement floue afin de laisser le soin au juge de la déterminer ? « Un indispensable garde-fou »¹⁰⁷⁰. L'objectif primordial est de rechercher quel intérêt doit être privilégié au regard des besoins concrets de l'enfant. Deux approches doivent alors se conjuguer¹⁰⁷¹, l'intérêt de l'enfant vu comme une norme générale, abstraite, une référence applicable à tous les enfants, et une appréciation concrète d'une situation précise. L'intérêt de l'enfant « permet une oscillation entre le droit et le fait, entre le concret

¹⁰⁶² F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Droits de l'homme et droits de l'enfant », D. 1988. Chron. 137.

¹⁰⁶³ Cass. 1^{re} civ. 18 mai 2005, JCP 2005. II, n° 02-20.613, D. 2005. 1909, note V. Égéa; *Ibid.* 2007. 2192, obs. A. Gouttenoire et L. Brunet; AJ fam. 2005. 274, obs. T. Fossier; RDSS 2005. 814, étude C. Neirinck; Rev. crit. DIP 2005. 679, note D. Bureau; RTD civ. 2005. 556, obs. R. Encinas de Munagorri; *Ibid.* 585, obs. J. Hauser; *Ibid.* 627, obs. P. Théry; *Ibid.* 750, obs. P. Remy-Corlay.

¹⁰⁶⁴ A. GOUTTENOIRE, La Convention internationale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in *Le monde du droit*, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer, Economica, 2008, p. 495.

¹⁰⁶⁵ C. BRUNETTI-PONS, « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? », RLDC 2011, supplément n° 87.

¹⁰⁶⁶ A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, « Recueil Dalloz 2009 Droits de l'enfant juin 2008 - mai 2009 » p. 1918.

¹⁰⁶⁷ J.-L. RENCHON, « Peut-on déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant ? », LPA 2011, p. 29.

¹⁰⁶⁸ J. CARBONNIER, « Droit civil, T.1, Les personnes. Personnalité. Incapacité. Personnes morales », coll. Thémis, PUF, 18^e éd., 1992, n° 110.

¹⁰⁶⁹ J.-L. RENCHON, « Peut-on déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant ? », LPA 2011, p. 29; C. BRUNETTI-PONS « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? », RLDC 2011, p. 4405.; S. FRÉMEAUX, « Le notions indéterminées du droit de la famille », RRJ 1998, p. 865.

¹⁰⁷⁰ C. BRUNETTI-PONS, « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? », RLDC 2011, supplément n° 87.

¹⁰⁷¹ J.-P. SERVEL, « La notion d'intérêt de l'enfant. Essai sur les fondements de l'autorité et des décisions parentales », thèse Aix en Provence, 1978, p. 75.

et l'abstrait »¹⁰⁷² et c'est au juge que revient la tâche de combiner ces deux approches complémentaires. Le juge doit identifier ce que requiert l'intérêt de l'enfant dans toutes décisions le concernant¹⁰⁷³. L'intérêt de l'enfant apparaît ainsi être l'élément commun pour cette pluralité de magistrats puisque leurs objectifs et fonctions sont définis.

519. L'enfant dès sa naissance voit l'appartenance à sa famille établie par un lien, le lien de filiation. Toute action relative à l'existence de ce lien sera de la compétence du Tribunal de grande instance (Section 1). Les actions relatives à la vie de ce lien seront de la compétence selon les cas, soit du juge aux affaires familiales, soit du juge des enfants, tous deux les magistrats les plus emblématiques de la protection de l'enfant (Section 2).

Section 1 : Le juge de l'existence du lien

520. En supprimant peu à peu les inégalités entre enfants, le législateur a fait de la filiation le « point de référence du droit de la famille »¹⁰⁷⁴. Traditionnellement, le Tribunal de grande instance a une compétence exclusive concernant l'état des personnes, et donc principalement en matière de filiation, cœur du droit des personnes, et en matière de retrait de l'autorité parentale. L'article 318-1 du Code civil énonce que « Le Tribunal de grande instance, statuant en matière civile, est seul compétent pour connaître des actions relatives à la filiation ». La circulaire du 30 juin 2006¹⁰⁷⁵ a rappelé les incidences de la compétence exclusive du Tribunal de grande instance en matière de filiation : « 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 »¹⁰⁷⁶. Dans l'hypothèse où une autre juridiction serait saisie à titre incident, d'une question de filiation, elle devrait surseoir à statuer dans l'attente que cette question ait été tranchée par le Tribunal de grande instance¹⁰⁷⁷. Par ailleurs, en matière d'adoption internationale, seuls certains

¹⁰⁷² H. HAMADI, « Recherches sur l'ordre public familial », *op. cit.*

¹⁰⁷³ J.-L. RENCHON, « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? », LPA, 7 octobre 2010, n° 200, p. 29.

¹⁰⁷⁴ C. SIFFREIN-BLANC, *op. cit.*, p. 21.

¹⁰⁷⁵ Circulaire de présentation du 30 juin 2006 de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation ; BO justice n° 103, 25 octobre 2006.

¹⁰⁷⁶ Cass. 1^{re} civ., 13 avril 1988. n° 88-12.647.

¹⁰⁷⁷ J. Massip, Le nouveau droit de la filiation : Defrénois 2006, art. 38312, p. 91 s., spécialement n° 32

tribunaux de grande instance sont compétents¹⁰⁷⁸. Le Tribunal de grande instance statue en chambre du conseil¹⁰⁷⁹ dans le ressort duquel le défendeur a son domicile¹⁰⁸⁰.

521. Pourtant, les règles de l'organisation juridictionnelle peuvent conduire un autre juge à connaître de la filiation dans la limite de son pouvoir juridictionnel, c'est le cas du juge des référés. A été notamment retenue la possibilité d'ordonner en référé un examen comparé des sangs en présence d'un risque de dépérissement de la preuve afin d'évaluer les chances d'une action en contestation de reconnaissance¹⁰⁸¹. La même problématique se pose pour le juge de la mise en état, notamment pour un juge de la mise en état ayant ordonné un examen dans le cadre d'une action en recherche de paternité, la Cour de cassation a indiqué que le défendeur n'ayant pas interjeté appel de l'ordonnance du juge de la mise en état, la cour d'appel pouvait tirer toutes les conséquences de son refus de se soumettre à une expertise génétique. Il reste que le Tribunal de grande instance est seul compétent au fond pour connaître des litiges relatifs à la filiation.

522. Désignant le lien qui unit un enfant à son père et à sa mère, « la filiation n'est (...) ni du domaine de l'être, ni du domaine de l'avoir : elle est du domaine de la relation »¹⁰⁸². C'est aussi selon un auteur un « concept juridique, la filiation est un lien artificiel, un lien de droit auquel on ajoute parfois un qualificatif afin de spécifier les circonstances de l'apparition de l'enfant »¹⁰⁸³.

523. La suppression de la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle¹⁰⁸⁴ par l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation¹⁰⁸⁵ a conduit à une restructuration du Titre septième du Livre premier du Code civil, le droit de la filiation étant pensé à partir de la distinction entre filiation maternelle et filiation paternelle¹⁰⁸⁶. Cette loi a simplifié la matière notamment en soumettant les actions relatives à la filiation à un régime juridique unique et en venant réduire la durée du délai de prescription de droit

¹⁰⁷⁸ Décret n° 2009-1221 du 12 octobre 2009 relatif à la spécialisation des juridictions en matière d'adoption internationale.

¹⁰⁷⁹ Article 1149 du Code de procédure civile.

¹⁰⁸⁰ Article 42 du Code de procédure civile.

¹⁰⁸¹ Cass. 1^{re} civ., 4 mai 1994, n° 92-17.911, Bull. civ. I, n° 159 ; D. 1994. 545, note Massip.

¹⁰⁸² D. GUTMANN, « Le sentiment d'identité : Étude de droit des personnes et de la famille », LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 327.

¹⁰⁸³ N. COUDOING, « Les distinctions dans le droit de la filiation », thèse, Toulon, 2007, p. 7.

¹⁰⁸⁴ T. GARÉ, « La réforme de la filiation. A propos de l'ordonnance du 4 juillet 2005 », JCP G, 2005, p. 1491.

¹⁰⁸⁵ Ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, J.O. du 6 Juillet 2005.

¹⁰⁸⁶ F. GRANET-LAMBRECHTS, « La réforme du droit de la filiation », AJ fam. 2005, p. 424. ; F. GRANET-LAMBRECHTS et J. HAUSER, « Le nouveau droit de la filiation », D. 2005, p. 17. ; J. MASSIP, « Le nouveau droit de la filiation », Defrénois 2006, art. 38303, p. 6.

commun¹⁰⁸⁷. L'article 321 du Code civil affirme ainsi : « Sauf lorsqu'elles sont enfermées par la loi dans un autre délai, les actions relatives à la filiation se prescrivent par dix ans à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté. À l'égard de l'enfant, ce délai est suspendu pendant sa minorité ».

524. Les deux idées fortes de la matière sont le principe d'égalité et le principe de vérité. Enfants légitimes et enfants naturels ont les mêmes droits¹⁰⁸⁸, on ne distingue plus selon la filiation, la vérité peut ainsi s'imposer, encore faut-il que techniquement cela soit possible, la science est venue secourir le droit. Par ailleurs, nous parlerons de filiation charnelle lorsqu'elle résulte de la procréation et de filiation élective lorsqu'elle résulte d'un acte de volonté. Puisque la filiation est inscrite sur les registres de l'état civil, toute difficulté relative ressort du domaine des actions d'état des personnes. Le lien étant étroit entre le fond et la procédure, les règles sont spécifiques, car la matière est particulière, notamment, les règles sont réunies au sein du Code civil et non du Code de procédure civile.

525. Le Tribunal de grande instance connaît des procédures tendant à créer un lien de filiation (I), mais il connaît aussi des actions tendant à le défaire et il intervient en cas de défaillance parentale grave à travers le retrait de l'autorité parentale (II).

I : Une fonction créatrice de liens

526. La filiation peut être établie de manière non contentieuse¹⁰⁸⁹, c'est-à-dire soit par l'effet de la loi, ce qui vise, d'une part, le principe de l'établissement de la filiation maternelle par la désignation de la mère dans l'acte de naissance et, d'autre part, la présomption *pater is est* pour l'établissement de la paternité, l'enfant a traditionnellement pour père le mari de sa mère ; soit par une reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité ; soit par la possession d'état, à la condition qu'elle soit constatée dans un acte de notoriété délivré par le juge d'instance. Nos travaux porteront sur le deuxième mode d'établissement de la filiation charnelle, c'est-à-dire dans le cadre d'une action judiciaire, puisqu'il est dit contentieux. L'article 310-1 du Code civil alinéa 2 énonce que la filiation est légalement établie « par jugement ». Le juge sera amené à « suppléer une carence de

¹⁰⁸⁷ Le droit de la famille a été pu modifié par la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 ; E. PAILLET, « Contentieux familial : prescription et gestion du contentieux », revue Procédures, juillet 2010, p. 5.

¹⁰⁸⁸ V. notamment l'arrêt CEDH, Mazurek c/ France du 1^{er} février 2000, GACEDH : PUF, coll. Les grandes décisions de jurisprudence, 2004, comm. n° 44, obs. A. Gouttenoire.

¹⁰⁸⁹ Article 310-1 alinéa 1 du Code civil.

départ »¹⁰⁹⁰ en prononçant une adoption (A), ou a établir la filiation non faite *ab initio* ou volontairement (B).

A) Le prononcé de l'adoption

527. « Le souci de venir en aide aux enfants abandonnés ou orphelins — est, sans conteste, louable »¹⁰⁹¹. Qualifiée « d'opération de charité au profit des mineurs »¹⁰⁹² la procédure d'adoption plénière qui crée par jugement un lien de filiation « entre deux personnes qui, sous le rapport de sang, sont généralement étrangères l'une à l'autre »¹⁰⁹³ détruit en contrepartie le lien de filiation préexistant à l'égard de la famille biologique. Construite sur les ruines d'un passé douloureux, l'adoption ne peut être prononcée par le juge que « si les conditions de la loi sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant »¹⁰⁹⁴. L'adoption est une institution permettant d'établir un lien juridique de filiation « de l'enfant avec ceux qui ne lui ont pas donné la vie »¹⁰⁹⁵, c'est une manifestation de volonté. L'adoption doit être mise en place conformément aux droits de l'enfant. Le préambule de la Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale annonce que « les États signataires ont cherché à établir des dispositions communes pour garantir que les adoptions internationales aient lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant et le respect de ses droits fondamentaux »¹⁰⁹⁶.

528. Le droit distingue deux adoptions, l'adoption simple qui vient s'ajouter au lien de filiation préalablement établi, et l'adoption plénière qui vient combler un vide juridique si aucune filiation n'a été établie ou qui remplace celle existante. La loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 a procédé à une refonte de l'adoption jugée trop complexe, le législateur a dès lors décomposé la procédure d'adoption plénière en deux phases. D'abord une phase de placement en vue de l'adoption qui rend irrecevable toute demande de restitution de l'enfant de sa famille d'origine et qui fait obstacle à toute déclaration de filiation et toute reconnaissance. Puis, vient le prononcé de l'adoption par jugement. Par la suite la loi n° 76-1179 du 22 décembre 1976 a facilité l'adoption en abaissant notamment l'âge de l'adoption de 35 à 30

¹⁰⁹⁰ I. BARRIÈRE-BROUSSE et M. DOUCHY-OUUDOT, (dir.), « Les contentieux familiaux, Droit interne international et européen », *op. cit.*

¹⁰⁹¹ J. DÉCAMPS, « Le ministère public gardien des libertés en droit des personnes et de la famille », *op. cit.*

¹⁰⁹² D. FENOUILLET, F. TERRÉ, « Droit civil les personnes ; personnalité, incapacité, protection », Dalloz, 8^e éd. 2012.

¹⁰⁹³ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), « Lexique des termes juridiques », Dalloz, 22 édition, 2014-2015, p. 670, V^o Adoption.

¹⁰⁹⁴ Article 353-1 du Code civil.

¹⁰⁹⁵ Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2011, n° 10-13996, Bull. civ. I, n° 81.

¹⁰⁹⁶ N. MEYER-FABRE, « La Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », RID comp. 1994, p. 259.

ans (enfant du conjoint) et la loi n° 2005-744 du 4 juillet 2005 l'a réorganisée afin d'apporter une solution au déséquilibre entre le nombre de familles titulaires de l'agrément et les enfants adoptables. La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013¹⁰⁹⁷ a fortement bouleversé l'institution en permettant à deux personnes de même sexe, mariés, d'adopter conjointement et en solo l'enfant de leur conjoint.

529. La procédure de l'adoption se distingue par une dualité d'interventions, le juge administratif interviendra pour l'agrément (1), et le Tribunal de grande instance prononcera l'adoption (2).

1) Le juge administratif, garant de l'intérêt futur de l'enfant à adopter

530. Au nom de l'intérêt de l'enfant, le juge administratif porte un jugement de valeur sur les conditions dans lesquelles un enfant serait adopté. Le juge administratif mène alors un contrôle a priori de l'intérêt de l'enfant lorsqu'il se prononce sur un écrit de l'administration refusant d'agréer les parents candidats à l'adoption (a). Néanmoins il existe une possibilité pour le juge judiciaire de passer outre ce refus (b), mettant en exergue les interactions et conflits de compétences existant lorsque l'intérêt de l'enfant est en question.

a) Un contrôle *a priori* de l'intérêt de l'enfant

531. Toute demande d'adoption doit être sollicitée auprès du président du Conseil général du département de résidence du demandeur afin d'obtenir l'agrément prévu par l'article 355-1 du Code civil et les articles L. 225-2 et L. 225-15 du Code de l'action sociale et des familles. Cet agrément, « sésame » pour le ou les adoptants, est délivré après instruction de la demande par les services départementaux de l'Aide sociale à l'enfance.

L'article 353 alinéa 1^{er} du Code civil énonce que l'adoption ne peut être prononcée que si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant. L'intérêt de l'enfant en l'espèce est étudié pour l'avenir, l'enfant n'est pas en danger, mais les magistrats doivent protéger ses intérêts futurs. Le juge administratif mène alors un contrôle a priori de l'intérêt de l'enfant. Il peut dès lors se prononcer sur un acte de l'administration refusant d'agréer les parents candidats à l'adoption. Le juge intervient en amont. L'agrément de l'adoption permet à l'administration de contrôler la situation des candidats à l'adoption avec la possibilité de contester la décision devant un

¹⁰⁹⁷ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, J.O. du 18 mai 2013. ; I. CORPART, « Le mariage pour tous et ses incidences sur le sort des enfants », AJ fam. 2013, p. 340.

juge¹⁰⁹⁸. La loi n° 2005-744 du 4 juillet 2005 a opéré une simplification et une unification de la procédure d'agrément conformément aux propositions de la Défenseure des enfants dans son rapport pour l'année 2004¹⁰⁹⁹. L'article 225-4 du Code de l'action sociale et des familles impose la motivation du refus d'agrément lequel peut être contesté devant le tribunal administratif. Les requérants qui se voient opposer un refus d'agrément peuvent former deux types de recours, le recours hiérarchique devant le président du Conseil général et le recours pour excès de pouvoir devant le tribunal administratif dans le délai de deux mois à compter de la décision de rejet. Le Conseil d'État, dans trois arrêts du 4 novembre 1991¹¹⁰⁰ a opté pour un contrôle normal de la décision portant sur l'appréciation des conditions d'accueil de l'enfant et partant, sur les garanties apportées par les demandeurs sur les plans familial, éducatif et psychologique¹¹⁰¹ plutôt que pour un contrôle minimum limité à celui de l'exactitude matérielle des faits, de l'erreur de droit et du détournement de pouvoir. Ainsi, le Conseil d'État a estimé justifié le refus de l'agrément à un couple de témoins de Jéhovah en raison de son opposition aux transfusions sanguines¹¹⁰².

Quant à l'homosexualité du demandeur, la Cour européenne des droits de l'homme le 22 janvier 2008¹¹⁰³ a condamné la France pour violation des articles 8 et 14 de la Convention, à la suite d'un refus d'agrément opposé à une femme célibataire vivant en couple avec une autre femme. La cour a jugé que le droit français autorisant l'adoption d'un enfant par un célibataire ouvre ainsi la voie à l'adoption par une personne célibataire homosexuelle et que le refus d'agrément fondé sur l'orientation sexuelle présente un caractère discriminatoire. Cette résistance des juges ne se pose plus depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013 permettant l'adoption par un couple marié homosexuel.

532. Par ailleurs, le juge qui prononce l'adoption dispose toujours de la possibilité de passer outre une décision administrative de refus d'agrément. Des solutions ont pourtant été cherchées afin que le juge judiciaire soit lié par le refus d'agrément, il a ainsi été envisagé de judiciariser l'agrément, soit en en faisant une décision du juge aux affaires familiales après enquête sociale et psychologique¹¹⁰⁴, soit en faisant présider la commission d'agrément par un

¹⁰⁹⁸ Les décrets n° 2006-981 du 1^{er} août 2006 et n° 2006-1272 du 17 octobre 2006 harmonisent les procédures d'agrément pour l'adoption d'un pupille de l'État et pour celle d'un enfant étranger.

¹⁰⁹⁹ F. MONÉGER, « la loi du 4 juillet 2005 portant réforme de l'adoption », RDS 2005, p. 821.

¹¹⁰⁰ CE, 4 novembre 1991, n° 109.126, 111.030, 107.880 et 102.611, Lamyline.

¹¹⁰¹ CE, 5 juin 1996, n° 160.009, Département de l'Aude, Rec. CE 1996, Tables 724 et 955.

¹¹⁰² CE, 24 avril 1992, Rev. adm. 1992, p. 328, D. 1993, jur., p. 234.

¹¹⁰³ CEDH, 22 janvier 2008, n° 43546/02, EB c/ France, RLDC 2008/49, note M.-Ch. Le Boursicot.

¹¹⁰⁴ Comme en Italie.

juge¹¹⁰⁵. En tout état de cause, le Tribunal de grande instance peut passer outre le refus d'agrément.

b) La supériorité du juge judiciaire sur le juge administratif dans l'intérêt de l'enfant

533. En effet si, depuis la loi du 5 juillet 1996, l'article 353-1 du Code civil prévoit dans son premier alinéa que « le tribunal vérifie avant de prononcer l'adoption que le ou les requérants ont obtenu l'agrément pour adopter ou en étaient dispensés », cette coordination est aussitôt tempérée par l'alinéa 2 aux termes duquel « si l'agrément a été refusé ou s'il n'a pas été délivré dans le délai légal, le tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime que les requérants sont aptes à recueillir l'enfant et que celle-ci est conforme à son intérêt ». Ainsi le juge judiciaire pourra non pas annuler un refus d'agrément, mais substituer sa décision d'agrément à un refus de l'Administration. Dans ses conclusions sur l'arrêt du 9 octobre 1996¹¹⁰⁶, Madame Maugué avait estimé que l'objectif de la présente disposition est que le juge judiciaire « ne soit pas tenu par une décision administrative individuelle » et que « dans des situations marginales, le juge puisse quand même prononcer l'adoption nonobstant l'absence d'agrément ». Selon elle, le juge se prononcera ainsi en fonction de la personnalité de l'enfant adopté tandis que l'agrément est accordé ou refusé en fonction de la personnalité des parents. Les cas visés seront ceux où un lien affectif existe depuis longtemps entre un enfant et un adulte, mais on peut penser aussi aux cas d'enfants étrangers entrés alors que les parents adoptifs n'ont pas obtenu l'agrément. Il semble néanmoins que cette faculté du tribunal soit très rarement mise en œuvre¹¹⁰⁷. L'intérêt de l'enfant permet une fois de plus une exception.

534. À partir de l'arrivée de l'enfant dans son nouveau foyer, le placement en vue de l'adoption marque le début de la phase judiciaire.

2) Le prononcé de l'adoption par le Tribunal de grande instance

535. « L'adoption donne à l'enfant une famille par la faveur de la loi et la grâce

¹¹⁰⁵ J. RUBELLIN-DEVICHI, « Réflexions pour d'indispensables réformes en matière d'adoption », D. 1991, chr., p. 209.

¹¹⁰⁶ CE 9 octobre 1996, Département de Paris c/ F., JCP 1997.II.22766, concl. Christine Maugué ; D. 1997.117, note Philippe Malaurie, Journal du droit des jeunes, décembre 1996.48.

¹¹⁰⁷ E. POISSON-DROCOURT « La procédure d'agrément des personnes souhaitant adopter un enfant », D 2007. p. 163.

d'un tribunal »¹¹⁰⁸. Et ce tribunal est le Tribunal de grande instance, car comme toute question relative à l'état des personnes, l'adoption relève de la compétence exclusive du Tribunal de grande instance, statuant en formation collégiale¹¹⁰⁹. L'alinéa 2 de l'article 1166 du Code de procédure civile précise la compétence matérielle, ainsi « le Tribunal de grande instance territorialement compétent est celui du lieu où demeure le requérant lorsque celui-ci demeure en France ; le tribunal du lieu où demeure la personne dont l'adoption est demandée lorsque le requérant demeure à l'étranger ; le tribunal choisi en France par le requérant lorsque celui-ci, et la personne dont l'adoption est demandée demeurent à l'étranger ». Dans la plupart des cas, le tribunal compétent est donc le tribunal où réside le candidat à l'adoption et par conséquent, le tribunal du lieu où sera en principe accueilli l'enfant. Il est ainsi le plus à même de juger des conditions de son accueil au sein de sa future famille.

536. Sous réserve de l'absence de litige préexistant qui conduirait à appliquer les règles de la matière contentieuse, la procédure d'adoption relevant de la matière gracieuse, le formalisme est peu contraignant, l'instance est introduite par requête du candidat à l'adoption ou par requête conjointe du couple candidat. En effet, l'adoption conjointe est réservée aux seuls couples mariés. Nous pouvons relever que cette caractéristique du droit de l'adoption est une exception à l'existence d'un droit commun du couple. Un couple de concubins peut notamment avoir recours à une assistance médicale à la procréation, mais pas adopter de manière conjointe. L'adoption est une manifestation de volonté, l'assistance médicale à la procréation vient pallier la stérilité ou l'impossibilité de transmettre son patrimoine génétique, et les diverses difficultés que cette assistance médicale à la procréation font encourir au couple en désir d'enfant peut pourtant être assimilée à une manifestation de volonté. Un concubin ou un partenaire pacsé peut adopter, mais le deuxième membre du couple sera juridiquement un étranger pour l'enfant adopté.

537. Le jugement qui prononcera l'adoption (b) est précédé d'une phase importante, l'instruction de la demande (a).

a) L'instruction

538. Avant de prononcer l'adoption, le cas échéant, le tribunal doit vérifier que toutes les conditions légales liées à l'adoptant et à l'adopté sont remplies, que l'institution de l'adoption n'est pas instrumentalisée et surtout, que l'adoption est conforme à l'intérêt de

¹¹⁰⁸ J. RUBELLIN-DEVICHI, « Actes de l'association Louis Chatin », LPA 1997, n°118, p. 7.

¹¹⁰⁹ Article 353 du Code civil et article 1166 du Code de procédure civile.

l'enfant. Selon les articles 353 du Code civil et 1171 du Code de procédure civile, l'instruction est menée par le tribunal, dans un délai de six mois, à compter du dépôt de la requête par le candidat à l'adoption ou de la transmission de la requête par le parquet. S'agissant d'une procédure gracieuse, la représentation par un avocat est obligatoire, celui-ci déposera la requête, à peine d'irrecevabilité. La requête doit préciser si la demande tend à une adoption plénière ou simple.

539. La demande est instruite et débattue en chambre du conseil, après avis du ministère public. En effet, le ministère public remplit dans le cadre de l'adoption une mission essentielle puisqu'il est chargé de transmettre la requête en vue d'adoption au Tribunal de grande instance, accompagnée de son avis selon les dispositions des articles 1168 et 1170 du Code de procédure civile. Il doit donc veiller à ce que l'adoption se réalise bien dans l'intérêt de l'enfant, mais il n'est ni partie ni représentant de l'adoptant dans la procédure, il est partie jointe. Il n'appartient pas au parquet d'instruire¹¹¹⁰. Il peut aussi interjeter appel du jugement d'adoption, que celui-ci fasse droit ou non à la requête¹¹¹¹.

540. Dans le cadre de l'instruction, le tribunal peut faire procéder à une enquête par une personne qualifiée ou commettre un médecin pour effectuer un examen jugé nécessaire. Si l'enfant est pupille de l'État, le tribunal peut demander au procureur qu'il recueille certains renseignements auprès du service d'aide sociale à l'enfance. Lorsqu'un organisme autorisé pour l'adoption est intervenu, le tribunal peut également leur demander communication de leur dossier. En somme et conformément au droit commun, le juge peut procéder, même d'office, à toutes les investigations qu'il jugera utiles et il peut entendre sans formalités les personnes qui seraient à même de l'éclairer ainsi que celles dont les intérêts risquent d'être affectés par sa décision¹¹¹². Les juges du fond ont ainsi pu demander la comparution personnelle de la grand-mère paternelle dans le cadre de l'adoption de son petit-enfant par le nouveau conjoint de sa mère, après le décès du père¹¹¹³. Il peut bien sûr entendre le mineur dont le discernement le permet¹¹¹⁴. Le tribunal peut encore se prononcer sans débat.

541. Le tribunal doit bien entendu et avant tout chose vérifier que l'enfant est adoptable et que les candidats à l'adoption remplissent les conditions légales de capacité, d'âge, de durée du mariage, etc. Il vérifie également que tous les consentements requis ont bien été donnés, les documents attestant des consentements devant être annexés à la requête

¹¹¹⁰ Arrêt Pistre de la première chambre civile de la Cour de cassation rendu le 31 janvier 1990, le parquet doit donner son avis sur l'application de la loi.

¹¹¹¹ CA Paris, 10 avril 2008, RG n° 07/11288 : JurisData n° 2008-359901 ; AJ fam. 2008, p. 252, F. Chénéde.

¹¹¹² Article 27 du Code de procédure civile.

¹¹¹³ CA Paris, 28 septembre 1984, JurisData n° 1984-025621.

¹¹¹⁴ Article 388-1 du Code civil.

en adoption¹¹¹⁵.

542. Le rôle du juge est aussi de contrôler la légalité, c'est-à-dire l'absence de détournement de l'institution de l'adoption. Il en existe deux types. Le premier consiste à instrumentaliser l'adoption pour faire établir un lien de filiation dans une hypothèse où la loi le prohibe, le second vise à poursuivre un but étranger à la création d'un lien de filiation. Concernant le premier cas, la Cour de cassation rejette fermement toute demande d'adoption d'un enfant né d'une gestation pour autrui¹¹¹⁶. Néanmoins, « Le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant »¹¹¹⁷. La question fait l'objet de débats puisque certaines juridictions refusent de prononcer l'adoption au motif que la demande est l'ultime étape d'un processus frauduleux destiné à contourner la loi française. C'est l'intérêt de l'enfant qui permet d'affirmer que l'enfant de l'assistance médicale à la procréation n'est pas l'enfant de la gestation pour autrui concernant l'adoption par l'épouse de la mère. Le 29 avril 2014, le Tribunal de grande instance de Versailles¹¹¹⁸ a refusé de prononcer l'adoption par la conjointe de la mère d'un enfant conçu avec tiers donneur à l'étranger en avançant que ce procédé constituait une fraude qui interdisait l'adoption de l'enfant « illégalement conçu »¹¹¹⁹. Saisie pour avis, la Cour de cassation a tranché le débat dans un avis du 22 septembre 2014¹¹²⁰ en affirmant que « le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ». Ainsi, l'illicéité originaires des conditions de conception est

¹¹¹⁵ Le consentement doit être matérialisé par un acte authentique légalisé lorsque il n'existe pas de Convention dispensant de cette formalité entre la France et l'État dans lequel il est établi. Cela ne concerne jusqu'à présent que le territoire d'Haïti.

¹¹¹⁶ Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105 : JurisData n° 1991-001378 ; JCP G 1991, IV, 287 ; JCP G 1991, II, 21752, J. Bernard, F. Dontenville, F. Terré ; JCP N 1992, II, 18 ; Bull. civ. 1991, ass. plén., n° 4 ; D. 1991, p. 417, Y. Chartier, D. Thouvenin ; RTD civ. 1991, p. 517, D. Huet-Weiller ; Defrénois 1991, p. 947, J. Massip. – Cass. 1re civ., 29 juin 1994 : JurisData n° 1994-001320 ; Dr. famille 2004, comm. 17, P. Murat ; D. 1994, p. 581, Y. Chartier. – Cass. 1re civ., 9 décembre 2003, n° 01-03.927 : JurisData n° 2003-021336 ; Bull. civ. 2003, I, n° 152 ; D. 2004, p. 1998, E. Poisson-Drocourt ; RTD civ. 2004, p. 75, J. Hauser ; Defrénois 2004, p. 592, J. Massip.

¹¹¹⁷ A. BATTEUR, note sous arrêt, Cass., avis, 22 septembre 2014, n° 15011 et 15010, La Cour de cassation favorable à l'adoption de l'enfant de la conjointe né par PMA faite à l'étranger, L'essentiel droit de la famille et des personnes, 15 octobre 2014, n°9, p. 3.

¹¹¹⁸ TGI Versailles, ch. cons., 29 avril 2014, n° 13/00113

¹¹¹⁹ A. DIONISI-PEYRUSSE, « Actualités de la bioéthique », AJ fam. 2014, p. 345.

¹¹²⁰ avis du 22 septembre 2014 n° 15010 : JurisData n° 2014-021255 ; JCP G 2014, act. 1004, Libres propos J. Hauser.

sans conséquence pour l'établissement ultérieur d'une filiation adoptive. La Cour de cassation permet ainsi aux couples de femmes ayant conçu un projet parental passant par le recours au mariage, la PMA et l'adoption de l'enfant par le conjoint, de se retrouver dans une situation d'insécurité juridique. Une évolution de la législation française dans le sens d'un accès à la PMA pour les couples de femmes serait plus logique.

543. Concernant la délicate question de l'inceste, la Cour de cassation refuse que l'adoption permette de contourner les dispositions d'ordre public interdisant l'établissement du double lien de filiation en cas d'inceste absolu, c'est-à-dire en cas de relations charnelles entre ascendant et descendant ou entre frère et sœur¹¹²¹. Il est vrai que cette question, au-delà de la délicatesse apparente, mérite d'être posée en raison notamment de la discrimination touchant l'enfant issu d'un inceste absolu¹¹²². Dans un arrêt du 22 janvier 2001 la cour d'appel de Rennes avait accepté de prononcer l'adoption d'un enfant né d'un inceste frère/sœur, au nom de l'intérêt de cet enfant « clone »¹¹²³. La Cour de cassation a veillé au respect de l'article 334-10 en ne permettant pas d'échapper à cette prohibition grâce à un détournement de l'adoption simple, même si la loi n'empêche pas expressément en soi d'adopter son propre enfant.

544. S'agissant du second cas de détournement de l'institution, l'adoption n'a pas pour but la création d'un lien de filiation. Il convient en effet d'éviter ce que Pierre RAYNAUD a qualifié de « couple adoptif »¹¹²⁴, qui ne concerne pas uniquement les couples homosexuels comme nous avons pu le lire¹¹²⁵. Les buts poursuivis par une demande d'adoption peuvent être divers, notamment des considérations d'ordre successoral ou

¹¹²¹ Cass. 1re civ., 6 janvier 2004, n° 01-01.600 : JurisData n° 2004-021678 ; JCP G 2004, II, 10064, C. Labrusse-Riou ; JCP G 2004, I, 109, J. Rubellin-Devichi ; Dr. famille 2004, comm. 16, D. Fenouillet ; D. 2004, p. 362, J. Sainte-Rose, D. Vigneau ; D. 2004, p. 1419, F. Granet-Lambrechts ; Defrénois 2004, art. 37926, p. 594, J. Massip ; RTD civ. 2004, p. 75, J. Hauser ; AJ fam. 2004, p. 66, F. Bicheron ; RJPF 2004-3/34, T. Garé. – V. D. Fenouillet, « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », Dr. famille 2003, chron. 29. – Confirmation de l'arrêt de cassation par la cour d'appel de renvoi, V. CA Paris, 5 avril 2005, n° 2004/02232 : JurisData n° 2005-268598 ; Dr. famille 2005, comm. 242, P. Murat ; A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », RTD civ. 2000, p. 759.

¹¹²² D. GUEVEL, « La famille incestueuse », Gaz. Pal. 2004, n° 290, p. 2. ; S. PERRIN, « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », Dr. fam. 2006, juin 2010, étude 16, p. 32.

¹¹²³ E. PAILLET, « L'enfant incestueux, enfant-clone », in « Le droit et les droits de l'enfant », L'Harmattan, 2007 ; D. FENOUILLET, « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt de l'enfant tient de seule règle de droit », Dr. fam. 2003, comm. 29, note ss CA Rennes, 24 janvier 2000.

¹¹²⁴ P. Raynaud, L'abus de l'adoption simple : les couples adoptifs : D. 1983, p. 39. – V. également F. Boulanger, Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille : JCP N 1993, 279. – J. Hauser, L'adoption à tout faire : D. 1987, p. 205. – A. KIMMEL-AICOVER, « Les détournements de l'adoption », in Parents de sang, Parents adoptifs. Approche juridique et anthropologique de l'adoption [France, Europe, USA, Canada], (dir.) A. FINE et C. Neirinck, vol. 29, coll. Droit et société : LGDJ, 2000.

¹¹²⁵ CA Amiens, 27 mars 2002, n° 01/03472 : JurisData n° 2002-173542

fiscal¹¹²⁶. L'adoption a également parfois été demandée pour contourner la législation sur les baux ruraux¹¹²⁷, pour obtenir un titre de séjour¹¹²⁸, pour couper un lien de filiation ou pour faire échec à l'établissement de la filiation biologique de l'enfant¹¹²⁹.

Il convient par ailleurs de ne pas confondre la notion de détournement de l'adoption avec celle de fraude, condition nécessaire d'ouverture de la tierce opposition, sous peine de censure de la Cour de cassation¹¹³⁰. Sur la distinction entre ces deux notions, le professeur Jean Hauser apporte un éclairage : « Ce qui compte dans le détournement, c'est la règle utilisée alors que ce qui compte dans la fraude, c'est la règle éludée. Certes, toutes deux ont pour effet d'apporter un bouleversement injustifié à l'ordre juridique, mais la fraude sanctionne le résultat alors que le détournement sanctionne le moyen »¹¹³¹.

545. Même lorsque toutes les conditions légales sont réunies, le juge n'a jamais l'obligation de prononcer l'adoption puisqu'il doit encore vérifier que celle-ci correspond bien à l'intérêt de l'enfant et uniquement cela. L'intérêt du requérant n'a pas à être recherché¹¹³². Le juge contrôle non seulement l'opportunité du principe de l'adoption, mais également sa forme. Si l'intérêt de l'enfant ou de la famille de l'adoptant le commande, il peut ainsi prononcer une adoption simple même s'il a été saisi d'une demande d'adoption plénière, après avoir toutefois recueilli l'accord du requérant selon l'article 1173 du Code de procédure civile. L'intérêt de l'enfant relevant d'une analyse des faits, cette question est soumise au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Dans les années mille neuf cent soixante-dix, l'affaire Trognon fut l'illustration de la difficulté de cette appréciation, les juges du Tribunal de grande instance de Melun ayant rejeté la demande d'adoption du petit Philippe par les époux Trognon au motif qu'il « ne paraît pas admissible d'affubler un enfant qui porte un patronyme normal du nom ridicule de Trognon »¹¹³³. Les juges de la cour d'appel de Paris ont infirmé ce jugement, considérant pour leur part que l'adoption présentait d'autres avantages pour l'enfant qui compensaient très bien l'originalité du nom des parents adoptifs, ce qui paraît plus qu'opportun.

¹¹²⁶ Cass. 1re civ., 16 octobre 2001, n° 00-10.665 : JurisData n° 2001-011281 ; Dr. famille 2002, comm. 41, P. Murat ; Defrénois 2001, p. 195, J. Massip.

¹¹²⁷ Cass. 1re civ., 19 novembre 1991 : JurisData n° 1991-003418 ; Bull. civ. 1991, I, n° 316), pour éviter une expulsion du territoire ; CA Riom, 22 novembre 1993 : JurisData n° 1993-047597.

¹¹²⁸ CA Paris, 24 septembre 1996 : JurisData n° 1996-023275.

¹¹²⁹ Cass. 1re civ., 7 mars 1989 : JurisData n° 1989-701306 ; Bull. civ. 1989, I, n° 112 ; D. 1989, p. 477, J. Hauser.

¹¹³⁰ Cass. 1re civ., 6 février 2008, n° 06-20.054 : JurisData n° 2008-042725 ; Dr. famille 2008, comm. 59, P. Murat ; Procédures 2008, comm. 111, M. Douchy-Oudot ; RJPF 2008-5/35, T. Garé.

¹¹³¹ J. HAUSER, « Le droit de la famille et l'utilitarisme, L'avenir du droit », in Mélanges F. Terré, Dalloz, Puf, éd. JurisClasseur, 1999, p. 444

¹¹³² CA Paris, 13 juillet 1990 : JurisData n° 1990-024391.

¹¹³³ CA Paris, 22 septembre 1972 : D. 1974, p. 199, C.-I. Foulon-Piganiol

546. Les juges doivent donc prendre en considération tous les aspects de la question, qu'ils soient matériels, patrimoniaux, moraux ou affectifs¹¹³⁴. Lorsque l'adopté est mineur, l'aspect affectif est au premier plan et peut même primer sur d'autres éléments, comme ce fut le cas par rapport au nom, dans l'affaire « Trognon », ou par rapport à l'âge de l'adoptant ou encore le fait que l'enfant sera finalement accueilli dans une famille monoparentale alors que la démarche avait été initiée par un couple¹¹³⁵. Lorsque l'adopté est majeur, l'aspect matériel et patrimonial paraît plus important, les qualités éducatives passant bien sûr au second plan. Les juges prennent en considération la situation telle qu'elle leur est exposée à la date où ils statuent¹¹³⁶.

547. Sous l'empire de la loi de 1966, la présence de descendant faisait obstacle à l'adoption, mais la loi du 11 juillet 1976 a abrogé cette prohibition et a prévu toutefois que le juge doit veiller à ce que l'adoption ne soit pas de nature à compromettre la vie familiale¹¹³⁷. Les descendants visés par l'article 353 du Code civil sont tant les enfants biologiques qu'adoptifs du ou des adoptants¹¹³⁸. Il peut également être question de descendants mineurs comme majeurs, qu'ils vivent encore au foyer de l'adoptant ou non¹¹³⁹. Il s'agit là encore d'une question soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond¹¹⁴⁰. En vue de ce contrôle, le requérant peut joindre à sa requête une attestation de ses enfants majeurs indiquant qu'ils ne s'opposent pas à l'adoption. Les enfants capables de discernement peuvent demander à être entendus, cette audition étant alors de droit selon le droit commun. Le tribunal peut enfin entendre, ou faire entendre, par une personne qualifiée tout descendant. En tout état de cause, l'opposition des enfants ne saurait en elle-même faire obstacle à l'adoption, leur consentement n'étant pas requis.

b) Le jugement

548. Le jugement d'adoption, décision gracieuse, est rendu en audience publique. Celui qui accueille la requête n'est pas motivé alors que celui qui la rejette doit l'être. Cette

¹¹³⁴ CA Paris, 8 janvier 1981 : JurisData n° 1981-601035 ; Gaz. Pal. 1981, I, 572, J. Viatte.

¹¹³⁵ CA Aix-en-Provence, 30 juin 1998, n° 97/16498 : JurisData n° 1998-043418.

¹¹³⁶ CA Lyon, 27 avril 1985 : D. 1987, p. 349, M. Maymon-Goutaloy.

¹¹³⁷ Article 353 du Code civil. Y. PATUREAU, « L'adoption en présence de descendants », D. 1997, p. 259 ; CA Paris 27 février 2003 – AJ fam. 2003, p. 181.

¹¹³⁸ Cass. 1^{re} civ., 22 novembre 2005, n° 03-20.313 : JurisData n° 2005-030903 ; Dr. famille 2006, comm. 51, P. Murat.

¹¹³⁹ CA Paris, 27 février 2003, n° 2002/07383 : JurisData n° 2003-204961 ; Dr. famille 2003, comm. 116, P. Murat.

¹¹⁴⁰ Cass. 1^{re} civ., 2 mai 1990 : JurisData n° 1990-701258 ; Bull. civ. 1990, I, n° 93 ; JCP G 1990, IV, 243 ; JCP N 1990, II, 293 ; Defrénois 1990, p. 960, n° 91, J. Massip. – Cass. 1^{re} civ., 22 novembre 2005, n° 03-20.313 : JurisData n° 2005-030903, *op. cit.*

dispense de motivation ne vaut pas pour les arrêts d'appel, les motifs de droit étant indispensables pour le contrôle de la Cour de cassation¹¹⁴¹. Le jugement, constitutif d'un état nouveau n'est donc pas déclaratif d'un état préexistant¹¹⁴². L'adoption produit ainsi ses effets à compter du jour du dépôt de la requête. Le dispositif du jugement doit préciser s'il s'agit d'une adoption plénière ou d'une adoption simple. Cette précision est fondamentale au regard des différences importantes entre les effets des deux formes d'adoption, mais également au regard du fait que le type d'adoption prononcé par le tribunal peut être différent de celui sollicité dans la requête. Plus précisément, le tribunal peut prononcer une adoption simple dans le cas où, saisi d'une requête aux fins d'adoption plénière, il ne pourrait pas accepter cette demande pour des motifs de droit ou d'opportunité. Il ne s'agit là qu'une simple faculté pour le tribunal qui n'est soumis qu'à l'accord du candidat à l'adoption¹¹⁴³. Il n'est ainsi pas nécessaire de rechercher un nouveau consentement auprès des personnes qui avaient antérieurement consenti à l'adoption plénière des enfants, ce consentement valant a fortiori pour une adoption simple¹¹⁴⁴.

549. Enfin, l'article 1174 du Code de procédure civile prévoit encore que le dispositif du jugement d'adoption contient les mentions prescrites par l'article 1056 du même Code. Ce dernier dispose dans son premier alinéa que toute décision dont la transcription ou la mention sur les registres de l'état civil est ordonnée, ce qui est le cas de la décision prononçant une adoption, doit énoncer dans son dispositif les prénoms et nom des parties ainsi que, selon le cas, le lieu où la transcription doit être faite ou les lieux et dates des actes en marge desquels la mention doit être portée.

B) Les actions aux fins d'établissement du lien de filiation

550. Lorsque la question de l'établissement par l'enfant de sa filiation se pose, c'est que la mère ou le père de l'enfant n'a pas procédé à cet établissement, et dans un système fondé au moins en partie sur la vérité biologique, il peut s'avérer nécessaire pour l'enfant de faire coïncider lien de droit et lien de sang¹¹⁴⁵.

¹¹⁴¹ CA Paris, 11 octobre 1968 : JCP G 1969, II, 15711, A. Rajon ; D. 1968, p. 661. – CA Paris, 22 septembre 1972, *op. cit.* – CA Paris, 24 juin 1988 : JurisData n° 1988-023077 ; D. 1988, inf. rap. p. 225

¹¹⁴² TGI Paris, 28 avril 1993, D. 1994, p. 242, P. Nicoleau.

¹¹⁴³ Cass. 1^{re} civ., 8 mars 2005, n° 02-12.740 : JurisData n° 2005-027444 ; Dr. famille 2005, comm. 98, P. Murat ; Bull. civ. 2005, I, n° 120 ; AJ fam. 2005, p. 191, F. Chénéde ; Defrénois 2005, p. 1356, J. Massip ; RTD civ. 2005, p. 377, J. Hauser. – Cass. 1^{re} civ., 5 novembre 2008, n° 07-20.426 : JurisData n° 2008-045679 ; Defrénois 2009, p. 552, art. 38910 ; RTD civ. 2009, p. 107, J. Hauser.

¹¹⁴⁴ Cass. 1^{re} civ., 8 mars 2005, n° 02-12.740

¹¹⁴⁵ Cela ne sous entend pas que seule la vérité biologique compte, nous évoquons une situation dans laquelle l'enfant souhaite faire coïncider lien de droit et lien de sang.

551. Les règles de procédure sont communes aux différentes actions, l'établissement de la filiation sera possible si aucune filiation n'a déjà été légalement établie, mais rien ne s'oppose à ce qu'une même action tende à la fois à contester une filiation et à en établir une¹¹⁴⁶. La filiation établie judiciairement sera opposable à tous et le délai de prescription pour toutes les actions est de 10 ans et court au « jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame »¹¹⁴⁷, ou au jour où la possession d'état a cessé si l'enfant a joui d'une possession d'état. Les actions tendant à établir un lien de filiations sont réservées à l'enfant, et durant sa minorité, l'action sera intentée par le parent dont la filiation est établie, et en l'absence de parent, l'enfant sera placé sous tutelle, le tuteur autorisé par le Conseil de famille engagera l'action en recherche de maternité ou paternité¹¹⁴⁸. Et aux termes de l'article 331 du Code civil, le tribunal saisi d'une action destinée à établir la filiation d'un enfant peut statuer, s'il y a lieu, sur les conséquences de ce nouveau lien, c'est-à-dire l'autorité parentale, la contribution à l'entretien de cet enfant et sur l'attribution de son nom.

552. Dans cette délicate matière, le juge dispose de pouvoirs particuliers accordés par la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972¹¹⁴⁹, confirmés par l'ordonnance de 2005. Notamment, la 1^{re} chambre civile énonça le 28 mars 2000¹¹⁵⁰, au visa de l'article 311-12 du Code civil, que « l'expertise biologique est de droit en matière de filiation (...) ».

553. La filiation peut être établie de manière contentieuse à l'égard d'une mère prétendue (1), ou à l'égard d'un père prétendu, tout en relevant que la filiation est d'une manière plus significative le contentieux de la paternité (2).

1) L'établissement contentieux de la filiation maternelle

554. Aux termes de l'article 325 du Code civil, « À défaut de titre et de possession d'état, la recherche de maternité est admise. L'action est réservée à l'enfant qui est tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché ». La condition de l'accouchement ne laisse ainsi aucune place à l'établissement d'une filiation « au bénéfice de la femme ayant « donné » ses ovules dans le cas d'une maternité de substitution. La mère est celle qui accouche.

¹¹⁴⁶ A l'instar de l'action en contestation de la filiation aux fins de légitimation intentée par les parents biologiques sur le fondement de l'ancien article 318 du Code civil.

¹¹⁴⁷ Article 321 du Code civil.

¹¹⁴⁸ Article 464 alinéa 3 du Code civil.

¹¹⁴⁹ Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur le filiation, J.O. 5 janvier 1972.

¹¹⁵⁰ Cass., civ. 1^{re}, 28 mars 2000, D. 2000, note Th. Garé ; D., 2001, somm., p. 976, obs. F. Granet-Lambrechts ; RJPF, 2000, note J. Hauser ; RTD civ., 2000, obs. J. Hauser ; Defrénois, 2000, note J. Massip ; Dr. fam., 2000, comm. 72, note P. Murat ; JCP G, 2000, II-10409, concl. C. PETIT et note M.-Ch. Monsallier-Saint Mieux.

555. Quant à la preuve exigée à l'article 325 du Code civil, « l'expertise biologique est de droit, sauf motif légitime de ne pas y procéder »¹¹⁵¹, l'enfant doit prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché. En cas de refus d'une partie de se soumettre à l'expertise biologique, comme l'article 11 du Code de procédure civile les y autorise, les juges du fond peuvent tirer toutes conséquences contre la partie qui refuse sans motif légitime de se prêter à la mesure d'instruction et notamment un aveu implicite de sa part¹¹⁵². En tout état de cause, les juges du fond se livrent à une appréciation concrète de la valeur probante du refus au regard de l'ensemble des circonstances de l'affaire¹¹⁵³. Il apparaît plus « risqué » pour l'auteur présumé de refuser de se soumettre à l'expertise biologique. La possibilité de refus est en réalité un non-choix. Qui plus est, la Cour européenne des droits de l'homme a récemment déclaré que l'expertise biologique n'est pas attentatoire à la vie privée du défendeur¹¹⁵⁴.

556. Il est vrai que la question du secret des origines est fort délicate. La loi du 16 janvier 2009 a supprimé la fin de non-recevoir interdisant l'action en recherche de maternité en cas d'accouchement anonyme même si les textes existants protègent encore le secret de l'accouchement, néanmoins, les possibles « indiscretions » de l'entourage de la mère¹¹⁵⁵, de l'Aide sociale à l'enfance¹¹⁵⁶, voire de la mère elle-même rendent possibles ces actions¹¹⁵⁷. La reconnaissance d'un véritable droit à connaître son ascendance génétique, assorti d'une action judiciaire permettant de le mettre en œuvre ferait nécessairement rebondir la question du droit à la filiation juridique. Le droit de connaître est un droit fondamental.

2) L'établissement contentieux de la filiation paternelle

557. L'article 312 du Code civil consacre le principe selon lequel l'enfant conçu ou né durant le mariage à pour père le mari de sa mère¹¹⁵⁸. Cette présomption peut toutefois être écartée dans les conditions de l'article 313 du même Code¹¹⁵⁹.

¹¹⁵¹ Cass., civ. 1^{re}, 28 mars 2000, précit. ; Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2005, n° 04-13.913, 04-13.914, 03-12.641, 02-18.654, RTD civ. 2005, p. 584, obs. J. Hauser.

¹¹⁵² Cass. 1^{re} civ., 31 janvier 2006, JurisData n° 2006-031905, où des époux refusent sans motif légitime de se soumettre à une expertise sanguine ordonnée dans une action en contestation de la reconnaissance et de la légitimation de l'enfant exercée par le prétendu père véritable.

¹¹⁵³ Cass. 1^{re} civ., 30 juin 2004 : JurisData n° 2004-024481.

¹¹⁵⁴ Cour européenne des droits de l'homme, 25 juin 2015, n° 22037/13, *Canonne c/ France*, AJ fam. 2015, p. 499, note S. le Gac-Pech.

¹¹⁵⁵ CA Paris, 10 avril 2008, LPA 2009, note F. Dekeuwer-Defossez.

¹¹⁵⁶ CE, 17 octobre 2012, n° 348440, RLDC 2013/100, n° 5021, RJPF 2013, obs. M.-Ch. Le Boursicot.

¹¹⁵⁷ CA Angers, 26 janvier 2011, D. 2011, P. 442, obs. I. Gallmeister.

¹¹⁵⁸ Présomption « *pater is est* ».

¹¹⁵⁹ L'article 313 du Code civil dispose 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 en 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

558. La recherche judiciaire de la paternité fait ainsi l'objet de deux actions distinctes selon que le père prétendu est ou non marié avec la mère de l'enfant au moment de la conception. L'article 327 du Code civil énonce que « la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée. L'action en recherche de paternité est réservée à l'enfant ». L'enfant doit agir en rétablissement de la présomption de paternité, il doit rapporter la preuve qu'il est bien l'enfant du défendeur, au moyen bien sûr de l'expertise génétique de droit. Lorsque le père prétendu n'était pas marié à la mère, l'enfant pourra agir dans les dix suivant sa majorité, son représentant légal pouvant agir en son nom durant sa minorité. Si l'action aboutit, la filiation paternelle est établie dès le jour de la naissance. Le fait pour le père de ne pas avoir reconnu l'enfant n'engage pas sa responsabilité¹¹⁶⁰. L'article 329 du Code civil nous éclaire, quant à la deuxième action car « 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. L'action est ouverte à l'enfant pendant les dix années qui suivent sa majorité ». L'enfant est tenu de rapporter la preuve biologique de la paternité prétendue, les juges du fond auront toute latitude pour apprécier le sens d'un éventuel refus¹¹⁶¹.

II) Une fonction destructrice de liens

559. Le Tribunal de grande instance connaît relativement des actions dont les conséquences pour l'avenir du lien seront les plus « graves », c'est-à-dire celles tendant à défaire la filiation (A). Le lien que nous traitons est alors entendu de deux manières. Dans la première acception nous parlons du lien entendu au sens étroit, et dans une deuxième acception nous entendons le lien avec l'enfant, celui intrinsèquement lié. Ainsi, le Tribunal de grande instance est compétent pour la déclaration judiciaire d'abandon (B) et concernant les actions tendant au retrait de l'autorité parentale (C).

A) Les actions aux fins de contestation d'un lien de filiation

560. Les tribunaux de grande instance sont compétents pour trancher les contestations familiales et, en premier lieu, celles qui mettent en cause la preuve ou 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.

¹¹⁶⁰ Cass. 1re civ., 23 mars 2011, n° 09-15.381, Dr. fam. 2011, comm. n°121, obs. S. Rouxel.

¹¹⁶¹ CA Bordeaux, 9 septembre 2003, Dr. fam. 2004, comm. 33, note P. Murat.

création d'un état familial. Dans la stricte logique de l'égalité entre enfants quelles que soient les circonstances de la naissance et de la suppression de la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle, une action unique est prévue pour contester la maternité et une autre pour contester la paternité (1), outre l'existence d'une action spécifique tendant à renverser la présomption de filiation tirée d'un acte de notoriété ayant constaté la possession d'état (2). Par ailleurs, il est offert au ministère public une action spécifique (3).

1) L'action en contestation de la maternité et de la paternité

561. Le droit civil a procédé à un élagage drastique en la matière puisqu'il ne prévoit qu'une seule action en contestation de maternité et une seule action en contestation de paternité aux lieu et place des nombreuses actions existant dans le droit antérieur ; Dans la stricte logique de l'égalité entre enfants quelles que soient les circonstances de la naissance et de la suppression de la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle, une action unique est prévue pour contester la maternité et une autre pour contester la paternité. Le droit commun de la contestation de filiation est fondé sur l'article 332 du Code civil qui dispose : « La maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant. La paternité peut être contestée en rapportant la preuve que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père ».

562. L'objet de la preuve est différent selon la nature de la filiation contestée, pour la contestation de paternité il faut démontrer que l'auteur de la reconnaissance ou le mari n'est pas le père de l'enfant, alors que pour contester la maternité, il faut démontrer que la femme indiquée sur l'acte de naissance n'a pas accouché de l'enfant. Cela vise notamment le cas de substitution d'enfant, les espèces sont rarissimes, cela se comprend aisément, et les cas de maternité de substitution. C'est ainsi qu'une Cour d'appel a privé deux petites filles dont la conception était fondée sur une convention de mère porteuse de leur filiation maternelle à l'égard de celle qui les avait désirées et élevées depuis leur naissance¹¹⁶². Dans le cas où la mère dont la maternité est contestée est mariée et où la loi présume la paternité de son mari, l'annulation de la filiation maternelle emporte celle de la paternité du mari. En revanche le contentieux de la contestation de la paternité était devenu quantitativement plus important, ce qui a conduit le législateur à en limiter les conditions de recevabilité pour sécuriser le lien de filiation.

¹¹⁶² CA Rennes, 4 juillet 2002, D. 2002. 2902, note F. Granet ; JCP 2003. II. 101, obs. J. Rubellin-Devichi ; Dr. fam. 2002, comm. n°142, obs. P. Murat.

Le régime des actions envisage deux hypothèses selon que la filiation contestée est ou non confortée par une possession d'état. L'article 333 du Code civil dispose ainsi que « lorsque la possession d'état est conforme au titre, seuls peuvent agir l'enfant, l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend le parent véritable. L'action se prescrit par cinq ans à compter du jour où la possession d'état a cessé ou du décès du parent dont le lien de filiation est contesté. Nul, à l'exception du ministère public, ne peut contester la filiation lorsque la possession d'état conforme au titre a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement ». Et selon l'article 334 du même Code, « à défaut de possession d'état conforme au titre, l'action en contestation peut être engagée par toute personne qui y a intérêt dans le délai prévu à l'article 321 ». Par conséquent, le régime de l'action en contestation dépend des modes d'établissement du lien de filiation contesté : soit la demande se situe dans le champ d'application de l'article 333 soit dans celui de l'article 334 et lorsqu'il est saisi d'une action en contestation de maternité ou de paternité, le Tribunal de grande instance doit en examiner la recevabilité avant d'envisager la question de la preuve¹¹⁶³.

563. Les effets d'une telle contestation sont importants puisqu'elle a un effet rétroactif.

2) L'action en contestation de la possession d'état

564. Conformément à l'article 335 du Code civil, « La filiation établie par la possession d'état constatée par un acte de notoriété peut être contestée par toute personne qui y a intérêt en rapportant la preuve contraire, dans le délai de dix ans à compter de la délivrance de l'acte ». La possession d'état repose sur une réalité sociologique qui ne correspond pas nécessairement à la vérité biologique ; l'action en contestation d'une filiation fondée sur la possession d'état a donc pour objet de prouver le défaut d'existence des conditions de cette possession ou un vice affectant celle-ci »¹¹⁶⁴.

565. L'ordonnance du 4 juillet 2005 a ainsi consacré l'existence de l'action en contestation de la possession d'état qui avait été dégagée par la jurisprudence à partir de la loi du 25 juin 1982¹¹⁶⁵. Cependant, si l'action demeure ouverte à tout intéressé dès lors que l'intérêt allégué est légitime¹¹⁶⁶, elle est enfermée dans un délai beaucoup plus court que dans le droit antérieur où elle était soumise à la prescription trentenaire, la loi de ratification du

¹¹⁶³ CA Rouen, 15 septembre 2011, n° 10/01507, JurisData n° 2011-021393.

¹¹⁶⁴ CA Toulouse, ch. 1, sect. 2, 25 octobre 2011, n° 09/06155.

¹¹⁶⁵ Loi n° 82-536 du 25 juin 1982 modifiant l'article 334-8 du Code civil relatif à l'établissement de la filiation naturelle

¹¹⁶⁶ CA Fort-de-France, 1re ch., 26 mars 1993, JurisData n° 1993-050101.

16 janvier 2009 l'a porté à dix années selon le droit commun de l'article 321 du Code civil net elle court à compter du jour où l'acte a été délivré par le juge d'instance. Le juge d'instance est certes chargé de délivrer l'acte de notoriété constatant l'existence d'une possession d'état, mais il ne lui appartient pas de trancher une question de filiation. Si la réalité est contestée, elle devra l'être devant le Tribunal de grande instance.

566. En pratique, cette contestation de la filiation établie par la possession surgit notamment à l'occasion d'un règlement successoral, après le décès d'un père, à l'initiative des cohéritiers de l'enfant lorsque ce dernier se prévaut d'un acte de notoriété et allègue sa qualité d'héritier¹¹⁶⁷. Ils sont alors admis à contester sa filiation afin de l'évincer du règlement de la succession, mais l'acte de notoriété opère un renversement de la charge de la preuve qui pèse ainsi sur eux. Les actions sont relativement rares, la possession d'état traduit une réalité sociologique et le droit la fait prévaloir sur la réalité génétique¹¹⁶⁸. C'est ainsi que le recours à l'expertise génétique en matière de possession d'état est rejeté¹¹⁶⁹, elle n'est pas de droit dans cette matière¹¹⁷⁰. La possession d'état demeure une réalité vécue « en dehors du droit et avant que le droit ne soit », « une baie ouverte sur le non droit »¹¹⁷¹.

3) Les actions spécifiques du ministère public

567. Le principe de la liberté du mariage n'a pas le privilège exclusif de la protection prétorienne. L'exercice des actions d'état, autrefois refusé au Ministère public en raison de la supériorité des intérêts familiaux sur les considérations d'ordre public, est à ce jour autorisé et permettant de ce fait au Parquet de contester une reconnaissance d'un enfant. Parce que la filiation intéresse l'ordre public¹¹⁷², le ministère public devient partie à ces actions. L'article 425-1 du Code de procédure civile impose la communication au ministère public de toutes les affaires relatives à la filiation¹¹⁷³. Notamment il peut former un recours

¹¹⁶⁷ Cass. 1^{re} civ., 12 janvier 2011, n° 09-16108, L'essentiel droit de la famille et des personnes, 15 mars 2011, note A. Bateur, n° 3, p. 3.

¹¹⁶⁸ N. COUDOING, « Le rejet du tout biologique en matière de filiation », Defrénois, n° 3, février 2012, p. 139.

¹¹⁶⁹ Cass. 1^{re} civ., 16 juin 2011, n° 08-20475.

¹¹⁷⁰ Cass. 1^{re} civ., 6 décembre 2005, Bull. civ. I, n° 476 ; Defrénois 2006, p. 1061, article. 38415, n° 36, obs. J. Massip ; D. 2006, p. 99. ; F. GRANET-LAMBRECHTS et J. HAUSER, « Le nouveau droit de la filiation », D. 2006, p. 23.

¹¹⁷¹ J. CARBONNIER, « Le mariage par les œuvres ou la légitimité remontante dans l'article 197 du Code civil », in Mélanges G. Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 265.

¹¹⁷² M. AZAVANT, *op. cit.*, H. HAMADI, *op. cit.* ; A. BÉNABENT, « L'ordre public en droit de la famille, L'ordre public à la fin du XXe siècle », Dalloz, 1996, p. 27 et s. – B. BEIGNIER, L'ordre public et les personnes, L'ordre public à la fin du XXe siècle., p. 13 et s.

¹¹⁷³ G. VIAL, « La recevabilité des actions relatives à la filiation dans la loi n°2009-61 du 16 janvier 2009 », Dr. Famille, avril 2009, étude n°18, pp.9-15.

contre un jugement d'adoption qui irait à l'encontre de l'article 310-2 du Code civil¹¹⁷⁴. Le ministère public a surtout la possibilité d'agir d'office comme partie principale, en contestation de la filiation, l'article 336 du Code civil exige à cette fin que « des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable » ou encore qu'il y ait « fraude à la loi ». Cet article a généralisé le droit d'action du parquet qui était autrefois admis par l'ancien article 339 alinéa 2 du Code civil pour contester une reconnaissance mensongère (a), et pour contrôler le respect de l'ordre public en matière de gestation pour autrui (b).

a) La reconnaissance frauduleuse

568. L'action en contestation de la filiation exercée par le Ministère public trouve son origine dans la loi du 20 avril 1810¹¹⁷⁵. La jurisprudence familiale a alors développé une conception très restrictive de cette possibilité d'agir du Ministère public, elle refusait au parquet la possibilité de contester une reconnaissance au nom de la défense de l'ordre public. Le danger d'un pouvoir d'immixtion du Ministère public dans les affaires familiales était souligné, au nom de la notion d'ordre public¹¹⁷⁶. La loi du 3 janvier 1972¹¹⁷⁷ a alors expressément ouvert au parquet l'action en contestation du lien de filiation. Puis, la loi du 5 juillet 1996¹¹⁷⁸ a étendu le droit d'action du Ministère public à l'hypothèse où la reconnaissance a été « effectuée en fraude des règles régissant l'adoption »¹¹⁷⁹. Ce nouveau cas d'ouverture a été instauré afin de lutter contre les reconnaissances frauduleuses d'enfants nés sous X ou abandonnés. Les services de l'Aide sociale à l'enfance se trouvaient en effet souvent confrontés à des situations où la fraude pouvait être suspectée parce que l'auteur de la reconnaissance et son épouse étaient, par ailleurs, candidats à l'adoption et en cours d'agrément. Le parquet refusait jusqu'alors d'intervenir parce que l'article 339 du Code civil ne lui permettait d'agir que dans les cas où « des indices tirés des actes eux-mêmes rendent invraisemblable la filiation déclarée ». Le législateur a donc décidé de l'autoriser à agir « lorsque la reconnaissance est effectuée en fraude des règles régissant l'adoption ».

¹¹⁷⁴ En vertu des articles 798 et 800 du Code de procédure civile, le ministère public doit avoir communication des affaires gracieuses et est tenu d'assister, le cas échéant, aux débats.

¹¹⁷⁵ Pour la reconnaissance du droit d'action du Ministère public, V. H. Solus et R. Perrot, « Droit judiciaire privé », t. 1 : Paris, 1961, n° 879 ; H. SOLUS, « La jurisprudence contemporaine et le droit du ministère public d'agir d'office au service de l'ordre public », in Mélanges Henri Capitant, Dalloz, 1937, p. 769 ; contra. J. VINCENT, « La procédure civile et l'ordre public », in Mélanges Roubier, Dalloz - Sirey, 1961, t. 2, p. 303.

¹¹⁷⁶ J. MIGUET et O. GOUT, « Ministère public », JCl. Procédure civile, Fasc. 100, n° 102.

¹¹⁷⁷ Loi n° 72-3, 3 janvier 1972 sur la filiation, *op. cit.*

¹¹⁷⁸ L. n° 96-604, 5 juillet 1996 relative à l'adoption : J.O. 6 Juillet 1996.

¹¹⁷⁹ Article 339 ancien du Code civil

L'ordonnance du 4 juillet 2005¹¹⁸⁰ a encore modifié l'étendue de l'action du Ministère public. Les cas d'ouverture de l'action ont été élargis, alors que le délai d'action a été diminué de moitié. Le pouvoir du Ministère public a, en effet, été généralisé à toutes les actions en contestation de la filiation, mais surtout étendu à tous les cas de fraude à la loi et plus seulement celles relatives à l'adoption. En revanche, son action a été enfermée dans un délai deux fois plus bref. Elle est devenue irrecevable en cas de concordance de plus de cinq ans entre le titre et la possession d'état de l'enfant¹¹⁸¹.

569. Le Ministère public pourra agir en contestation de la filiation en cas d'invraisemblance ressortant des actes eux-mêmes ou en cas de fraude à la loi¹¹⁸², en dépit de la concordance du titre et d'une possession d'état de plus de cinq ans¹¹⁸³. Cette notion de « fraude à la loi » est de nature à donner une large faculté d'action au parquet. La circulaire du 30 juin 2006¹¹⁸⁴ propose même une définition de la reconnaissance frauduleuse. Est ainsi frauduleuse, « toute reconnaissance souscrite par son auteur en vue de se procurer un avantage particulier et dont la finalité est étrangère à l'intérêt de l'enfant et à son éducation ». Elle en donne ensuite un exemple : le cas des reconnaissances multiples d'enfants afin de permettre l'acquisition d'un titre de séjour ou de la nationalité française. Elle ajoute qu'à l'inverse, « dès lors que l'auteur de la reconnaissance s'engage par cet acte à assumer les conséquences du lien de filiation ainsi établi, la reconnaissance mensongère ne porte pas atteinte à l'ordre public et ne peut être contestée par le Ministère public »¹¹⁸⁵. La recevabilité de l'action en contestation du Ministère public serait donc subordonnée à l'existence d'une reconnaissance frauduleuse. La simple reconnaissance mensongère ne suffirait pas. Le choix de la notion semble ainsi avoir été guidé par la volonté de lutter contre les fraudes destinées à permettre soit l'obtention d'un titre de séjour ou de la nationalité française, soit le contournement de l'interdiction de la gestation pour autrui. Cette notion ne devrait recouvrir que ces deux seules hypothèses. Ainsi, dans une espèce jugée par la Cour d'appel de Lyon le 9 janvier 2012 il ressort des déclarations précises et concordantes des parties que la mère de nationalité ivoirienne n'a rencontré l'auteur français de la reconnaissance paternelle de complaisance contestée avec succès par le Parquet qu'après le début de sa grossesse et qu'elle a obtenu de son amant qu'il déclare mensongèrement être le père de l'enfant pour qu'elle

¹¹⁸⁰ Ord. n° 2005-759, 4 juillet 2005 portant réforme du droit de la filiation,

¹¹⁸¹ Article 333 du Code civil al. 1er et 336 combinés issus de l'ordonnance du 4 juillet 2005.

¹¹⁸² G. VIAL, « Rôle du ministère public en matière de filiation. Les frontières de l'ordre public et de la fraude à la loi » AJ fam. 2012, p. 34.

¹¹⁸³ G. VIAL, « La recevabilité des actions relatives à la filiation dans la loi n°2009-61 du 16 janvier 2009 », Dr. Famille, avril 2009, étude n°18, p. 15.

¹¹⁸⁴ Circ. de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, 30 juin 2006.

¹¹⁸⁵ Circ. préc., 1re partie, III, 3.1.1, c), p. 49.

puisse obtenir le bénéfice d'avantages sociaux et un titre de séjour sur le territoire français¹¹⁸⁶. La charge de la preuve pèse sur le Parquet en sa qualité de demandeur. Il est débouté quand il ne parvient pas à établir le caractère manifestement mensonger ou frauduleux de l'établissement de la filiation litigieuse¹¹⁸⁷.

570. La simple reconnaissance de complaisance n'entrerait donc pas dans les cas de fraude à la loi autorisant le Ministère public à contester la filiation. Mais étant admis que la filiation est d'ordre public¹¹⁸⁸ on pourrait en effet imaginer que le Ministère public puisse invoquer l'ordre public familial pour s'opposer à toute reconnaissance de complaisance¹¹⁸⁹.

b) Le cas particulier de la gestation pour autrui

571. Le recours, à l'étranger, à des techniques de procréation médicalement assistée, dans des conditions contraires aux exigences de la loi française, suscite un contentieux important quant à la reconnaissance de la filiation des enfants concernés¹¹⁹⁰. Pourtant, une tentative de circonscription de ce contentieux avait pris la forme de l'article 16-7 introduit par les lois bioéthique de 1994¹¹⁹¹ qui énonce : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Le principe n'a pas empêché pour autant ce que l'on nomme de manière fort péjorative le « tourisme procréatif ». Cette disposition faisant suite à l'arrêt célèbre rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation rendu le 31 mai 1991¹¹⁹².

572. La Cour de cassation a décidé que le ministère public pouvait agir en rectification d'un acte de l'état civil sur la base de l'ordre public « même dans le cas où son action serait de nature à léser l'intérêt de particuliers qui s'abstiennent de demander la

¹¹⁸⁶ CA Lyon, 9 janvier 2012, n° 10/03701 : JurisData n° 2012-000061 ; Dr. famille 2012, comm. 45, note C. Neirinck.

¹¹⁸⁷ V. par ex. CA Fort-de-France, 16 avril 2010, n° 09/00461 : JurisData n° 2010-016009 : où le Parquet succombe, n'ayant pu rapporter d'éléments suffisants de preuve

¹¹⁸⁸ A. BÉNABENT, « L'ordre public en droit de la famille », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, p. 27 et s. et B. BEIGNEIR, « L'ordre public et les personnes », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, p. 13 et s.

¹¹⁸⁹ Il ne serait toutefois pas opportun d'autoriser le Ministère public à contester systématiquement les reconnaissances de complaisance, qui répondent en France à une véritable tradition et qui sont parfois réalisées dans l'intérêt de l'enfant.

¹¹⁹⁰ F. GRANET-LAMBRECHTS, « Convention de mère porteuse et filiation », D. 2002, p. 2902.

¹¹⁹¹ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, J.O. du 30 juillet 1994.

¹¹⁹² Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105 : JurisData n° 1991-001378 ; JCP G 1991, IV, 287 ; JCP G 1991, II, 21752, J. Bernard, F. Dontenville, F. Terré ; JCP N 1992, II, 18 ; Bull. civ. 1991, ass. plén., n° 4 ; D. 1991, p. 417, Y. Chartier, D. Thouvenin ; RTD civ. 1991, p. 517, D. Huet-Weiller ; Defrénois 1991, p. 947, J. Massip. – Cass. 1re civ., 29 juin 1994 : JurisData n° 1994-001320 ; Dr. famille 2004, comm. 17, P. Murat ; D. 1994, p. 581, Y. Chartier.

rectification »¹¹⁹³. C'est dans ce courant que s'est inscrit l'arrêt rendu le 17 décembre 2008 par la Cour de cassation en matière de gestation pour autrui¹¹⁹⁴, dans lequel elle a précisé que le Ministère public était recevable à agir en nullité des transcriptions des mentions de l'état civil d'un enfant issu d'une gestation pour autrui aux États-Unis, sur le fondement de l'article 423 du Code de procédure civile. L'intérêt de l'enfant cédant la place aux exigences de respect dû à l'ordre public français.

573. A l'occasion de trois arrêts rendus le 6 avril 2011 par la Cour de cassation¹¹⁹⁵, l'avocat général avait pris le parti d'adopter une position très novatrice. Son analyse était que l'ordre public, qui prohibe en droit interne toute reconnaissance d'une filiation par mère porteuse, pouvait s'effacer lorsque la situation a été acquise conformément à une loi étrangère et qu'il s'agissait seulement de lui faire produire ses effets en France¹¹⁹⁶. Sa voix n'a pas été entendue à la Cour de cassation mais par celle de notre Garde des Sceaux.

574. En effet, la circulaire dite « Taubira » du 25 janvier 2013¹¹⁹⁷ est venue préciser les conditions de délivrance d'un certificat de nationalité française à un enfant né à l'étranger lorsqu'il a été conçu en ayant recours à une mère porteuse¹¹⁹⁸. Plus précisément, la Chancellerie enjoint aux magistrats du parquet et aux greffiers des tribunaux d'instance de faire droit aux demandes de délivrance de certificat de nationalité française lorsqu'elles sont présentées pour des enfants nés à l'étranger en exécution d'une pratique pourtant formellement prohibée sur notre territoire¹¹⁹⁹. Selon la ministre, on ne compterait « seulement » que 38 cas d'enfants nés de père français et de mère porteuse à l'étranger ces quatre dernières années¹²⁰⁰. Cette circulaire d'application immédiate concerne les enfants nés à l'étranger d'un parent français dont le lien de filiation résulte d'un acte d'état civil probant au regard de l'article 47 du Code civil qui dispose que tout acte de l'état civil des Français et

¹¹⁹³ Cass. req., 12 mai 1920, S. 1921, 1, p. 300.

¹¹⁹⁴ Cass. 1re civ., 17 décembre 2008, JCP G 2009, II, 10020, note A. Mirkovic ; D. 2009, p. 166, obs. V. Égéa ; D. 2009, p. 332, avis D. Sarcelet et p. 340, note L. Brunet ; Dr. famille 2009, comm. 15, note P. Murat.

¹¹⁹⁵ Cass. 1re civ., 6 avril 2011, n° 09-66.486, n° 09-17.130 et n° 10-19.053, JurisData n° 2011-005611 ; JurisData n° 2011-005607 et JurisData n° 2011-005609 ; D. 2011, p. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; p. 1995, obs. A. Gouttenoire ; p. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet ; p. 1001, édito F. Rome ; p. 1064, entretien X. Labbé ; D. 2012, p. 308, obs. H. Gaumont-Prat, p. 1033, obs. M. Douchy-Oudot et p. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seséke ; RTD civ. 2011, p. 340, obs. J. Hauser ; AJ fam. 2011, p. 265, obs. B. Haftel ; p. 266, interview M. Domingo ; Rev. crit. DIP 2011, p. 722, note P. Hammje ; RJPF mars 2013, p. 12, obs. I. Corpart ; ACJT 2011, p. 301, obs. C. Siffrein-Blanc.

¹¹⁹⁶ Marc DOMINGO, avocat général à la Cour de cassation.

¹¹⁹⁷ Circ. n° NOR JUSC 1301528C, 25 janvier 2013, relative à la délivrance des certificats de nationalité française, la convention de mère porteuse et l'État civil étranger.

¹¹⁹⁸ N. HAOULIA, « Un enfant nommé désir, réflexions sur les enjeux et risques de l'affirmation d'un droit à l'enfant », Petites affiches, 11 octobre 2013, n°204, p. 7.

¹¹⁹⁹ N. MATHEY, « Circulaire Taubira. Entre illusions et contradictions », JCP G 2013, act. 162.

¹²⁰⁰ C. BEAUDOUX, « Enfants nés de mères porteuses et nationalité, une circulaire pour rappeler le droit », France info 30 janvier 2013, disponible en ligne sur <http://www.franceinfo.fr/societe/acces-facilite-a-la-nationalite-pour-des-enfants-nes-de-de-meres-porteuses-876489-2013-01-30>.

des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité. Dans un contexte politique sujet à polémiques, cette circulaire a entraîné les plus vifs débats¹²⁰¹.

575. Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation rendu le 13 septembre 2013 ¹²⁰²refuse en présence d'une convention de gestation pour autrui la transcription de l'acte de naissance de l'enfant sur les registres de l'état civil français. En effet, « l'action en contestation de paternité exercée par le Ministère public pour fraude à la loi sur le fondement de l'article 336 du Code civil, en raison d'une convention de gestation pour le compte d'autrui, n'est pas soumise à la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père de l'enfant au sens de l'article 332 du même Code »¹²⁰³. Car dans cette espèce il n'était nullement douteux que le père de l'enfant le fût biologiquement, la reconnaissance n'était pas contradictoire. Toutefois, le processus de gestation reposait sur une pratique prohibée par le droit français.¹²⁰⁴ La Cour de cassation indique donc clairement que le pouvoir exécutif ne peut pas tenter de régler le sort des enfants issus d'un procédé de gestation pour autrui au mépris de l'ordre public¹²⁰⁵ et vient préciser le régime de la sanction de la fraude à la loi française¹²⁰⁶.

576. Cet arrêt privant de base légale la circulaire évoquée, le Conseil d'État a été saisi d'un recours en annulation. Convention européenne des droits de l'homme est alors venu au secours du droit français. Saisie des arrêts « *Labassée et Mennesson* » rendus par la Cour de cassation en 2011, la Cour européenne des droits de l'homme rendit, le 26 juin 2014, deux arrêts¹²⁰⁷. La France n'a pas été condamnée sur le fondement de la vie familiale, car, si elle reconnaît l'importance des risques potentiels pesant sur la vie familiale des enfants et de leurs parents, la Cour constate qu'en l'espèce, ils n'avaient pas été insurmontables et que, malgré

¹²⁰¹ I. CORPART, « La controversé délivrance de certificats de nationalité aux enfants nés à l'étranger après une gestation pour autrui, RJPF 2013-/34, pp.31-33.

¹²⁰² Cass. 1^{re} civ., 13 septembre 2013, n°12-18.315, FP-P+B+I+R, JurisData n°2013-018930.

¹²⁰³ M. DOUCHY-OU DOT, « Filiation, action en contestation de paternité exercée par le Ministère public », Procédures n°11, Novembre 2013, comm. 315.

¹²⁰⁴ Article 16-7 et 16-9 du Code civil.

¹²⁰⁵ M.-C. LE BOURSICOT, « Semer n'est pas récolter, les déboires des géniteurs ayant recours à une « mère porteuse », RJPF-2013-11/5, pp.6-11.

¹²⁰⁶ G. DEHARO, « « Processus d'ensemble et sanction de la fraude, le cas de la gestation pour autrui », Gaz. Pal. 24 octobre 2013, n°297, p.5.

¹²⁰⁷ CEDH 26 juin 2014, n° 65941/11 et n° 65192/11, D. 2014. 1797, note F. Chénéde, 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire, et 1806, note L. d'Avout; AJDA 2014. 1763, chron. L. Burgorgue-Larsen ; AJ fam. 2014. 499, et 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse; RTD civ. 2014. 616, obs. J. Hauser, et 835, obs. J.-P. Marguénaud; H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères, D. 2014. 1773.

l'absence de reconnaissance de leur lien de filiation, les intéressés avaient pu *in concreto* bénéficier de leur droit au respect de leur vie familiale. En revanche, l'atteinte au droit des enfants au respect de leur vie privée est établie. Les enfants disposent certes d'une filiation établie à l'étranger, mais sa non-reconnaissance en France, ajoutée à l'interdiction de l'établissement *more gallico* de leur filiation à l'égard de leur père biologique, porte atteinte à leur identité au sein de la société française¹²⁰⁸. Il a fallu « peser » les intérêts en présence, les intérêts de l'État, d'une part (c'est-à-dire le souci de décourager les ressortissants français de recourir à l'étranger à une méthode de procréation que la France prohibe sur son territoire, dit de « tourisme procréatif), les droits et l'intérêt supérieur de l'enfant, d'autre part. Or, on ne peut pas prétendre qu'il est conforme à l'intérêt de l'enfant de le priver d'un élément essentiel de son identité alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concernés revendiquent sa pleine reconnaissance. Lisant la circulaire à la lumière de cette jurisprudence, le Conseil d'État en a reconnu la validité le 12 décembre 2014¹²⁰⁹.

577. Le dernier pas a été franchi récemment. Deux affaires examinées par assemblée plénière par la Cour de cassation le 3 juillet 2015¹²¹⁰ avaient en commun de poser la question de la possibilité de transcription, sur les registres d'état civil français, de l'acte de naissance établi à l'étranger à l'issue d'une convention de gestation pour autrui. Dans les deux affaires, l'acte avait été dressé en Russie et désignait comme père l'homme qui avait reconnu l'enfant et comme mère la femme qui en était accouché, c'est-à-dire la mère porteuse. Dans les deux affaires, le père avait demandé la transcription de l'acte de naissance. La cour d'appel de Rennes avait fait droit à la demande dans une espèce, objet d'un pourvoi formé par le procureur général, et avait refusé dans l'autre arrêt, contre lequel le père formait pourvoi. Les deux pourvois obligeaient la Cour de cassation à se prononcer: l'existence avérée d'une convention de gestation pour autrui constitue-t-elle un obstacle à la transcription de l'acte de naissance régulièrement établi à l'étranger ? L'assemblée plénière peut retenir que rien ne s'oppose, dans les deux espèces soumises, à la transcription des actes de naissance. Il est vrai qu'auparavant, confrontée à la même hypothèse, la Cour de cassation avait refusé la transcription en retenant que la nullité de la convention de gestation pour autrui interdisait de lui faire produire le moindre effet. Cependant, dès lors que l'acte de naissance établi à l'étranger correspond à la réalité, rien ne s'oppose à sa transcription à l'état civil français.

¹²⁰⁸ Mennesson, I00 ; Labassée, § 79

¹²⁰⁹ Conclusions sur Conseil d'État, 12 décembre 2014, M. Larrivé et autres, n° 365779 et Association Juristes pour l'enfance et autres, n° 367324, au Lebon ; AJDA 2014. 2451 ; D. 2015. 355, et les obs. ; *Ibid.* 355, et les obs. ; *Ibid.* 352, concl. X. Domino ; *Ibid.* 357, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; AJ fam. 2015. 53, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

¹²¹⁰ Cass. ass. plén., 3 juillet 2015, n° 15-50.002 et n° 14-21.323 , JurisData n° 2015-015881 ; JurisData n° 2015-015879 ; Dr. famille 2015, comm. 166. JCP G 2015, act. 821 ; JCP G 2015, 965, A. Gouttenoire.

578. Ces arrêts font suite aux décisions Mennesson et Labassée précitées. L'assemblée plénière accepte l'établissement de la filiation des enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger à l'égard du père biologique mais ne s'est pas prononcée à l'égard des parents d'intention. Il est certain que le débat entourant la gestation pour autrui n'est pas terminé et que l'avenir de l'article 16-7 du Code civil est incertain.

B) La déclaration judiciaire d'abandon de l'enfant

579. L'inaptitude parentale peut aboutir à ce que le lien de parenté soit rompu, il s'agit de l'hypothèse extrême de la déclaration judiciaire d'abandon et qui assure à l'enfant un nouveau statut, celui d'enfant adoptable. Les tribunaux civils de grande instance ont compétence en vertu de l'article 350 du Code civil pour prononcer l'abandon judiciaire d'un enfant recueilli par un particulier, un établissement ou un service de l'Aide sociale à l'enfance et dont les parents se sont désintéressés pendant plus d'un an. Les alinéas 2 et 3 de l'article précité nous éclairent, car « sont considérés comme s'étant manifestement désintéressés de leur enfant les parents qui n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires au maintien de liens affectifs. La simple rétractation du consentement à l'adoption, la demande de nouvelles ou l'intention exprimée, mais non suivie d'effet de reprendre l'enfant n'est pas une marque d'intérêt suffisante pour motiver de plein droit le rejet d'une demande en déclaration d'abandon ». Ces démarches n'interrompent pas le délai figurant au premier alinéa.

580. Le juge conserve un indéfectible pouvoir d'appréciation du désintérêt manifeste. Une mère qui a des contacts réguliers, tant avec son enfant qu'avec les services de l'Aide sociale à l'enfance ne peut se voir imposer une déclaration judiciaire d'abandon¹²¹¹. L'abandon n'est pas déclaré si, au cours du délai prévu au premier alinéa du présent article, un membre de la famille a demandé à assumer la charge de l'enfant et si cette demande est jugée conforme à l'intérêt de ce dernier. » La Cour de cassation retient même que « l'intérêt de l'enfant doit être pris en considération par le juge, même lorsque les conditions d'application de l'article 350 du Code civil sont réunies ». Il ne suffit donc plus, conformément à l'alinéa 1^{er} de cet article, que les parents se soient manifestement désintéressés de l'enfant recueilli pendant l'année qui précède l'introduction de la demande en déclaration d'abandon, pour qu'il soit déclaré abandonné par le Tribunal de grande instance. Il faut encore que cette décision soit conforme à son intérêt, ce qui ne saurait être le cas lorsque « la déclaration judiciaire d'abandon ayant pour effet de rendre l'enfant adoptable,

¹²¹¹ Cass., civ. 1^{re}, 12 février 1985, n° 83-10.361, D. 1985, I.R., p. 296, RTD civ. 1986, p. 730, obs. J. Rubellin-Devichi.

celui-ci risquait d'être confronté à une séparation douloureuse avec sa famille d'accueil, après avoir connu une rupture avec ses parents, dès lors qu'il n'existait aucun projet d'adoption par son assistante maternelle, à laquelle il était très attaché et chez laquelle il vivait depuis son plus jeune âge », d'autant plus que « l'article 377, alinéa 2, du Code civil permettait à l'aide sociale à l'enfance de se faire déléguer en tout ou partie l'exercice de l'autorité parentale »¹²¹².

581. À la suite d'un rapport d'information du 25 juin 2014¹²¹³, le Sénat a débattu d'une proposition de loi tendant à déplacer l'article 350 dans le Code civil pour qu'il n'apparaisse plus comme indissociable de l'adoption,¹²¹⁴ car le statut de pupille de l'État est avant tout « une modalité de protection de l'enfance », qui assure moins mal que les autres, aux enfants durablement confiés à la société, « des conditions de vie de nature à les aider à se construire un avenir à l'instar de tous les enfants de notre pays ». Dans le même esprit, la proposition précitée vise aussi à remplacer les mots « abandon » et « désintérêt manifeste » par ceux de « délaissement manifeste ». Or, il y a un an, la Cour de cassation estimait qu'un enfant « délaissé » par sa mère à l'étranger n'avait pas été « abandonné » par elle et ainsi n'était pas adoptable¹²¹⁵.

599. L'abandon judiciaire apprécié comme un prélude à l'adoption doit être dissocié de l'article 378-1 du Code civil précité relatif au retrait de l'autorité parentale. La déclaration judiciaire d'abandon peut être examinée avec la délégation de l'autorité parentale de l'article 377 même si cette dernière apparaît moins protectrice pour l'enfant. Un auteur examinant les deux institutions a pu relever que « le désintérêt exprimé hier sera abandon de fait demain »¹²¹⁶. En outre, selon la jurisprudence traditionnelle, ce désintérêt doit s'avérer volontaire pour fonder la déclaration judiciaire d'abandon. Lorsque des ennuis sérieux de santé entravent l'exercice de l'autorité parentale d'une mère, cette dernière n'abandonne pas son enfant¹²¹⁷. 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. En cas de déclaration judiciaire d'abandon, comme en cas de retrait total de l'autorité parentale, le

¹²¹² Cass. Civ. 1^{re}, 6 janvier 1981, D. 1981, p. 495, note Raynaud ; Cass. Civ. 1^{re}, 3 décembre 2014, n° 13-24.268, D. 2015. 10 ; AJ fam. 2015. 60, obs. P. Salvage-Gerest.

¹²¹³ Rapport d'information de Mmes Muguette DINI et Michelle MEUNIER, fait au nom de la commission des affaires sociales, n° 655 (2013-2014) - 25 juin 2014.

¹²¹⁴ *Ibid.* prop. n° 799,

¹²¹⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 4 décembre 2013, n° 12-26.161, AJ fam. 2014. 180, obs. A. Boiché ; RTD civ. 2014. 104, obs. J. Hauser.

¹²¹⁶ C. NEIRINCK, « La protection de la personne de l'enfant contre ses parents », LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 182, 1984.

¹²¹⁷ Cass. 1^{re} civ., 2 juillet 1974, n° 71-12.889, Bull. civ. I, n° 213.

jugement entraîne la suppression des droits parentaux. L'enfant peut ainsi bénéficier d'une adoption plénière sans que ses parents puissent s'y opposer. Dans une telle hypothèse, une tutelle est ouverte dans le cadre de laquelle le consentement à l'adoption est recueilli.

600. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé dans un arrêt *Zambotto Perrin c/France* le 26 septembre 2013¹²¹⁸ que le prononcé de l'adoption seulement un an après le prononcé de l'abandon judiciaire ne constituait pas une atteinte légitime et proportionnée au droit de la mère au respect de sa vie familiale.

601. La Cour estime que « la marge d'appréciation de l'État doit être considérée comme grande. Concernant la déclaration d'abandon, la Cour dit ne pas avoir trouvé « d'élément laissant supposer que la requérante aurait été empêchée par son état psychique de faire valoir ses droits, d'apprécier son intérêt, ou de manifester un sentiment maternel ». Au sujet de l'adoption plénière, elle considère « qu'une fois la déclaration d'abandon décidée, l'intérêt supérieur de l'enfant était de voir sa situation personnelle stabilisée et sécurisée par l'établissement d'un lien légalement reconnu avec sa famille nourricière », étant observé que l'enfant était alors âgée de trois ans et demi et qu'elle n'avait vu qu'une seule fois sa mère biologique. La Cour fait primer l'intérêt supérieur de l'enfant à être adopté le plus rapidement possible, comme elle l'avait fait dans l'arrêt *Kearns c/France* du 10 janvier 2008¹²¹⁹ relatif au délai de rétractation de la mère ayant accouché sous X.

C) Le retrait de l'autorité parentale

602. L'intervention étatique dans la famille pour protéger un mineur repose sur la défaillance parentale. La carence parentale peut être compensée par l'assistance éducative, par la délégation et par le retrait de l'autorité parentale. « Dans une conception extrême, la protection de l'enfant pourrait se poser en terme d'opposition entre les droits de l'enfant et les droits des parents que le juge devrait arbitrer »¹²²⁰. Dans cette vision, le juge trouve sa légitimité à retirer l'enfant de sa famille par la défense de son intérêt. Les droits de l'enfant ne doivent néanmoins pas être pensés en terme d'opposition avec sa protection, puisque les deux doivent au contraire se combiner, ils poursuivent la même finalité, l'intérêt de l'enfant.

603. Le changement sémantique est aussi la manifestation de cet intérêt, la déchéance est devenu retrait total afin que « les enfants ne portent pas la culpabilité incluse

¹²¹⁸ JCP 2013, p. 1909, note K. Blay-Grabardzyk.

¹²¹⁹ Dr. fam. 2008, étude n°14, obs. A. Gouttenoire.

¹²²⁰ C. DELAPORTE-CARRÉ, « L'articulation des institutions de protection de la personne de l'enfant contre ses parents », Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2008, p. 3.

dans les termes des décisions sanctionnant leurs parents »¹²²¹. Ce changement « purement sémantique avait pour objet d'insister sur l'aspect positif d'une telle décision qui est d'abord une mesure de protection de l'enfant avant d'être une mesure de dépréciation des parents »¹²²².

604. La mesure de retrait de l'autorité parentale figure dans le Code civil à la dernière place des mesures de contrôle du relâchement du lien parental, en effet, « le législateur marque bien sa volonté de donner à cette institution un caractère secondaire et très exceptionnel »¹²²³. La Cour européenne des droits de l'homme rappelle que « seules des circonstances exceptionnelles peuvent conduire à une rupture du lien familial »¹²²⁴. En tout état de cause, le retrait de l'autorité parentale a pour seule raison d'être la protection de l'enfant, il est toujours facultatif et peut être prononcé dans un jugement pénal (2) ou par le juge civil (1).

1) Le retrait de l'autorité parentale par le juge civil

605. L'article 378-1 du Code civil dispose « Peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale, en dehors de toute condamnation pénale, les père et mère qui, soit par de mauvais traitements, soit par une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques ou un usage de stupéfiants, soit par une inconduite notoire ou des comportements délictueux, soit par un défaut de soins ou un manque de direction, mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant. Peuvent pareillement se voir retirer totalement l'autorité parentale, quand une mesure d'assistance éducative avait été prise à l'égard de l'enfant, les père et mère qui, pendant plus de deux ans, se sont volontairement abstenus d'exercer les droits et de remplir les devoirs que leur laissait l'article 375-7. L'action en retrait total de l'autorité parentale est portée devant le Tribunal de grande instance, soit par le ministère public, soit par un membre de la famille ou le tuteur de l'enfant. »

606. Les hypothèses de retrait de l'autorité parentale concernent ainsi l'enfant mis en danger (a) et l'enfant dont les parents se sont désintéressés alors qu'il fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative (b).

¹²²¹ J.-F. MATTÉI, proposition de loi relative à l'adoption. n° 2251, Rapport n° 295 (1995-1996) de M. Luc DEJOIE, fait au nom de la commission des lois, déposé le 27 mars 1996, exposé des motifs, p. 5. ; L. LEVENEUR, « Le choix des mots en droit des personnes et de la famille », *op. cit.*

¹²²² *Ibid.*

¹²²³ I. DEMESLAY, « Parents déchus, étude juridique et judiciaire », thèse, Nantes, 1995, p. 13.

¹²²⁴ CEDH, 6 juillet 2004, Piss c/ France n° 46026/99.

a) La mise en danger de l'enfant

607. Le retrait de l'autorité parentale est soumis à une double condition, il faut qu'existe un comportement incriminé par l'article 378-1 alinéa 1^{er} du Code civil, et que ce comportement engendre un danger pour l'enfant, existant au moment du retrait¹²²⁵.

608. Le Tribunal de grande instance peut ainsi prononcer le retrait en raison d'un comportement actif du titulaire de l'autorité parentale qui constitue une menace permanente pour l'enfant à travers un comportement pervers, inadapté ou dommageable à l'égard des enfants¹²²⁶. Peut même être pris en compte le prosélytisme religieux du père, destiné à acquérir l'adhésion des enfants à des pratiques dont ils ont été les victimes¹²²⁷. De même, le déni des infractions commises sur la personne des enfants, comportement qui a mis en échec toutes les mesures d'assistance éducative ultérieures et qui cause d'importants dommages psychologiques aux mineurs, justifie un retrait total de l'autorité parentale¹²²⁸. Le comportement retenu est le plus souvent criminel notamment à l'égard d'un père meurtrier de la mère dans des conditions atroces¹²²⁹, sachant que la délinquance reprochée est généralement grave.

609. Ce sont les circonstances familiales qui doivent être étudiées, Le retrait de l'autorité parentale est prononcé contre un père non pas parce qu'il a assassiné la mère des enfants, mais surtout parce qu'il s'est enfui pour se soustraire aux conséquences pénales de son crime en abandonnant ces derniers, et en se désintéressant de leur sort au point qu'ils ont dû être pris en charge par leur grand-père. Dans cette espèce la Cour de cassation approuve la cour d'appel qui a motivé le retrait civil de l'autorité parentale par le défaut de soin et de direction des enfants par ce père en fuite, indifférent au fait qu'il les mettait manifestement en danger dans leur sécurité, leur santé et leur moralité. Elle approuve également l'arrêt attaqué en ce qu'il a énoncé que le meurtre de la mère justifiait à lui seul le retrait civil de l'autorité parentale... tant il apparaît que la poursuite des relations entre le père et les enfants « met en danger la santé mentale de ceux-ci qui ne peuvent qu'être profondément troublés et déstabilisés par le maintien imposé des relations avec le meurtrier de leur mère »¹²³⁰. La première chambre de la Cour de cassation a admis, dans un arrêt en date du 27 mai 2010, que la maltraitance psychologique pouvait, à elle seule, être un motif de retrait de l'autorité

¹²²⁵ Cass. 1^{re} civ., 15 mai 1990, Bull. civ. I, n° 107.

¹²²⁶ CA Rouen, ch. fam., 18 mai 2006, n° 05/01406.

¹²²⁷ CA Paris, 24e ch., sect. B, 19 septembre 1997.

¹²²⁸ Cass. 1^{re} civ., 27 mai 2010, n° 09-65.208 ; JCP G 2010, 620.

¹²²⁹ CA Nancy, 16 novembre 1990.

¹²³⁰ Cass. 1^{re} civ., 29 mai 2001, n° 99-05.015, LPA 13 décembre 2001, p. 21, note J. Massip.

parentale. Elle a approuvé la cour d'appel de Paris qui avait prononcé un retrait total alors que les enfants, victimes d'infractions commises sur leurs personnes par leurs parents, avaient été placés par le juge des enfants. Le droit de visite des parents étant suspendu, on pouvait considérer que les mineurs n'étaient plus en danger manifeste. Cependant, le comportement des parents aggravait sans cesse la grande fragilité psychologique des enfants. En effet, par leur déni persistant et sans évolution de leurs infractions, ils les déstabilisaient, ce qui justifiait de les mettre à l'abri de toute intervention parentale¹²³¹.

610. Peu importe que le comportement parental soit ou non volontaire, la Cour de cassation a ainsi approuvé le retrait total des droits parentaux prononcée contre une mère qui avait été cependant relaxée par la juridiction répressive en raison des troubles psychiques graves dont elle souffrait¹²³².

b) Le désintérêt des parents d'un enfant placé en assistance éducative

611. L'article 378-1, alinéa 2 du Code civil permet au Tribunal de grande instance de prononcer le retrait d'autorité parentale à l'égard de parents, qui, une mesure d'assistance éducative ayant été prise à l'égard de leur enfant, se sont abstenus volontairement, pendant plus de deux ans, d'exercer les droits et de remplir les devoirs que leur laissait l'article 375-7 ;

612. Ce deuxième cas de retrait civil de l'autorité parentale, plus restrictif dans ses conditions de mise en œuvre, est plus rarement utilisé que le premier, car il est souvent présenté comme faisant double emploi avec l'assistance éducative, ainsi qu'avec la déclaration judiciaire d'abandon de l'article 350 qui peut être prononcé lorsque « les parents se sont manifestement désintéressés » (de l'enfant) « pendant l'année qui précède l'introduction de la demande ». Pourtant, les conditions du retrait fondé sur l'abstention des père et mère d'exercer les droits et les devoirs que leur laisse la mesure d'assistance éducative sont différentes. Il faut, tout d'abord que leur désintérêt ait duré plus de deux ans et il faut ensuite que l'abstention soit la traduction d'un comportement volontaire. Cette exigence, qui ne figure pas dans l'alinéa 1 de l'article 378-1, est inscrite en toutes lettres dans l'alinéa 2 et marque sa spécificité. Le caractère volontaire de l'abstention des parents est souvent difficile à établir, car leur attitude indifférente est souvent le résultat de différents facteurs non maîtrisables : difficultés relationnelles, troubles psychiques importants, impécuniosité...

¹²³¹ Cass. 1re civ., 27 mai 2010, n° 09-65.208, 555 ; JCP G 2010, 620.

¹²³² Cass. 1re civ., 14 avril 1982, D. 1983, jurispr. p. 294, note J. Massip ; RD sanit. soc. 1983, p. 780, obs. P. Raynaud. – Cass. 1re civ., 14 juin 1988, Defrénois 1988, art. 34 309, p. 1021, obs. J. Massip.

613. Mais s'il ne l'est pas, le retrait doit être refusé. Ainsi la carence du père, résultant de sa passivité devant les difficultés rencontrées, n'a pas le caractère nettement volontaire exigé par l'article 378-1¹²³³. En exigeant que le désintéret manifesté à la suite d'une mesure d'assistance éducative soit volontaire pour prononcer le retrait, la Cour de cassation invite les magistrats à respecter l'esprit de chacune des mesures qui concourent à la protection de l'enfant. Lorsque les deux conditions de durée et du caractère volontaire du désintéret visées à l'article 378-1 alinéa 2 du Code civil sont remplies, le Tribunal de grande instance peut prononcer le retrait, sans avoir à rechercher si le comportement reproché aux père et mère à la suite de la mesure d'assistance éducative met manifestement l'enfant en danger¹²³⁴.

2) Le retrait de l'autorité parentale par un juge pénal

614. La commission d'une infraction peut être à l'origine d'un retrait de l'autorité parentale prononcé par la juridiction répressive qui juge l'auteur des faits. Elle peut également fonder un retrait prononcé ultérieurement par la juridiction civile. Aux termes de l'article 378 alinéa 1^{er} du Code civil : « Peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale par une disposition expresse du jugement pénal les père et mère qui sont condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant, soit comme coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis par leur enfant ». La loi distingue d'une part, l'infraction poursuivie est commise par le ou les parents sur la personne de l'enfant. Ce dernier en est la victime et d'autre part, l'infraction a pour auteur principal l'enfant, le ou les parents étant coauteurs ou complices de ce dernier.

615. Le juge dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation sur l'opportunité de la mesure qui doit être motivée par l'intérêt de l'enfant¹²³⁵. Le droit contemporain s'est durci à l'égard des infractions sexuelles ayant pour auteurs les parents en imposant un lien entre leur condamnation pénale et le retrait de l'autorité parentale. La loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005¹²³⁶ a ajouté au Code pénal un article 222-31-1 aux termes duquel « lorsque le viol ou l'agression sexuelle est commis contre un mineur par une personne titulaire sur celui-ci de l'autorité parentale, la juridiction de jugement doit se prononcer sur le retrait total ou partiel de cette autorité en application de l'article 378 et 379-1 du Code civil. Elle peut alors statuer

¹²³³ Cass. 1^{re} civ., 13 janvier 1998 ; CA Riom, 22 avril 1993.

¹²³⁴ Cass. 1^{re} civ., 4 juin 1991, n° 90-05.063.

¹²³⁵ Cass. Crim. 9 novembre 1994, n° 94-80.691.

¹²³⁶ Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, J.O. 13 Décembre 2005.

sur le retrait de cette autorité en ce qui concerne les frères et sœurs mineurs de la victime ». Cette protection est donc étendue au reste de la fratrie.

616. La loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux » a élargi l'obligation faite à la juridiction répressive de se prononcer sur le retrait de l'autorité parentale en cas de viol incestueux ou d'agression sexuelle incestueuse. Cependant l'obligation faite à la juridiction répressive de se prononcer sur le retrait total ou partiel de l'autorité parentale en présence d'une infraction sexuelle commise par un titulaire de l'autorité parentale n'implique pas nécessairement qu'il soit prononcé. Le tribunal correctionnel ou la cour d'assises conservent toujours leur pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de cette mesure pour l'enfant. Par exemple, la cour d'appel de Paris constate que le père divorcé, qui dans le cadre de son droit de visite partageait avec sa fille de 9 ans une chambre d'hôtel exigüe et le même lit, s'est bien rendu coupable de l'atteinte sexuelle reprochée. Mais si l'infraction est réalisée dans tous ses éléments et la culpabilité retenue, la cour observe qu'il n'y a eu qu'une scène unique, grave, mais limitée dans sa matérialité, qui ne justifie pas de prononcer le retrait de l'autorité parentale¹²³⁷. La juridiction pénale qui sanctionne l'infraction commise sur la personne de l'enfant peut, sur ce seul constat, prononcer le retrait dès lors qu'elle l'estime nécessaire à sa protection¹²³⁸. Le comportement du parent envers l'enfant est pris en compte au-delà de la commission de l'infraction. Ainsi la répétition des faits et la multiplication des infractions commises sur les enfants justifient le retrait¹²³⁹.

617. Dans l'arrêt M.D. et autres c/Malte du 17 juillet 2012¹²⁴⁰, la Cour considère que la déchéance des droits parentaux subie par la mère à la suite d'une condamnation pénale pour maltraitance sur ses enfants, est une mesure particulièrement radicale et incompatible avec le but consistant à réunir les enfants et leurs parents.

618. La protection particulière dont l'enfant fait l'objet ne concerne pas uniquement l'établissement du lien mais concerne aussi la vie de ce lien.

¹²³⁷ CA Paris, 20e ch. corr., sect. A, 29 juin 2007, n° 07/04497, JurisData n° 2007-339517.

¹²³⁸ CA Douai, 6e ch. corr., 23 janvier 2001, n° 00/01551, JurisData n° 2001-160249.

¹²³⁹ CA Agen, ch. corr., 9 février 2009, n° 08/00156-A, JurisData n° 2009-003334.

¹²⁴⁰ A. GOUTTENOIRE, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », Dr. fam. 2013, étude n° 3, obs.

Section 2 : Les juges de la vie du lien

619. Les compétences du juge aux affaires familiales et du juge des enfants ont le même objet, la protection de la personne de l'enfant et la protection de la relation d'un enfant avec ses parents. « Le législateur s'est efforcé, tout en opérant un regroupement de compétences en matière familiale, de garder au juge des enfants sa spécificité »¹²⁴¹, alors que de nombreux projets ont proposé de transférer l'assistance éducative au juge aux affaires familiales. Nous n'y sommes pas favorables. Nous pouvons affirmer que les différences entre ses deux magistrats sont irréductibles, en dépit du fait que chacun prend des décisions relatives aux enfants, le contexte de leur intervention, comme ses modalités, leur est propre. Ainsi, le juge des enfants agit à la fois au civil à travers l'assistance éducative ainsi qu'au pénal, alors que le juge aux affaires familiales ne connaît que de questions civiles. Le premier ne s'attache qu'à l'enfant en danger, le second s'attache aussi aux couples d'adultes. Le premier est un juge de cabinet, qui peut même se saisir lui-même et reste saisi du dossier tout le temps que dure le danger : il peut prendre autant de décisions successives que nécessaire. Le second, en revanche, n'est tenu que par la saisine des parties, et il épuise sa compétence lorsqu'il rend sa décision. Le premier rend des décisions provisoires, qui n'ont pas vocation à perdurer, quand il revient au second d'établir de manière pérenne une situation familiale stabilisée. Le juge des enfants est par ailleurs un juge spécialisé, nommé à cette fonction par décret, alors que le juge aux affaires familiales est un juge généraliste du Tribunal de grande instance. Les différences de nature et de fonction de l'un et de l'autre sont telles, que les fusionner n'aurait, finalement, pas beaucoup de sens, puisque cela aboutirait vraisemblablement à reconstituer, au sein de la même juridiction, une spécialisation fonctionnelle pour chacun de ces contentieux. La seule préconisation que nous ferions, est de d'avantage développer la communication entre ses deux magistrats.

620. « L'enfant dont les parents se séparent est de plus en plus souvent un enfant en danger et deux juges se relaient alors pour assurer sa protection : le juge aux affaires familiales et le juge des enfants »¹²⁴². Notre système de protection de l'enfant au travers de l'autorité parentale, de sa régulation et de son contrôle paraît adapté puisque ces fonctions et ces objectifs sont bien définis. En effet, en cas de désaccord ou de séparation des parents, le juge aux affaires familiales arbitrera les modalités d'exercice de l'autorité parentale, voire la

¹²⁴¹ Cass. 1^{re} civ., 1^{re}. 12 janvier 1994 n°92-05.030 ; JCP 1994, éd. G, IV, 643 ; Journ. dr. des jeunes, n° avril 1994.

¹²⁴² C. NEIRINCK, « L'intervention conjointe du juge du divorce et du juge des enfants », note sous arrêt CA Aix-en-Provence, 8 avril 2014, n° 13-02869, Droit de la famille, n° 12, Décembre 2014, comm. 81.

déléguera à un tiers. Et par respect pour les libertés individuelles, il faut limiter, voire éviter, sinon limiter les immixtions dans les familles, les parents, protecteurs naturels des enfants, étant censés leur offrir les conditions nécessaires pour permettre leur développement. Mais les graves inaptitudes parentales peuvent rendre nécessaire le recours à une autorité extérieure, judiciaire ou sociale. En cas de fonctionnement déficient de l'autorité parentale mettant l'enfant en danger, le juge des enfants intervient au travers de l'assistance éducative.

621. Si le juge aux affaires familiales est compétent concernant l'autorité parentale (I), le juge des enfants est compétent pour prendre des mesures qui préserveront l'enfant d'un danger d'origine familiale (II).

I : Le juge aux affaires familiales, juge de l'autorité parentale

622. La loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 a institué le juge aux affaires familiales et depuis la loi du 4 mars 2002¹²⁴³, le juge aux affaires familiales est devenu le grand ordonnateur de l'autorité parentale conjointe et le garant de celle-ci, notamment à l'épreuve de la séparation des parents. Le juge aux affaires familiales est investi de prérogatives importantes concernant l'autorité parentale et sa compétence d'attribution en matière d'autorité parentale est exclusive, toutes les contestations relatives à l'exercice de l'autorité parentale, et ce quelle que soit la structure familiale, relèvent de la compétence du juge aux affaires familiales, il en est de même du droit de visite des ascendants¹²⁴⁴, de la délégation de l'autorité parentale¹²⁴⁵, du contentieux des obligations alimentaires¹²⁴⁶.

623. L'importance de la place et du rôle conférés au juge aux affaires familiales dans le traitement des problèmes liés à l'exercice de l'autorité parentale constitue l'un de ses traits caractéristiques (A). La volonté de création d'un « pôle » famille au sein des juridictions civiles a conduit le législateur à confier au juge aux affaires familiales la tâche de juge des tutelles des mineurs (B), et celles relatives au prénom de l'enfant (C).

A) La séparation des parents

624. Le juge aux affaires familiales a une compétence de principe concernant l'autorité parentale. La loi du 4 mars 2002 a ajouté un paragraphe 3 sous le

¹²⁴³ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, J.O. du 5 mars 2002.

¹²⁴⁴ Article 371-4 du Code civil.

¹²⁴⁵ Article 376 du Code civil.

¹²⁴⁶ Articles 214, 258, 371-2 et 373-2-2 du Code civil.

titre IV intitulé « De l'intervention du juge aux affaires familiales », il est chargé de veiller « spécialement à la sauvegarde des enfants mineurs », il lui est ainsi reconnu un pouvoir général d'intervenir pour « prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses deux parents », il est ainsi le juge naturel de l'autorité parentale¹²⁴⁷. D'autant plus que la loi du 12 mai 2009 a prolongé le regroupement des compétences du juge aux affaires familiales en matière d'autorité parentale notamment en ce qui concerne l'émancipation, l'administration légale et la tutelle. L'article 373-2-6 permet le recours au juge aux affaires familiales pour trancher les confits parentaux résultant d'un exercice en commun de l'autorité parentale. Néanmoins, la loi du 4 mars 2002 a mis fin au recours au juge aux affaires familiales en cas de désaccords « irréductibles », entre les parents. Les parents afin de résoudre leur conflit doivent avoir recours à un médiateur et en cas de danger encouru par l'enfant, le juge saisi sera le juge des enfants.

625. L'article 371-1 du Code civil définit l'autorité parentale comme « un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. » Ces dispositions ne sont pas sans rappeler celles de l'article 375 du Code civil relatives à l'assistance éducative, le juge aux affaires familiales et le juge des enfants poursuivent le même objectif, protéger l'enfant au sein de sa famille et préserver le lien parental. L'ensemble des droits et devoirs, ainsi que les objectifs de protection en termes de santé, sécurité, moralité et d'éducation, ont comme but commun l'intérêt et l'épanouissement de l'enfant qui sont distincts de l'intérêt et de l'épanouissement de chacun des parents. Cette finalité liée à l'intérêt ainsi que le souci d'épanouissement existe dès la conception de l'enfant et ce, jusqu'à sa majorité ou son émancipation.

626. D'une manière générale, en cas de désaccord des parents, le juge aux affaires familiales s'efforce de concilier les parties selon l'article 373-2-6. Le juge aux affaires familiales statue à juge unique, avec possibilité, mais non obligation, laquelle n'est prévue qu'à l'occasion du prononcé du divorce de renvoi d'office d'une affaire en l'état à une formation collégiale. Le juge territorialement compétent est celui du lieu où réside la famille au jour de la présentation de la requête initiale en divorce ou de la requête en modification d'une mesure intéressant les enfants ; sinon, celui du lieu où réside le défendeur.

¹²⁴⁷ F. GRANET-LAMBRECHTS, « Rapport introductif », in « l'autorité parentale et ses juges », Carré droit, Litec, 2004, p. 3.

627. Le juge aux affaires familiales a deux compétences en matière d'autorité parentale, il statue sur l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale (1) il statue sur les demandes de délégation de l'autorité parentale (2) et peut être amené à organiser les relations avec les tiers (3).

1) La question de la résidence de l'enfant

628. La séparation des parents, qu'ils soient mariés ou non, n'a aucune incidence sur la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale. La désunion du couple parental ne doit pas mettre fin à l'exercice partagé de l'autorité dont est investi chaque parent. Le « couple parental » survit à la dissolution du couple conjugal, c'est-à-dire un père et une mère assumant la plénitude de leurs responsabilités et partageant équitablement une autorité parentale dont chacun est pleinement titulaire. Les parents doivent donc, en principe, continuer à prendre en commun les décisions nécessaires pour pourvoir à l'entretien et à l'éducation des enfants. Une étude récente portant sur les enfants de parents séparés a relevé que la coparentalité demeure la règle, 99 % pour les parents divorcés et 95 % des couples non mariés¹²⁴⁸. Mais bien entendu, la séparation des parents ne peut rester sans incidence sur l'exercice de l'autorité, car il va falloir décider chez qui l'enfant va vivre, et il est évident que c'est ce parent-là qui aura l'exercice quotidien de l'autorité et partant le rôle le plus influent. L'article 373-2-9 du Code civil dispose que « la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux ».

629. Le choix de la résidence revient aux parents, mais en cas de désaccord c'est le juge aux affaires familiales qui statuera (a), et pourra de même décider d'un changement qui serait plus conforme à l'intérêt de l'enfant (b).

a) Le choix de la résidence

630. Le juge aux affaires familiales a pour mission de fixer pour l'enfant « un cadre de vie humain et matériel par un ensemble de mesures le plus souvent étroitement connexes, qui peut le conduire à dépasser le strict examen de la seule addition des demandes de chacun des époux et du principe du dispositif strictement entendu »¹²⁴⁹. Le juge aux affaires

¹²⁴⁸ Infostat justice n°132, janvier 2015, L'actuJustice n°35, 27 janvier 2015.

¹²⁴⁹ CA Basse-Terre, 18 mai 2009, RG n° 09/00237.

familiales peut être amené à fixer la résidence principale de l'enfant (α) et le droit de visite et d'hébergement de l'autre parent (β).

α) La fixation de la résidence habituelle de l'enfant

631. Le juge aux affaires familiales doit veiller pour prendre cette délicate décision, à respecter les principes directeurs du procès tout en rendant une décision conforme à l'intérêt de l'enfant, et suffisamment précise pour être pérenne. Les parents peuvent s'entendre et fixer la résidence habituelle de l'enfant dans la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Si la convention respecte suffisamment les intérêts en présence, son rôle va se limiter à entériner l'accord, au regard de l'intérêt de l'enfant. D'autres fois, le choix de la résidence incombe au juge. Dans un esprit d'apaisement la loi n° du 4 mars 2002¹²⁵⁰ a introduit, non pas l'obligation, mais la possibilité, parmi d'autres modes d'organisation, d'une résidence alternée. Ainsi, l'article 373-2-9 du Code civil prévoit que le juge peut proposer aux parents d'en faire l'expérience « à titre provisoire », pour une durée limitée¹²⁵¹ ; il peut même trancher en faveur de ce mode de résidence, comme il pourrait le faire en faveur d'une résidence habituelle chez le père ou la mère. Ainsi, la Cour de cassation admet que la résidence habituelle de l'enfant soit fixée chez sa mère lorsque la résidence alternée serait une source d'angoisse pour l'enfant en raison de son jeune âge¹²⁵².

632. Et c'est aussi dans cet esprit que la loi du 26 mai 2004 relative au divorce tend à apaiser les procédures et à favoriser un règlement plus responsable des conséquences de la rupture. Il est depuis demandé aux praticiens de travailler dans un état d'esprit plus consensuel, de manière à protéger l'enfant des conflits parentaux, la philosophie première de la loi de 2004 étant la pacification des modes et des effets du divorce.

633. En matière de choix de résidence des enfants, 126 000 décisions ont été rendues pour l'année 2012 et concernaient près de 200 000 enfants mineurs. Plus de la moitié de ces décisions (52 %) ont été prises lors de divorces, le reste concernant des couples non mariés. Le choix par le juge de la résidence maternelle reste majoritaire lorsque l'enfant est jeune, 73 % toutes procédures confondues même si le choix de la résidence alternée est en nette progression, 21 % lors de divorces et 11 % pour des parents non mariés en 2012. Alors qu'en 2003, les décisions dans les divorces atteignaient 12 % et 7 % pour les parents non

¹²⁵⁰ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, J.O. du 5 mars 2002.

¹²⁵¹ Cass. 1^{re} civ., 14 février 2006, n° 05-13.202, JurisData n° 2006-032171 ; JCP G 2006, 1, 199, H. Bosse-Platière ; RTD civ. 2006, p. 300, J. Hauser.

¹²⁵² Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2010, n° 09-67.076, JurisData n° 2010-011385.

mariés¹²⁵³. Toujours en 2003, une demande de résidence alternée était formée dans une procédure sur dix. 15,7 % des procédures de divorce gracieux ont donné lieu à une de résidence alternée. En situation de désaccord, les juges ont rejeté la modalité de la résidence alternée dans 75 % des décisions. La tendance qui se dégage de ces observations est que plus le divorce est contentieux plus le taux de résidence alternée diminue et qu'elle résulte majoritairement de l'accord des parents. La répartition apparaît plus équilibrée concernant les grands adolescents, 31 % vivent avec leur père.

634. La Cour de cassation a rappelé, dans un arrêt du 13 mars 2007, que la décision des juges relative à la résidence de l'enfant doit être fondée sur son intérêt supérieur¹²⁵⁴ et la détermination de la résidence habituelle de l'enfant se fonde sur différents critères, dont la stabilité, la sécurité, la disponibilité plus importante d'un parent entre autres.

635. En cas de conflit entre les parents, parmi les éléments que le juge prendra en considération, en plus de la pratique que les parents avaient précédemment suivie ou des accords qu'ils avaient pu entièrement conclure, des sentiments exprimés par l'enfant, des résultats des expertises, des éléments apportés par l'enquête sociale, le juge peut aussi se fonder sur l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et à respecter les droits de l'autre. En la matière, l'article 373-2-6 dispose que « le juge aux affaires familiales règle les questions en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts de l'enfant ». Le juge aux affaires familiales doit systématiquement se déterminer en matière d'autorité parentale en référence à l'intérêt de l'enfant. L'intérêt de l'enfant sur lequel se fonde le juge en matière d'autorité parentale doit être apprécié *in concreto*. « Le juge aux affaires familiales est placé non pas dans un imperium, mais dans une casuistique »¹²⁵⁵.

636. Le juge aux affaires familiales a le pouvoir de confier la résidence de l'enfant à une autre personne que ses parents biologiques. Un arrêt ayant, sur le fondement de l'article 373-3, alinéa 2, du Code civil, confié un enfant à la garde du père prétendu, dont la reconnaissance a été ultérieurement contestée, nous apporte la preuve que le statut indéterminé de beau-parent n'est pas un obstacle pour les juges qui trouvent des solutions adaptées à l'intérêt de l'enfant¹²⁵⁶. Néanmoins l'intérêt au fond de cette solution est considérablement amoindri, dès lors qu'au visa de l'article 373-2-8 du Code civil, la Cour de cassation rappelle que « seuls les parents et le ministère public, lui-même éventuellement saisi

¹²⁵³ Infostat justice n°132, janvier 2015, L'actuJustice n°35, 27 janvier 2015.

¹²⁵⁴ Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2007, n°06-17.869, Bull. civ. I, n° 103 ; RTD civ 2007. 330, comm. J. Hauser.

¹²⁵⁵ S. HÉBRARD « Le point de vue du juge aux affaires familiales », *in* « l'autorité parentale et ses juges », Carré droit, Litec, 2004, p. 61.

¹²⁵⁶ Cass. 1^{re} civ., 25 février 2009, n° 07-14.849, D. 2009. AJ fam 2009., obs. V. Égéa, Jur. 1665, note P. Servant, et Pan. 1918, obs. A. GOUTTENOIRE et P. Bonfils ; AJ fam. 2009. 171, obs. I. Gallmeister; RTD civ. 2009. 309, obs. J. Hauser.

par un tiers, peuvent saisir le juge aux affaires familiales à l'effet de voir confier un enfant à un tiers ». Le tiers doit donc, en application de l'article 1179-1 du Code de procédure civile, saisir par simple requête le ministère public qui décidera s'il saisit ou non le juge.

β) Le droit de visite et d'hébergement

637. Lorsque la résidence alternée n'a pu être choisie, les parents ou le juge peuvent décider que les enfants auront leur résidence habituelle chez un des parents, l'autre bénéficiant alors d'un droit de visite et d'hébergement¹²⁵⁷. Ce droit est aussi attribué au parent privé de l'autorité parentale et s'inscrit dans la ligne de l'article 9-3° de la Convention internationale des droits de l'enfant « les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ». Dans l'arrêt *Fourchon c/France*, le Cour européenne des droits de l'homme a clairement énoncé que le droit à la vie familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme inclut le droit pour le parent divorcé non investi du droit de garde de rendre visite à son enfant ou d'avoir des contacts avec lui¹²⁵⁸. Le juge statuera en fonction de l'intérêt de l'enfant et ne pourra priver un parent de ce droit sauf motif grave. La jurisprudence a été jusqu'à consacrer le statut de parent social séparé du parent légal dans un couple de même sexe dans l'intérêt de l'enfant en appliquant l'article 371-4 du Code civil dans sa nouvelle rédaction issue de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013.¹²⁵⁹

638. En application des articles 371-1, 372 et 373-2-8 du Code civil et d'une jurisprudence stable, le parent qui exerce conjointement l'autorité parentale ne peut se voir refuser un droit de visite et d'hébergement sur son enfant mineur ne résidant pas habituellement avec lui que pour des motifs graves tenant à l'intérêt supérieur de ce dernier¹²⁶⁰. Cela peut être le cas par exemple, de pressions morales et psychologiques importantes visant à nier la place de la mère et à imposer le port du voile islamique¹²⁶¹. Il appartient au juge aux affaires familiales, même hors présence du ministère public, de

¹²⁵⁷ Article 373-2-9 du Code civil.

¹²⁵⁸ CEDH 28 juin 2005, *Fourchon c/ France*, req. n°60145/00.

¹²⁵⁹ « La discrète reconnaissance du parent social », *AJ fam.* 2013. 346 ; TGI Créteil, 24 décembre 2013, n° 13/00875, *AJ fam.* 2014, obs. F. Berdeaux-Gacogne.

¹²⁶⁰ Cass. 1^{re} civ., 14 mars 2006, n° 04-19.527, *JurisData* n° 2006-032653 ; *Dr. famille* 2006, comm. 157, P. Murat. – Cass. 1^{re} civ., 14 novembre 2006, n° 05-18.116, *JurisData* n° 2006-035920. – Cass. 1^{re} civ., 24 mai 2007, n° 06-17.611, *JurisData* n° 2007-038992. – Cass. 1^{re} civ., 14 avril 2010, n° 09-13.686. – Cass. 1^{re} civ., 9 février 2011, n° 09-12.119.

¹²⁶¹ Cass. 1^{re} civ., 24 octobre 2000, *Bull. civ I*, n°262.

trancher en cas de conflit entre les deux parents exerçant conjointement l'autorité parentale. Il convient notamment que le juge aux affaires familiales adapte les modalités du droit de visite et d'hébergement à la situation professionnelle d'un père matelot afin qu'il entretienne des relations régulières avec son enfant : il pourra prendre l'enfant les cinq premiers jours de ses congés en prenant soin de prévenir la mère vingt-quatre heures à l'avance¹²⁶². Ce droit peut en effet prendre la forme d'un droit de visite et/ou d'hébergement chez le parent qui exerce l'autorité parentale, un membre de la famille, chez un tiers, dans un établissement neutre, à moins que les circonstances ne le réduisent qu'à un simple droit de correspondance¹²⁶³. Les modalités varient en fonction de l'âge de l'enfant, le droit de visite et d'hébergement est le plus souvent « classique », c'est-à-dire une fin de semaine sur deux et la moitié des vacances scolaires quel que soit l'âge de l'enfant et le type de procédure (57 % des cas), alors que concernant les enfants de 15 à 17 ans, il est librement fixé dans 31 % des cas¹²⁶⁴.

b) Le changement de la résidence

639. La stabilité de l'enfant doit être le principe, le juge aux affaires familiales devant y veiller, le changement de résidence de l'enfant doit rester l'exception. L'enfant peut néanmoins voir sa résidence établie chez le parent non gardien (α) ou peut être confié à un tiers (β).

α) Le changement de résidence chez le parent non gardien

640. Le transfert de résidence de l'enfant chez l'autre parent « suppose qu'un élément nouveau soit apparu et que l'intérêt de l'enfant commande de bouleverser ses habitudes de vie ainsi acquises »¹²⁶⁵. Ainsi, il appartient aux juges du fond de considérer si l'appartenance d'un parent à une secte est de nature à justifier une modification de la résidence de l'enfant. Deux affaires rendues à propos de témoins de Jéhovah ont conduit à des solutions opposées. Les juges ne doivent pas se contenter d'avancer comme argument la dangerosité de la secte, mais peuvent par exemple, déterminer la résidence de l'enfant chez le

¹²⁶² CA Poitiers, 8 décembre. 2004, JCP 2005. IV. 3259.

¹²⁶³ CA Rennes, 8 janvier 2013, RG n° 10/06285.

¹²⁶⁴ Infostat justice n°132, janvier 2015, L'actuJustice n°35, 27 janvier 2015.

¹²⁶⁵ CA Douai, 6 juin 2008, RG n° 06/06914.

parent appartenant à une secte tout en lui imposant certaines contraintes comme ne pas mettre l'enfant en relation avec des membres de la secte¹²⁶⁶.

641. La Cour de cassation a déjà eu l'occasion à de nombreuses reprises de rappeler un principe constant : en matière de fixation de la résidence de l'enfant, l'appréciation des juges du fond est souveraine¹²⁶⁷. Cela ne signifie pour autant pas que les juges statuent sans critères légaux, l'intérêt de l'enfant étant le critère le plus important. L'aptitude de chaque parent à assumer ses devoirs et le respect qu'il manifeste à l'égard de l'autre sont également pris en compte. La Cour de cassation a dans une décision rendue le 18 décembre 2014 justifié le transfert de résidence au domicile d'un père au regard de l'inaptitude de la mère à préserver l'enfant des conséquences délétères du conflit parental¹²⁶⁸.

642. Parfois le changement de résidence peut être justifié par la volonté des enfants, un arrêt de la cour d'appel de Paris du 20 mars 2008 a transféré la résidence des enfants chez leur mère « considérant que les enfants, tout en exprimant leur égal attachement à leurs deux parents, ont clairement manifesté leur désir d'habiter avec leur mère ; que si naturellement ce ne sont pas les enfants qui décident de leur lieu de résidence, il convient d'entendre ce désir qui n'apparaît pas dicté par une quelconque emprise de leur mère, ni guidé par la préférence d'un parent, qui serait plus permissif, au parent vécu comme plus sévère, mais correspond à une évolution de leurs sentiments à un moment donné de leur vie et apparaît, en l'espèce comme conforme à leur intérêt »¹²⁶⁹.

643. Le changement de résidence peut également constituer une sanction pour le parent qui ne respecterait pas les droits de l'autre. Ainsi, la cour d'appel de Paris, le 12 décembre 2012 a transféré la résidence de l'enfant au père au motif que la mère, influencée par son nouveau compagnon, avait déscolarisé l'enfant sans en avertir le père¹²⁷⁰.

644. Le juge aux affaires familiales peut statuer en référé selon les dispositions de l'article 1073 du Code de procédure civile, mais il peut aussi rendre des décisions en la forme des référés selon les dispositions de l'article 1137 du Code de procédure civile. En cas de désaccord des parents sur le lieu de résidence des enfants, l'un d'eux peut saisir le juge aux affaires familiales dans les formes du référé, pour qu'il statue au fond ; il peut aussi le saisir en référé pour qu'il prenne des mesures provisoires justifiées par l'urgence. Notamment lorsqu'un parent décide de déménager. Ainsi, un père a assigné son ex-compagne en référé lorsqu'il a été informé du souhait de cette dernière de s'installer dans le sud de l'Espagne

¹²⁶⁶ Cass. 1^{re} civ., 22 février 2000, n° 98-12.338, Bull. civ. I, n°54.

¹²⁶⁷ Cass. 1^{re} civ., 6 février 2008, AJ fam. 2008, obs. F. Chénédet.

¹²⁶⁸ Cass. 1^{re} civ., 18 décembre 2014, n° 14-10.041, AJ fam. 2015, obs. S. Thouret.

¹²⁶⁹ CA Paris, 20 mars 2008, RG n° 07/14007.

¹²⁷⁰ CA Paris, 12 décembre 2012, RG n° 12/12926, Dr. Fam. 2013. Comm. 41, obs. C. Neirinck.

avec ses deux enfants afin de faire fixer la résidence à son domicile¹²⁷¹. La Cour de cassation avait profité de cette espèce pour rappeler que l'un des parents peut saisir, dans la forme des référés, le juge aux affaires familiales pour qu'il statue comme juge du fond, il peut également saisir le juge en référé pour qu'il prenne à titre provisoire toute mesure que justifie l'existence d'un différend en cas d'urgence.

β) L'enfant confié à un tiers

645. L'aptitude des parents à exercer la mission parentale de protection et d'éducation leur justifie l'attribution de l'autorité, alors que « l'autorité parentale désigne le contenu de la fonction des parents »¹²⁷². Un auteur en déduit que si les parents de l'enfant sont présumés les plus aptes à l'élever, il ne s'agit que d'une « présomption », car si leur défaillance est avérée « la mission parentale doit être transférée à un tiers le plus apte à l'assumer »¹²⁷³. Selon 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 ». Dans cette hypothèse, l'article 373-4 dispose « 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 ». La lecture de ces textes met en évidence le caractère exceptionnel de cette solution. Et à l'instar de la délégation de l'autorité parentale ou de la mise en place de mesures d'assistance éducative, c'est un moyen de protéger l'enfant lorsque sa situation familiale l'indique.

646. Dans une affaire examinée par la Cour de cassation le 25 février 2009¹²⁷⁴, une mère reprochait à la cour d'appel d'avoir décidé que la résidence habituelle de l'enfant serait fixée chez l'auteur d'une reconnaissance de paternité annulée quelques années auparavant, en application de l'article 373-3 du Code civil, et d'avoir refusé que celle-ci fût transférée. Selon la Cour de cassation, la possibilité, offerte par ce texte, de confier exceptionnellement l'enfant à un tiers, n'est pas limitée au cas où l'un des parents est décédé ou se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale. L'homme dont la reconnaissance est annulée est bien un

¹²⁷¹ Cass. 1^{re} civ., 28 octobre 2009, n° 08-11.245, D. 2009. 2751 ; AJ fam. 2009. 490, obs. I. Gallmeister.

¹²⁷² M.-L. DELFOSSE-CICILE, « Le lien parental », éd. Panthéon Assas, droit privé, 2003, n°3, p. 29.

¹²⁷³ *Ibid.* n° 9, p. 29.

¹²⁷⁴ Cass. 1^{re} civ., 25 février 2009, n° 07-14.849, Bull. civ. I, n°38 ; D. 2009. AJ 811, obs. V. Égéa ; LPA 18-10 aout 2009, note Massip, JCP 2009, II 10076, note. Brusorio-Aillaud ; AJ fam. 2009. 171. Obs. Gallmeister ; Dr. Fam. 2009, n°58, obs. Gareil-Sutter ; RLDC 2009/59, n°3395, obs. Pouliquen.

tiers, le juge aux affaires familiales pouvait valablement confier la résidence de l'enfant à l'auteur de la reconnaissance annulée¹²⁷⁵. Cependant, les hauts magistrats ont cassé l'arrêt attaqué, et donné satisfaction à la mère, au motif que le tiers ne pouvait pas demander lui-même que la résidence de l'enfant lui fût confiée. Pour fixer la résidence d'un enfant chez un tiers, le juge doit, selon l'article 373-3, alinéa 2, du Code civil, *in fine*, être saisi et statuer conformément, notamment, à l'article 373-2-8 du même Code. Or, d'après ce dernier texte, « Le juge peut également être saisi par l'un des parents ou le ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non, à l'effet de statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. » L'article 1179-1 du Code de procédure civile précise que « Pour l'application de l'article 373-2-8 et de l'article 373-2-13 du Code civil, les tiers saisissent par simple requête le procureur de la République qui peut recueillir les renseignements qu'il estime utiles sur la situation du mineur et de sa famille. » Pour fixer le lieu de résidence de l'enfant, la cour d'appel avait directement accueilli la demande présentée par l'auteur de la reconnaissance annulée, en sa qualité de tiers. Or, seuls les parents et le ministère public, lui-même éventuellement saisi par un tiers, peuvent demander au juge aux affaires familiales qu'un enfant soit confié à un tiers. En réalité, cette incapacité d'exercice a pour seul but la protection de l'enfant.

647. Par ailleurs, le juge aux affaires familiales possède depuis la loi du 8 janvier 1993, une compétence générale en matière alimentaire, que l'obligation soit d'origine légale ou conventionnelle. La question financière est importante et surtout peut-être préoccupante, le juge fixe une pension alimentaire due par le parent qui n'élève pas les enfants quotidiennement, il statue dans tous les cas de divorce alors que concernant les couples non mariés le juge aux affaires familiales n'en a pas l'obligation. Il sera saisi dans les cas où les parents ne parviennent pas à un accord ou pour homologuer cet accord. Toutes situations confondues, une pension alimentaire est accordée pour deux tiers des enfants et on a pu constater une légère diminution du nom de pensions alimentaires (68 % en 2012 contre 75 % en 2003) que le choix de la résidence alternée peut aisément expliquer. Son montant a concomitamment diminué de 10 % entre 2003 et 2012 pour s'établir à une somme moyenne de 170 € par enfant et par mois¹²⁷⁶.

2) La délégation de l'autorité parentale

¹²⁷⁵ En l'absence de statut du beau-parent, les juges trouvent des solutions dans l'intérêt de l'enfant.

¹²⁷⁶ Infostat justice n° 132, janvier 2015, L'actu Justice n°35, 27 janvier 2015.

648. La délégation de l'autorité parentale était déjà inscrite en 1889 dans le dispositif de protection des enfants maltraités et moralement abandonnés et permettait un transfert volontaire ou forcé de la puissance paternelle à l'Assistance publique¹²⁷⁷. La loi du 4 juin 1970 en a fait une mesure intermédiaire entre l'assistance éducative et le retrait de l'autorité parentale, mais l'idée de sanction, d'abandon et le manque de souplesse en faisait une mesure peu usitée, car le tiers était juste substitué aux parents sans réellement pouvoir collaborer avec eux dans l'exercice de leur fonction¹²⁷⁸. Cette mesure aura aussi été l'occasion de rappeler la compétence exclusive du juge aux affaires familiales en la matière, car lorsqu'une affaire relève de la compétence du juge aux affaires familiales, le Tribunal de grande instance n'est pas compétent pour en connaître¹²⁷⁹, annulant un jugement du Tribunal de grande instance décidant une délégation d'autorité parentale relevant de la compétence du juge aux affaires familiales par application des articles 377 et 377-1 anciens du Code civil. Par ailleurs, la présence du ministère public dans les instances en délégation de l'autorité parentale est obligatoire en vertu de l'article 1208 alinéa 2 du Code de procédure civile.

649. La loi du 4 mars 2002¹²⁸⁰ a créé un véritable droit à la délégation de l'autorité parentale, « temporaire et modulable, elle est suffisamment flexible pour répondre aux aléas de la vie et résister à l'épreuve du temps »¹²⁸¹. La loi précitée a ainsi créé deux cas de délégation, celle consentie par le ou les parents (a) et une délégation sanction, prise à l'encontre des parents défaillants dans la protection de leur enfant (b).

a) La délégation volontaire

650. L'article 377 du Code civil dans son alinéa 1^{er} indique que « 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 ».

651. La seule volonté du délégataire ne pouvant suffire, la loi du 4 mars 2002 prévoit deux cas de délégation, la délégation traditionnelle permettant de pallier les carences

¹²⁷⁷ D. AUTEM, « La nouvelle physionomie de la délégation d'autorité parentale », RJPF, 2003, p. 22.

¹²⁷⁸ « Rénover le droit de la famille, propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps », dir. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, La documentation française, 1999, p. 95.

¹²⁷⁹ CA Pau, 2e ch., 20 mai 1996, JurisData n° 1996-046920, *op. cit.*

¹²⁸⁰ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, J.O. du 5 mars 2002.

¹²⁸¹ D. AUTEM, « La nouvelle physionomie de la délégation d'autorité parentale », RJPF 2003.

parentales (α) et la délégation partagée destinée à permettre à un tiers d'intervenir dans la vie de l'enfant (β).

α) La délégation supplétive

652. L'article 377 alinéa 1^{er} permet aux parents ensemble ou séparément de déléguer tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale. La décision étant importante quant aux conditions de vie de l'enfant, elle doit être prise en commun. Si en revanche un seul parent exerce l'autorité parentale, l'autre parent doit être informé de la mesure et il revient précisément au juge aux affaires familiales de vérifier que ce parent a bien reçu l'information. Si le parent n'exerçant pas l'autorité parentale s'oppose à la délégation, le juge peut à sa demande lui transférer l'exercice de l'autorité parentale. Alors que si le juge estime la mesure conforme à l'intérêt de l'enfant, il peut la prononcer en dépit du refus de l'autre parent¹²⁸². On ne peut déléguer que ce que l'on exerce.

653. Concernant le tiers délégataire, l'article 377 du Code civil envisage les particuliers, qui peuvent être des parents, amis, établissements ou service départemental de l'Aide sociale à l'enfance. Les tiers doivent être dignes de confiance, il appartient au juge de s'en assurer.

654. L'article 377 soumet la délégation à l'exigence de « circonstances particulières » soulignant ainsi le caractère exceptionnel de la mesure. Ainsi a été refusée une délégation de l'autorité parentale demandée par les parents au profit de la grand-mère à qui l'enfant a été confié, alors que les parents vivent ensemble et élèvent un autre enfant commun¹²⁸³.

655. En outre, la jurisprudence tant judiciaire¹²⁸⁴ qu'administrative¹²⁸⁵ assimile la *kafala*, institution d'origine musulmane, à la délégation de l'exercice de l'autorité parentale. En effet, la *kafala* consiste en un recueil et une prise en charge d'un enfant, n'ayant rien à voir avec l'adoption puisqu'il n'y a aucune incidence sur le lien de filiation¹²⁸⁶. Le droit musulman proscrit l'adoption et le droit français comporte un principe d'interdiction de l'adoption de

¹²⁸² Le refus d'un parent à une mesure de délégation d'autorité parentale ne signifie pas qu'il soit prêt ou apte à exercer l'autorité parentale.

¹²⁸³ TI Saint-Denis, 20 mars 2007, LPA 3 juin 2009, note Pomart-Nomdédéo.

¹²⁸⁴ CA Paris, 28 juin 2006, RG n° 05/11006.

¹²⁸⁵ CE, 28 décembre 2007, req. n° 303956 et 304202.

¹²⁸⁶ A. GOUTTENOIRE, M. LAMARCHE, « La recherche d'équivalent, la délégation d'autorité parentale », dossier spécial Kafala, Dr. Fam. 2009. Etude 9. ; M. BOULENOUAR AZZEMOU, « Recueil légal (*kafala*) et droit(s) positif(s) », Dr. fam. 2009, étude n° 3.

l'enfant dont la loi nationale proscrit la filiation adoptive¹²⁸⁷. Face à ce statut prohibitif, la tentation d'invoquer l'intérêt de l'enfant était grande, mais la Cour de cassation a jugé que l'article 370-3 alinéa 2 du Code civil ne portait pas atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant¹²⁸⁸. La *kafala* ne peut être assimilée à l'adoption¹²⁸⁹ mais peut en constituer un prélude.

β) La délégation partage

656. Cette délégation présente des particularités, car elle est obligatoirement volontaire et n'implique pas de limitation des pouvoirs du parent délégant, mais un partage de ses prérogatives avec le délégataire, qui reçoit en quelque sorte un mandat. On y voit une volonté de passer outre l'absence de statut du tiers qui entretient des relations suivies avec un mineur. Cette consécration juridique de rapport de fait facilite la prise en charge quotidienne de l'enfant dans le cadre d'une famille recomposée, et n'apparaît pas vraiment apporter une réponse à des difficultés insurmontables rencontrées par les titulaires de l'autorité parentale. Ce mécanisme permet d'organiser une vie familiale « sur mesure », adaptée à une grande variété de situations¹²⁹⁰.

657. Les applications rencontrées au fil des décisions concernent essentiellement des couples pour lesquels l'adoption simple de l'enfant d'un de ses membres par l'autre est impossible. C'est un moyen pour le juge aux affaires familiales de répondre à la demande de couples de même sexe dont l'un d'eux est parent et de permettre à l'autre membre du couple de participer à l'éducation de l'enfant. L'article 377-1 vise les « besoins d'éducation de l'enfant » le tiers est, pour la satisfaction de ses besoins d'éducation de l'enfant mis partiellement ou totalement sur le même pied que le parent, mais il n'en demeure pas moins qu'il n'est pas un parent, au sens où aucune insertion dans la parenté n'a lieu.

658. L'arrêt de principe rendu le 24 février 2006 par la Cour de cassation pose ainsi les jalons d'une reconnaissance de l'homoparentalité en indiquant que « Les règles de la délégation volontaire de l'autorité parentale ne s'opposent pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit

¹²⁸⁷ Article 370-3 alinéa 2 du Code civil.

¹²⁸⁸ Cass. 1^{re} civ., 25 février 2009, n° 08-11.033, AJ fam. 2009. 170, obs. Boiché; D. 2009. 730, obs. Gouttenoire; RTD civ. 2009. 308, obs. Hauser.

¹²⁸⁹ Cass. 1^{re} civ., 1^{re}, 10 octobre 2006, D. 2007. Pan. 460, obs. Granet; AJ fam. 2007.32, obs. Boiché; V. aussi Fulchiron, Adoption sur *kafala* ne vaut, D. 2007. Chron. 816; Civ. 1^{re}, 9 juill. 2008, D. 2008. AJ. 2144, obs. Égéa; RTD civ. 2008.665, obs. Hauser; AJ fam. 2008.394, obs. Boiché.

¹²⁹⁰ A. GOUTTENOIRE, P. MURAT, « L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant », Dr. Fam. 2003, étude 1.

en union stable et continue, dès lors que les circonstances l'exigent et que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant ». Cet arrêt « pose les conditions initiales du développement d'un statut *loco parentis* qui est le maillon manquant entre le trop peu de droit de la situation de fait du tiers et le trop de droit donné par l'assimilation au parent »¹²⁹¹. La Cour de cassation opère un contrôle strict des circonstances particulières justifiant une délégation partagée, et fait de l'intérêt de l'enfant la seule considération¹²⁹². « Pour dire le droit, la Cour de cassation peut interpréter la loi »¹²⁹³. Une délégation-partagée avait même abouti à ce qu'une résidence alternée soit organisée au profit d'un couple de femmes homosexuelle¹²⁹⁴.

659. Cette forme de délégation qui pourrait répondre à de nombreuses situations familiales¹²⁹⁵ est pourtant peu utilisée. La proposition de loi « Autorité parentale et intérêt de l'enfant » suggère une reformulation des articles 377 et 377-1 du Code civil qui mettrait en place une convention homologuée par le juge aux affaires familiales¹²⁹⁶.

b) La délégation à la demande d'un tiers

660. L'alinéa 2 de l'article 377 du Code civil indique qu'« 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 ». Cette mesure répond aux difficultés rencontrées notamment par les services de l'Aide sociale à l'enfance lorsqu'ils ne peuvent recueillir le consentement des parents d'un mineur quant aux actes graves relatifs à la personne de l'enfant¹²⁹⁷

661. Cette délégation peut être demandée par le tiers dans deux hypothèses, celle du désintérêt des parents (α), et celle de l'impossibilité pour ces derniers d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale (β).

¹²⁹¹ Cass. 1^{re} civ., 24 février 2006, n° 04-17.090, JurisData n° 2006-032294 ; JCP G 2006, I 199, n° 16, obs. M. Rebourg ; Bull. civ. 2006, I, n° 101 ; GAJC, 12^e éd., 2007, n° 53-55 ; D. 2006, inf. rap. p. 670 et 897, note D. Vigneau et *Ibid.* 876, point de vue H. Fulchiron ; *Ibid.* p. 1139, obs. F. Granet-Lambrechts ; *Ibid.* p. 1414, obs. J.-J. Lemouland ; AJ fam. 2006, 159, obs. F. Chénéde.

¹²⁹² Refus de la mesure, Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2010, n° 09-12.623, RJPf 2010, obs. Th. Garé.

¹²⁹³ D. VIGNEAU, « Aujourd'hui le rôle, demain le titre ? », D. 2006, p. 897.

¹²⁹⁴ TGI Annecy, JAF, 1^{er} juillet 2010, n° 09/02356, AJ fam. 2010, p. 435.

¹²⁹⁵ J. SAINTE-ROSE, « Vers une reconnaissance de l'homoparentalité », AJ. fam. 2006, p. 395.

¹²⁹⁶ Proposition de loi n° 664, « Autorité parentale et intérêt de l'enfant » adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 27 juin 2014. ; critiqué par C. BRUNETTI-PONS, « La proposition de loi « Autorité parentale et intérêt de l'enfant », Gaz. Pal. 30 octobre 2014, p. 5.

¹²⁹⁷ A. GOUTTENOIRE et P. MURAT, « L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant », *op. cit.*

α) Le désintérêt des parents

662. L'existence d'un désintérêt manifeste relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. La jurisprudence adopte une conception subjective et volontaire du désintérêt. Notamment, la requête déposée par la mère pour obtenir le transfert de résidence de l'enfant à son domicile, ne constitue pas une manifestation d'intérêt suffisante pour rejeter la demande de a d'autorité parentale formulée par la grand-mère, étant précisé qu'un droit de visite accordé à la grand-mère n'a jamais été exercé par elle¹²⁹⁸. Les grands-parents sont bien fondés à réclamer une délégation d'autorité parentale sur leurs petits-enfants à leur profit alors qu'il est établi que le père est absent de la vie des enfants depuis plus de huit ans et qu'il n'a par ailleurs jamais versé spontanément de pension alimentaire depuis le divorce¹²⁹⁹. À l'inverse, il n'y a pas désintérêt lorsque, au moment où est déposée la requête, les parents cherchaient à reprendre l'enfant depuis plusieurs années et se heurtaient au refus des demandeurs¹³⁰⁰. Contrairement aux conditions exigées sous l'empire des dispositions précédant la loi du 4 mars 2002, aucun délai de « désintérêt » n'est exigé, alors qu'un délai d'un an minimum était exigé. Pourtant le temps paraît être l'essence même de cette mesure, un laps de temps « suffisant » de désintérêt paraîtra justifier la délégation d'autorité parentale. En tout état de cause, le désintérêt devra être volontaire et manifeste¹³⁰¹.

β) L'impossibilité pour les parents d'exercer l'autorité parentale

663. Introduite par l'Assemblée nationale pour « encadrer le prononcé de la délégation », cette impossibilité tend à établir le bien-fondé de la demande du tiers au vu de la situation des parents. Ce critère de délégation de l'autorité parentale se rapproche de la situation du parent « hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause » de l'article 373 du Code civil. Cette impossibilité est appréciée de manière subjective par la Cour de cassation qui admet cette impossibilité à l'encontre d'un père difficilement joignable et ne prenant pas suffisamment en compte les

¹²⁹⁸ CA Rennes, 20 mars 2000, RG n° 99/05079.

¹²⁹⁹ CA Rennes, 29 mai 2000, RG n° 98/03537.

¹³⁰⁰ Cass. 1^{re} civ., 8 décembre 1981, n°80-14.808, Bull. civ. I, n° 365 ; D. 1982. IR 95.

¹³⁰¹ CA Paris, 8 juin 1973, Gaz. Pal. 1973, 2, Defrénois, 1974, article. 30547, obs. H. Souleau.

besoins de sa fille au regard des démarches inhérentes à l'autorité parentale¹³⁰². Le tiers devra prouver, par tous moyens, l'impossibilité des parents d'exercer l'autorité parentale.

3) Les relations de l'enfant avec les tiers

664. L'alinéa 2 de l'article 371-4 du Code civil prévoit les modalités des relations au bénéfice d'autres personnes, parent ou non, si tel est l'intérêt de l'enfant. Le texte n'exclut, par principe, aucune personne de la possibilité d'entretenir des relations avec l'enfant. Le droit aux relations personnelles ne concerne plus seulement les ascendants (a), mais également les tiers tels que les beaux-parents (b). La loi laisse au juge, qui dispose d'un pouvoir souverain, toute latitude pour se décider en fonction de l'intérêt de l'enfant, lequel peut revêtir de multiples aspects : accueil au foyer, participation alimentaire, sentiments d'affection.

a) Les relations avec les ascendants

665. Le droit de garde et de surveillance implique pour ses détenteurs le contrôle des rapports que l'enfant établit avec sa famille et avec des étrangers à sa famille. En l'absence de dispositions légales, la jurisprudence avait construit, pour le droit de visite des grands-parents, un régime relativement complexe faisant souhaiter l'intervention du législateur¹³⁰³. Compte tenu de leur rôle dans la famille, les tribunaux n'hésitaient pas à accorder aux grands-parents un droit de visite, fut-ce contre la volonté des parents¹³⁰⁴. La loi du 4 juin 1970 pour la première fois réglait le régime des relations extérieures de l'enfant, mais c'est la loi du 4 mars 2002 qui étend à tous les ascendants la possibilité d'entretenir des relations avec leurs petits-enfants ou arrière-petits-enfants qui devront être organisées en fonction de l'intérêt de l'enfant¹³⁰⁵. L'article 371-4 du Code civil, en disposant que « l'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants » et que « seuls des motifs graves peuvent faire obstacle à ce droit », consacre ce droit.

666. À défaut d'accord entre les parents et les grands-parents ou si cet accord est remis en cause, les modalités des relations sont réglées par le juge aux affaires familiales

¹³⁰² Cass. 1^{re} civ., 5 avril 2005, n°04-05.019, Bull. civ. I, n°162 ; AJ fam. 2005. Obs. Gratadour.

¹³⁰³ G. VINEY, « Du droit de visite », RTD civ. 1965, p. 225. – H. FALCONETTI, « Le droit de visite et la direction des visites », D. 1967, p. 183. – A. SAYAG, « Les grands-parents dans le droit de la famille », RTD civ. 1969, p. 40 ; TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE Paris, 3 juin 1976, D. 1977, p. 303, note Cazals.

¹³⁰⁴ CA Paris, 8 avril 1965, JCP G 1966, II, 14566.

¹³⁰⁵ N. REXAND-POURIAS, « Les relations entre grands-parents et petits enfants depuis la loi du 4 mars 2002 », JCP G 2003, n° 1-2, p. 9.

conformément à l'article 371-4 du Code civil¹³⁰⁶. En cas d'urgence, comme nous l'avons rappelé, il est arrivé au juge des référés de retenir sa compétence¹³⁰⁷. En cas de placement de l'enfant, seul le juge des enfants est compétent pour statuer sur les modalités des relations entre l'enfant et un tiers¹³⁰⁸.

667. Le juge doit se décider compte tenu de l'intérêt de l'enfant¹³⁰⁹, mais également au regard du principe selon lequel les grands-parents ne peuvent être dépouillés de leur droit que pour des motifs graves. L'octroi ou le refus du droit de visite des grands-parents relève de l'appréciation souveraine des juges du fond¹³¹⁰. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit le droit au respect de la vie privée et familiale et enjoint les états membres à préserver le lien familial entre grands-parents et petits enfants.¹³¹¹

b) La question du beau-parent

668. L'essor des familles dites « recomposées »¹³¹² conduit bien logiquement à s'intéresser à la place réservée par notre droit au beau-parent. Et partant à la distinction entre parenté et parentalité¹³¹³. La parenté est un état inscrivant l'individu dans une généalogie, la parentalité est une fonction qui ne passe pas par la filiation¹³¹⁴. Et aucune disposition juridique ne vient consacrer les liens de parentalité pouvant unir un homme, une femme et les enfants de son compagnon, de sa compagne¹³¹⁵.

On pourrait envisager de reconnaître expressément, au bénéfice des beaux-pères et belles-mères, une présomption de délégation d'autorité parentale pour les actes courants durant la vie de couple. Ce serait officialiser les droits qu'ils peuvent exercer au quotidien en pratique, comme notamment, emmener et ramener l'enfant de l'école. L'inscrire dans la loi faciliterait à tout point de vue la vie des familles reconstituées en donnant une assise à l'autorité du

¹³⁰⁶ Cass. 2e civ., 26 février 1976, Bull. civ. 1976, II, n° 71.

¹³⁰⁷ Cass. 1re civ., 1er février 1983, JurisData n° 1983-700118 ; Bull. civ. 1983, I, n° 46. – CA Bordeaux, 15 décembre 1993, JurisData n° 1993-050637.

¹³⁰⁸ Cass. 1re civ., 9 juin 2010, n° 09-13.390, JurisData n° 2010-008750 ; Bull. civ. 2010, I, n° 130. ; AJ fam. 2010. 325, obs. E. Durand ; D. 2010. 2343, note M. Huyette ; *Ibid.* 2092, chron. N. Auroy et C. Creton ; RTD civ. 2010. 546, obs. J. Hauser.

¹³⁰⁹ Cass. 1re civ., 14 janvier 2009, n° 08-11.035, JurisData n° 2009-046523 ; D. 2009, p. 372, V. Egea ; AJ fam. 2009, p. 128, M. Brusorio-Aillaud.

¹³¹⁰ Cass. 1re civ., 13 décembre 1989, n° 87-20.205, JurisData n° 1989-704587 ; JCP G 1990, IV, 64 ; Bull. civ. 1989, I, n° 389 ; Defrénois 1990, art. 34728, p. 304, J. Massip.

¹³¹¹ CEDH, 20 janvier 2015 Manuello et Nevi c/Italie, n° 107/10, comm. E. Viganotti.

¹³¹² V. l'avant propos de J. RUBBELIN-DEVICHI, LPA, 1^{er} octobre 1997, n° 118, p. 7.

¹³¹³ H. FULCHIRON, « Du couple homosexuel à la famille monosexuée ? Réflexions sur l'homoparentalité », AJ fam. 2006, p. 392.

¹³¹⁴ C. SIFFREIN-BLANC, « La parenté en droit civil français, étude critique », PUAM, 2009, p. 79.

¹³¹⁵ M.-L. DELFOSSE-CICILE, « Le lien parental », *op. cit.*, p. 205.

nouveau conjoint¹³¹⁶. Le dispositif issu de la proposition de loi relative à l'autorité parentale déposée le 1^{er} avril 2014 préconise la création d'un mandat d'éducation quotidienne que le parent peut donner à son concubin, partenaire ou conjoint avec lequel il réside de manière stable pour chacun des enfants vivant avec le couple¹³¹⁷.

669. Pour mieux assurer le maintien des relations de l'enfant avec le beau-parent après la séparation du couple parental, la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe¹³¹⁸ a complété le second alinéa de l'article 371-4 du Code civil qui permet au juge aux affaires familiales, si tel est l'intérêt de l'enfant, de fixer les modalités de ses relations avec un tiers, parent ou non, par les mots suivants : « 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 »¹³¹⁹. Ainsi, la persistance du lien est l'élément déterminant, lorsque l'enfant n'éprouve pas le besoin d'un droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'ancienne partenaire de la mère et que celle-ci est devenue une étrangère, le droit de visite et d'hébergement est refusé au beau-parent homosexuel¹³²⁰. Par ailleurs, le législateur a précisé que le tiers qui a noué, sur le fondement de l'article 371-4, des liens avec l'enfant et a vécu avec lui ne soit pas tenu à l'écart de la procédure d'adoption initiée par le parent et son nouveau conjoint.

670. Le droit ne nie pas les relations que le beau-parent peut entretenir avec l'enfant dont il partage le quotidien, les père et mère restant naturellement et symboliquement » mieux à même d'exercer les prérogatives de l'autorité parentale¹³²¹. Néanmoins on ne peut que regretter l'absence de dispositions prenant en compte le beau-parent en dépit des moyens juridiques lui permettant d'occuper une place juridique auprès de l'enfant. « Les couples de même sexe, comme les couples de sexe différent, s'aimeront, ne s'aimeront plus, se sépareront puis avec un autre se reformeront »¹³²². L'ambition de créer un véritable statut de beau-parent a été parasitée par les débats entourant les différentes manifestations luttant contre la reconnaissance du « mariage pour tous ». Il est ainsi probable que de nouvelles propositions de loi retiennent des dispositions relatives à ce statut de beau-parent durant l'union et après la désunion.

¹³¹⁶ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Familles éclatées, familles reconstituées », Recueil Dalloz 1992 p. 133

¹³¹⁷ Rapport « Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle »,

¹³¹⁸ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, J.O. du 18 mai 2013.

¹³¹⁹ « La discrète reconnaissance du parent social », AJ fam. 2013. 346 ; TGI Créteil, 24 décembre 2013, n° 13/00875, AJ fam. 2014, obs. F. Berdeaux-Gacogne, *op. cit.*

¹³²⁰ Cass. Civ. 1^{re}, 23 octobre 2013, n° 12-20.560, AJ fam. 2013. 705, obs. G. Vial ; RTD civ. 2014, obs. J. Hauser.

¹³²¹ S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « L'autorité parentale et les tiers », Dr. fam. Avril 2010, étude 7.

¹³²² S. TETARD, « Quelle place juridique pour le beau-parent », Dr. fam. Juillet 2013, dossier 28.

B) Le juge aux affaires familiales, le juge de la tutelle des mineurs

671. Avant l'importante réforme opérée par la loi du 14 décembre 1964, seuls deux régimes de représentation des mineurs et d'administration de leurs biens existaient. L'administration légale, était réservée aux enfants légitimes ayant leurs deux parents vivant ensemble, et la tutelle. Depuis 1964, trois régimes coexistent : l'administration légale pure et simple, l'administration légale sous contrôle judiciaire et la tutelle. La loi du n° 2002-305 du 4 mars 2002 a généralisé l'exercice en commun de l'autorité parentale et en conséquence a fait de l'administration légale pure et simple le droit commun.

672. La tutelle des mineurs a été confiée au juge aux affaires familiales par la loi du 12 mai 2009 de simplification du droit et d'allègement des procédures, et le décret du 23 décembre 2009¹³²³. La mise en place de cette compétence s'est inscrite dans le contexte général de création d'un « pôle » famille au sein des juridictions civiles. Cette mesure fait ainsi suite aux préconisations du rapport de la commission GUINCHARD¹³²⁴, qui proposait que les tribunaux de grande instance, se concentrent sur trois grands blocs de compétence, dont le bloc familial avec une compétence du juge aux affaires familiales renforcée par la création d'un « pôle famille » qui connaîtrait de la tutelle des mineurs, des liquidations et du partage des indivisions conjugales.

673. Ce transfert souligne le lien étroit existant entre la tutelle d'un mineur et l'autorité parentale. Le juge organise la tutelle pour suppléer l'absence des parents, en conférant au tuteur, sous la surveillance du conseil de famille, les prérogatives de l'autorité parentale. C'est bien cette proximité entre les deux notions qui avait déterminé la commission à recommander ce transfert de compétence. Les représentants du syndicat de la magistrature avaient quant à eux, souligné que le transfert de ce contentieux aux juges aux affaires familiales permettrait « la création d'une fonction à part entière pour un contentieux jusqu'alors souvent délaissé, faute de temps, par le juge des tutelles qui privilégiait ses dossiers tutelles-majeurs, quantitativement plus importants. Cela présente aussi, et ce n'est

¹³²³ Décret n° 2009-1628, 23 décembre 2009 relatif à l'appel contre les décisions du juge des tutelles et les délibérations du conseil de famille et modifiant diverses dispositions concernant la protection juridique des mineurs et des majeurs.

¹³²⁴ S. GUINCHARD (dir.), « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », La documentation Française, 2008, coll. des rapp. officiels, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000392>, p. 179.

pas négligeable, une meilleure lisibilité pour le justiciable »¹³²⁵.

674. On assiste donc en l'espèce à la réunion entre les mains du juge aux affaires familiales de nombreux pouvoirs concernant les mineurs, la protection de l'enfance restant un objectif principal du droit contemporain de la famille. Au 1^{er} janvier 2010, les dossiers ont été « transférés de plein droit au juge aux affaires familiales » et qu'il « n'y a pas lieu de renouveler les actes, formalités et jugements régulièrement intervenus antérieurement au transfert des procédures, à l'exception des actes valant convocation devant le juge des tutelles à une date postérieure au 1^{er} janvier 2010 »¹³²⁶. La circulaire du 4 août 2009¹³²⁷ a suggéré de faire application de l'article R. 212-6, al. 4, du Code de l'organisation judiciaire, car aux termes de ce texte, « les magistrats chargés du service d'un Tribunal d'instance peuvent être appelés à siéger au Tribunal de grande instance dont ils sont membres ». Le juge des tutelles du Tribunal d'instance pouvait continuer de statuer sur les dossiers relatifs aux mineurs, sauf qu'il le faisait non plus en qualité de juge du Tribunal d'instance, mais en qualité de juge aux affaires familiales du Tribunal de grande instance¹³²⁸.

675. Le juge des tutelles des mineurs est investi d'une mission de protection de l'intérêt de l'enfant, car jusqu'à son dix-huitième anniversaire, le mineur est frappé d'une incapacité d'exercice générale¹³²⁹. Il est en principe placé sous l'autorité de ses père et mère, désignés comme ses représentants légaux, car il ne peut exercer lui-même les droits dont il a la jouissance. Ces derniers représentent le mineur dans tous les actes de la vie civile, sauf dans les cas où la loi ou l'usage l'autorisent à agir seul¹³³⁰. Lorsque les deux parents exercent en commun l'autorité parentale, ils gèrent les biens du mineur sous le régime de l'administration légale pure et simple, mais lorsque l'enfant n'a plus qu'un seul parent vivant et que celui-ci n'est pas hors d'état de manifester sa volonté, ce parent assure la gestion des biens sous contrôle judiciaire. Lorsque l'enfant n'a pas ou plus de parents susceptibles de veiller sur ses intérêts, une tutelle sera mise en place¹³³¹. « L'ouverture de la tutelle est en l'espèce assez rare, car elle témoigne d'une certaine forme de défaillance parentale »¹³³². Le

¹³²⁵ Rapport d'information n° 404 de Mme Catherine TASCA et M. Michel MERCIER, fait au nom de la commission des lois, déposé le 26 février 2014, « Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges ».

¹³²⁶ Décr. n° 2009-1628, 23 décembre 2009, *op. cit.* art. 22, 2°.

¹³²⁷ Transfert de la compétence en matière de tutelles des mineurs au juge aux affaires familiales, NOR , JUSB0923907C.

¹³²⁸ M. DOUCHY-OUDOT, « Contentieux familial, janvier 2009-décembre 2009 », Recueil Dalloz 2010, p. 989.

¹³²⁹ Article 388 du Code civil.

¹³³⁰ Article 389-3, al. 1^{er} du Code civil.

¹³³¹ I. CORPART, « Tutelle des mineurs, un régime exceptionnel et complexe », *AJ fam.* 2010 p. 414. ; S. DELRIEU, V. ZALEWSKI, « Droit des mineurs et des majeurs protégés », Ellipses, 2010 ; A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, « Droit des mineurs », Dalloz, 2009 ; J. MASSIP, « Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs, Defrénois », 2009.

¹³³² I. CORPART, « Tutelle des mineurs, un régime exceptionnel et complexe », *op. cit.*

législateur a ainsi prévu différents cas d'ouverture de plein droit, mais le juge peut également intervenir s'il estime nécessaire d'organiser une mesure de protection. Le juge aux affaires familiales assure un rôle de protection de l'enfant qui est en raison de son manque d'expérience et de discernement une personne vulnérable (1). Le juge aux affaires familiales ouvre et met fin à la tutelle¹³³³, il nomme les membres du conseil de famille, convoque le conseil et le préside. Il sanctionne les absences inexcusées aux réunions du conseil de famille, il peut suppléer celui-ci lorsque le quorum exigé n'est pas réuni ou lorsqu'il autorise un tuteur à passer un acte.

676. Le législateur a donné pour mission au tuteur et aux autres organes de la tutelle d'assurer la protection de la personne du mineur et de ses biens (2)¹³³⁴.

1) Le régime de la tutelle des mineurs, les cas d'ouverture

677. La tutelle des mineurs est un régime complexe dans la mesure où elle englobe la personne et les biens des intéressés. S'il est vrai que, faute de biens ou de revenus, pour la plupart des enfants les questions patrimoniales passent au second plan, les enfants placés sous tutelle sont souvent orphelins et à la tête d'un patrimoine à gérer en raison du décès de leurs père et mère. Le tuteur est chargé de prendre soin de la personne du mineur, de le représenter dans tous les actes de la vie civile, sauf pour les actes usuels qui lui donnent une certaine autonomie et, dûment autorisés par le conseil de famille, il peut le représenter en justice¹³³⁵.

678. Le législateur a prévu des cas d'ouverture de plein droit, mais le juge peut également intervenir s'il estime nécessaire d'organiser une mesure de protection. Dès lors qu'un enfant est laissé sans père ni mère, qu'ils soient tous deux décédés ou privés de l'exercice de l'autorité parentale, la tutelle s'ouvre automatiquement, indépendamment de la nature du lien de filiation ou de son mode d'établissement. Il convient encore d'ouvrir une tutelle s'il ne reste plus ni père ni mère en état d'exercer l'autorité parentale. Enfin, la tutelle des mineurs s'ouvre à l'égard d'un enfant dont la filiation n'est pas légalement établie. Lorsque l'enfant est habituellement représenté par l'un ou l'autre de ses parents, le juge des tutelles peut le placer exceptionnellement sous tutelle. Il en va ainsi à tout moment, dans le cas de l'administration légale sous contrôle judiciaire si le juge estime que le régime en place ne protège pas suffisamment les intérêts de l'enfant.

¹³³³ Cass. 1^{re}, civ., 19 janvier 1999, Dr. fam. 1999, comm. 108, note. T. Fossier.

¹³³⁴ A. KARN, « La sécurité patrimoniale du mineur et du majeur en tutelle », Dr. fam. 2007, étude 5.

¹³³⁵ Article 408 du Code civil.

679. Le juge des tutelles peut décider d'ouvrir une tutelle soit d'office, soit à la requête de parents ou alliés ou du ministère public. Il doit entendre ou appeler l'administrateur légal, sauf urgence, afin qu'il puisse expliquer la situation. Les mêmes pouvoirs lui sont accordés dans le cas de l'administration légale pure et simple, mais seulement pour cause grave¹³³⁶. Il apprécie souverainement les circonstances liées à la mise en danger de la personne ou des biens de l'enfant.

680. La tutelle étant une charge de famille, il appartient aux proches de l'enfant d'assurer sa protection selon l'article 394 du Code civil. Pour cette raison, les organes de la tutelle appartiennent souvent au cercle familial. Le conseil de famille, organe collégial de décision représente la partie essentielle de la tutelle. Son rôle est réaffirmé par la loi du 5 mars 2007¹³³⁷. Il procède à la désignation des organes individuels de la tutelle. Il définit l'orientation générale de la vie personnelle de l'enfant tout en participant à la gestion de son patrimoine. Le conseil de famille comprend au moins quatre membres désignés par le juge qui n'est d'ailleurs pas un de ces membres contrairement au tuteur et au subrogé tuteur. Pour composer le conseil, des parents et alliés des père et mère sont choisis par le juge, si possible tant dans la lignée paternelle que maternelle, mais aussi toute personne manifestant un intérêt pour l'enfant, ami, voisin ou autre. Ces personnes étant désignées en principe pour la durée de la tutelle, le juge tient compte de leurs liens affectifs avec l'enfant, des relations habituellement tissées et de leur disponibilité. Pour fonctionner, le conseil de famille est présidé par le juge qui a voix prépondérante en cas de partage, les délibérations sont d'ailleurs prises à la majorité simple des votes exprimés. Il est appelé à se réunir dans plusieurs cas¹³³⁸ : à la demande du juge des tutelles, d'au moins deux membres du conseil de famille, du tuteur ou du subrogé tuteur. Les décisions prises doivent être motivées et sont exécutoires par elles-mêmes. Elles peuvent faire l'objet d'une action en nullité intentée devant le Tribunal de grande instance lorsqu'elles ont été surprises par dol ou fraude ou que des formalités substantielles ont été omises.

681. La réforme de 2007 a supprimé la tutelle légale des ascendants, il existe désormais deux manières de désigner le tuteur, sachant que la première, tutelle testamentaire, l'emporte sur la seconde, tutelle dative. S'il a conservé l'exercice de l'autorité parentale, le dernier mourant des père et mère peut désigner un tuteur, parent ou non du mineur, il doit

¹³³⁶ Tant que les parents sont en état d'exercer l'autorité parentale, la tutelle vise uniquement la gestion des biens du mineur : Cass. 1^{re} civ., 1^{re}, 8 novembre 1982, n° 80-12.309, D. 1983. IR. 159.

¹³³⁷ Décr. n° 2008-1276 du 5 décembre 2008, JO du 7 décembre 2008.

¹³³⁸ Article 1234 du Code de procédure civile.

rédiger un testament ou faire une déclaration devant notaire. À défaut de tutelle testamentaire, le tuteur est désigné par le conseil de famille.

682. Dans la tutelle dative, il nomme la personne estimée être la plus apte à remplir la fonction de tuteur. Il peut bien entendu s'agir d'un ascendant. Le cas échéant, le conseil de famille peut désigner plusieurs tuteurs, par exemple un tuteur à la personne et un tuteur aux biens, voire plusieurs tuteurs en matière de gestion, à condition que leurs missions soient indépendantes les unes des autres. Le tuteur est désigné pour toute la durée de la tutelle. Un subrogé tuteur est nommé par le conseil de famille, autant que faire se peut dans l'autre branche que celle du tuteur afin de surveiller l'exercice de la mission tutélaire. Son rôle s'est effectivement trouvé étoffé à l'occasion de la réforme, car il doit désormais s'attacher aussi à la protection de la personne. En outre, il doit informer le juge des tutelles de toutes fautes qu'il constaterait. Pour cela, il est informé et consulté avant tout acte important accompli par le tuteur. Il est aussi chargé de représenter le mineur lorsque ses intérêts sont en opposition avec ceux du tuteur. La mission confiée au juge consiste à surveiller le tuteur et les membres du conseil de famille qu'il a désignés, il préside ainsi leurs réunions, convoque les membres, leur demande toutes précisions utiles, leur adresse des injonctions et a voix prépondérante en cas d'égalité des votes, il peut même parfois suppléer le conseil de famille.

683. L'ouverture de la tutelle peut intervenir tout en maintenant l'autorité parentale. En pareil cas, les organes tutélaire n'interfèrent pas directement dans les décisions concernant la personne de l'enfant qui relèvent des père et mère. Pour autant, le conseil de famille conserve la mainmise sur les sommes allouées pour l'entretien et l'éducation de l'enfant, ce qui risque d'entraver le rôle éducatif des parents.

684. Lorsque la tutelle se substitue à l'autorité parentale, le conseil de famille et le juge des tutelles sont chargés de veiller à la protection du mineur. Les grandes orientations de sa vie sont fixées par le conseil de famille, le tuteur ayant en charge la gestion de la vie quotidienne. Une somme lui est allouée par le conseil de famille pour entretenir le mineur qui est domicilié chez lui. Il doit en prendre soin et l'éduquer en respectant les intentions manifestées formellement ou implicitement par les père et mère.

2) Le régime de la tutelle des mineurs

685. Pour une cohésion d'ensemble, le législateur a aligné le régime des mineurs sur celui des majeurs, il rassemble, dans un même titre la gestion du patrimoine des mineurs et des majeurs en tutelle.

686. L'intervention du juge aux affaires familiales se limite en principe à la protection du patrimoine du mineur puisque ce sont ses parents qui veillent normalement à la protection de sa personne. Le juge aux affaires familiales exerce ainsi une surveillance générale sur les administrations légales de son ressort, concurremment avec le ministère public. Ce dernier, en qualité de partie jointe, doit avoir communication des affaires relatives à l'organisation de la tutelle des mineurs. Le juge des tutelles doit donc aviser le procureur de la République dès l'ouverture d'une procédure de tutelles des mineurs. La loi du 5 mars 2007 va plus loin et donne au parquet, conjointement avec le juge des tutelles, une mission générale de surveillance des administrations légales et des tutelles de son ressort.

Le juge aux affaires familiales assure une mission de contrôle de l'utilisation des fonds reçus au profit d'un mineur.

687. Les administrateurs légaux peuvent librement faire des actes de conservation et d'administration, inscrire une hypothèque, interrompre une prescription, aliéner des meubles d'usage courant, acquitter des factures, souscrire une assurance ou percevoir des sommes dues au mineur. Sont visés les actes d'administration nécessaires à la gestion du patrimoine ou encore ce que le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 vise comme les « actes d'exploitation ou de mise en valeur du patrimoine de la personne protégée dénués de risque anormal ». Le décret liste des actes toujours regardés comme des actes d'administration tels que le prêt à usage, les travaux d'amélioration, et d'autres entrant dans cette catégorie à moins que les circonstances ne permettent pas au tuteur de les considérer comme tels.

Quant aux actes de disposition qui engagent l'avenir et risquent de compromettre le capital du mineur, ils sont soumis à l'autorisation du conseil de famille. Il en va de même pour les actes de disposition nécessaires pour les besoins de la création et de la gestion d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou d'une société unipersonnelle qui peuvent être effectués par le tuteur après autorisation du conseil de famille. Ils engagent le patrimoine « de manière durable et substantielle ».

Ainsi, l'article 389-5 alinéa 2 du Code civil prévoit que lorsque les deux parents d'un mineur sont en désaccord quant à l'accomplissement d'un acte de disposition, l'acte doit être autorisé par le juge qui statuera par voie d'ordonnance. Il doit surtout vérifier que l'acte présente un intérêt pour l'enfant. Notamment une vente de biens meubles légués à l'enfant par ses grands-parents n'a pas été autorisée dans le souci de protéger l'enfant et de respecter la volonté des testateurs¹³³⁹. En revanche, l'article 389-5 alinéa 3 du Code civil énonce certains actes de disposition particuliers nécessitant l'autorisation du juge aux affaires familiales. Ainsi pour

¹³³⁹ Cass. 1^{re} civ., 24 février 1976, Bull. civ. I, n° 79.

conclure une vente de gré à gré ou effectuer un apport en société d'un immeuble ou d'un fonds de commerce appartenant au mineur, l'autorisation du juge est obligatoire¹³⁴⁰.

688. Concernant les actes extrapatrimoniaux, tel que le respect de la vie privée, la Cour d'appel de Paris, le 25 avril 2000 a indiqué que l'action qui tend à la protection des droits de la personnalité a un caractère extrapatrimonial et que dans l'hypothèse d'une administration légale pure et simple, cette action doit être exercée conjointement par les deux parents ou, en l'absence du consentement de l'un d'eux, être autorisée par le juge des tutelles¹³⁴¹.

689. Enfin, à titre exceptionnel, le juge peut décider pour « cause grave » de transformer l'administration légale pure et simple en tutelle. Ainsi en est-il lors de l'incarcération simultanée de deux administrateurs légaux ou encore si ces derniers sont tous eux placés sous un régime de protection.

690. Dans l'intérêt du mineur, la gestion tutélaire est strictement contrôlée, le tuteur réalise un inventaire dans les trois mois suivant sa nomination et établit un compte de gestion. Il en est dispensé toutefois si les ressources du mineur se révèlent insuffisantes. Le compte est transmis pour vérification au greffier du Tribunal de grande instance.

À la fin de la tutelle, le tuteur doit encore rendre des comptes. Pour éviter des gestions inconsidérées, tous les membres du conseil de famille, tuteur et subrogé tuteur compris, sont responsables des fautes nées dans l'exercice de leurs fonctions. 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'État.

691. Concernant l'extinction de la tutelle des mineurs, il peut y être mis fin pour diverses raisons. Une première série de circonstances tient à l'intéressé lui-même. En effet, par principe, le mineur n'a plus besoin d'être protégé quand il accède à l'âge de la majorité. Néanmoins, si ses facultés personnelles sont altérées et si son état nécessite une prise en charge, il sera possible d'opter pour une curatelle ou une tutelle sous avis médical cette fois. Son émancipation est assimilée à sa majorité, car il accède seul aux actes de la vie civile. Enfin, le décès de l'enfant emportant sa personnalité juridique rend inutile toute mesure de protection et il est mis fin à la tutelle. Le juge peut également décider cette extinction.

¹³⁴⁰ Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2000, Bull. civ. I, n° 187; Defrénois 2001, art. 37348, n° 5, p. 528, obs. crit. J. Honorat ; JCP N 2000, n° 46, p. 1643.

¹³⁴¹ CA Paris, 25 avril 2000, RG n°1998/16339, D. 2000, IR 187 ; RTD civ 2000. 802, obs. Hauser.

692. Le juge aux affaires familiales en tant que juge de l'autorité parentale donc doit aussi être le juge du patrimoine. L'atténuation constatée entre les personnes et les biens concernant le couple est poussée à son paroxysme concernant l'enfant. La vision de l'ensemble est ainsi tout à fait cohérent.

C) Le juge aux affaires familiales et l'état civil de l'enfant

693. Le juge aux affaires familiales est enfin, au moins pour partie, le juge de l'identité civile. L'évolution législative en la matière est empreinte de la volonté de consacrer une égalité parfaite entre les parents, de ne plus laisser la famille sous la coupe paternelle, ces derniers ont aussi bien le choix du prénom (1) que du nom (2).

1) Le prénom de l'enfant

694. Rompant avec une longue tradition¹³⁴², la loi du 8 janvier 1993 a posé le principe du libre choix du prénom par les parents. C'est une décision commune¹³⁴³ marquant ainsi le premier acte d'autorité parentale. En effet, l'article 57 du Code civil dans son alinéa 2 prévoit qu'il est choisi par les père et mère de l'enfant, la liberté des parents est quasi absolue. Quasi absolue, car l'alinéa 3 poursuit en permettant à l'officier de l'état civil qui considère le prénom contraire à l'intérêt de l'enfant, d'en aviser sans délai le procureur qui peut saisir le juge aux affaires familiales. L'opposition de l'officier d'état civil n'est pas contraire à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme¹³⁴⁴.

695. Deux courants jurisprudentiels s'attachent pour l'un à protéger l'intérêt de l'enfant et l'autre pose la question de l'utilisation du français dans l'écriture de tel ou tel prénom¹³⁴⁵. Pour sauvegarder l'intérêt de l'enfant ou celui des tiers, un contrôle a posteriori est ainsi organisé et dont la loi a confié la connaissance au juge aux affaires familiales.

696. Ont été notamment admis Zébulon¹³⁴⁶, Tokalie¹³⁴⁷, Fidji¹³⁴⁸, ou Soleil¹³⁴⁹. Un juge aux affaires familiales a dû décider du bien-fondé du prénom « Titeuf », choix

¹³⁴² Loi du 11 germinal an XI relative aux prénoms et changement de noms.

¹³⁴³ La coutume des gitans selon laquelle le parrain choisit le prénom n'a été admise qu'à l'appui d'un changement de prénom, CA Montpellier, 5 mai 2003, RG, n° 02/05335, JurisData n° 222723.

¹³⁴⁴ CEDH 24 octobre 1996, n°22500/93, RTD civ. 1997, 396, obs. J. Hauser, à propos du prénom « Fleur de Marie ».

¹³⁴⁵ F. LAROCHE-GISSEROT, « Choix du prénom », AJ fam. 2012, p. 306.

¹³⁴⁶ CA Besançon, 18 novembre 1999, D. 2001. 1133, note C. Philippe et F. Pouech; RTD civ. 2001. 559, obs. J. Hauser

¹³⁴⁷ CA Caen, 30 avril 1998, RTD civ. 1999. 813, obs. Hauser

¹³⁴⁸ CA Dijon, 3 nov 1992, RG n° 1618/92, JurisData n° 049775.

n'apparaissant pas conforme à l'intérêt de l'enfant qui ne manquerait pas d'être confronté à des railleries par comparaison avec ce personnage de bandes dessinées¹³⁵⁰. Ont été préférés, les prénoms Grégory et Léo choisis en deuxième et troisième prénoms par les parents. Ou encore, le prénom « Zébulon » n'était pas contraire à l'intérêt de l'enfant en ce qu'il n'était ni d'apparence ridicule, péjorative ou grossière, ni complexe, et ne faisait pas référence à un personnage déconsidéré de l'histoire ou de la littérature¹³⁵¹. Le juge aux affaires familiales compétent pour connaître des demandes en changement de prénom est celui dans le ressort duquel l'acte de naissance de l'intéressé a été dressé ou du lieu où demeure celui-ci¹³⁵². La jurisprudence, très dispersée, le restera sans doute après « l'arrêt Titeuf » qui confirme que l'appréciation de la contrariété à l'intérêt de l'enfant relève du pouvoir souverain des premiers juges

697. Par ailleurs, l'attitude du juge français face à l'orthographe des prénoms est variable, parfois très libérale¹³⁵³ parfois nettement moins. La difficulté intéresse surtout les langues régionales. Deux décisions contradictoires ont ainsi été rendues, l'une acceptant « Castpucine » prononcé Capucine au motif que les parents ont une tendresse particulière pour la commune de St Cast en Bretagne¹³⁵⁴. L'autre réécrivant d'autorité sur l'acte de naissance le prénom *Marti* souhaité écrit (et prononcé) à la catalane avec un accent aigu sur l'i, obligeant les parents à agir en rectification de l'acte malgré le principe précité de liberté du prénom. Les juges de l'affaire *Marti* ont retenu que les registres de l'état civil doivent être tenus exclusivement en français, langue constitutionnellement officielle du pays, laquelle ignore l'accent aigu sur les i¹³⁵⁵.

698. Le juge aux affaires familiales est également compétent en matière de changement¹³⁵⁶, adjonction et suppression de prénom. Puisque l'alinéa 4 dispose que si le juge estime que le prénom n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant, il en ordonne la suppression sur les registres de l'état civil. Il est possible aussi depuis la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, de modifier l'ordre des prénoms. Dans tous les cas, les conditions à remplir et

¹³⁴⁹ CA Montpellier, 4 octobre 2006, RG n° 04/01604, JurisData n° 322114.

¹³⁵⁰ Versailles, 7 octobre 2010, AJ fam. 2011. 53, obs. Chénéde, pourvoi rejeté par Cass civ. 1re, 15 février 2012, Bull civ. I. n°32, D. 2012, 552, AJ fam. 2012. 231., obs. Lambert, RTD civ. 2012. 287, obs. Hauser, Gaz. Pal. 2012. 819, note Pierroux.

¹³⁵¹ Besançon, 18 novembre 1999, D. 2001, 1133, note Philippe.

¹³⁵² Article 1055 du Code de procédure civile.

¹³⁵³ CA Toulouse 9 mai 1989, RG n° 670/89, Rectifier Mathieu en Mattieu au motif que c'était la véritable écriture du nom de l'évangéliste.

¹³⁵⁴ Reims, 26 septembre 2002, RG n° 01/02067, JurisData n° 202436.

¹³⁵⁵ CA Montpellier, 26 novembre 2001, RG n° 01/02858, Dr. fam. octobre 2002, p. 27, obs. Murat. - Cette position doit être rapprochée de l'épisode dit du double tiret du nom de famille, V. Rép. civ. Nom-Prénom, *op. cit.*, n° 39 ; Defrénois 2008. 2065, note Massip ; RTD civ. 2009. 90, obs. Hauser.

¹³⁵⁶ Article 60 du Code civil.

les démarches à suivre sont les mêmes. Exception au principe de l'immutabilité du prénom, le changement doit être demandé par le mineur, ce sont donc ses parents qui introduisent la demande et qui, en conséquence, doivent être tous les deux favorables à la modification projetée. ce dernier doit toutefois exprimer son propre souhait de changement dès ses 13 ans. C'est au juge aux affaires familiales que revient d'apprécier la nature et la vigueur de l'intérêt requis pour assurer la légitimité d'un changement de prénom qui ne doit pas être fait par désinvolture ou simple fantaisie¹³⁵⁷. Les juges apprécient au cas par cas les arguments proposés, l'intérêt légitime étant apprécié *in concreto* selon les circonstances de chaque espèce et non en fonction d'un motif d'intérêt général¹³⁵⁸.

2) Le nom de l'enfant

699. Il appartient en règle générale aux deux parents, par déclaration conjointe à l'état civil, de choisir le nom de famille dévolu à leur enfant, ils pourront choisir soit le nom du père, soit celui de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux¹³⁵⁹. Cela concerne bien sûr l'hypothèse selon laquelle les parents sont d'accord. En l'absence de déclaration conjointe, l'enfant prend le nom de celui des parents l'ayant reconnu le premier ou le nom de son père si les deux parents l'ont reconnu simultanément. On retrouve une réminiscence de la puissance paternelle, priorité est donnée au lien paternel de filiation. Le législateur du 17 mai 2013 a précisé qu'en cas de désaccord entre les parents, l'enfant prenait leurs deux noms, dans la limite du premier nom pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique.

700. Les choses se compliquent quant au changement de nom, car même 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 de nom des enfants mineurs sans avoir recueilli l'accord de ce dernier. En application de l'article 311-23 du Code civil, la déclaration de changement de nom de l'enfant mineur doit être conjointe et, en cas de désaccord, les parents devront s'en remettre au juge aux affaires familiales¹³⁶⁰.

701. Néanmoins, cette compétence du juge aux affaires familiales se trouvera limitée par celle du Tribunal de grande instance, saisi d'une action aux fins d'établissement

¹³⁵⁷ Rejet de la demande d'Édith Catherine de se prénommer Ed Cath, Civ. 1^{re}, 20 février 1996, n° 94-12.313, RTD civ. 1996. 356, obs. J. Hauser ; Defrénois 1996, art. 36381, n° 86, obs. J. Massip ; ou encore de changer l'orthographe d'un prénom (Marie en Mary) pour l'écrire et le prononcer à la mode anglo-saxonne, Amiens, 7 février 2011, RG n° 00/02678.

¹³⁵⁸ M. BRUSORIO, « L'intérêt légitime au changement de prénom », Gaz. Pal. 2005. P. 4045.

¹³⁵⁹ Article 311-21 du Code civil.

¹³⁶⁰ CE, 27 juillet 2005, req. n° 265340, JurisData n° 2005-068703, Lebon.

judiciaire du second lien de filiation, ce dernier sera compétent, sur le fondement de l'article 331 du Code civil, pour statuer, en cas de désaccord entre les parents, sur le nom qui sera attribué à l'enfant. Le Tribunal de grande instance, en considération de l'ensemble des intérêts en présence, et bien sûr spécialement de l'intérêt supérieur de l'enfant, peut ordonner soit la substitution d'un nom à l'autre, soit l'adjonction du second nom de famille au premier nom porté par l'enfant¹³⁶¹.

II : Le juge des enfants, juge de l'assistance éducative

702. Créé par l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945¹³⁶², 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 ce magistrat a reçu compétence en matière d'assistance éducative, il est ainsi le juge civil des mineurs en danger, « il est un juge pénal auquel on a confié une mission civile »¹³⁶³. L'article L252-1 du Code de l'organisation judiciaire énonce qu'« Il y a au moins un juge des enfants au siège de chaque tribunal pour enfants ». L'article 375-1 du Code civil modifié par la loi du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance¹³⁶⁴ dispose 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 ». En matière civile, sa compétence est limitée aux mesures d'assistance éducative puisque seul le juge aux affaires familiales est compétent pour statuer sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale et la résidence de l'enfant¹³⁶⁵. L'article 1181 du Code de procédure civile modifié par le décret du 15 mars 2002 relative à l'assistance éducative¹³⁶⁶ énonce que « Les mesures d'assistance éducative sont prises par le juge des enfants du lieu où demeure, selon le cas, le père, la mère, le tuteur du mineur ou la personne, ou le service à qui l'enfant a été confié ; à défaut, par le juge du lieu où demeure le mineur. Si la personne mentionnée à l'alinéa précédent change de lieu de résidence, le juge se dessaisit au profit du juge du lieu de la nouvelle résidence, sauf ordonnance motivée. Ainsi

¹³⁶¹ Cass. Avis 13 septembre 2010, n° 1000004P, note T. GARÉ, La Semaine Juridique Edition Générale n° 1, 10 Janvier 2011, p. 13.

¹³⁶² Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, J.O. 4 février.

¹³⁶³ O. LACAMP-LAPALÉ, « Le juge spécialisé en droit judiciaire privé », thèse, p. 162.

¹³⁶⁴ Loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance, J.O. 3 janvier.

¹³⁶⁵ Cass. 1^{re} civ., 1^{ère}, 14 novembre 2007, JurisData n°2008-351064, Defrénois 2008. 577, obs. Massip ; Dr. fam. 2008, com. n° 7, note Murat ; RJPJ 2008, p. 37, obs. Eudier.

¹³⁶⁶ Circulaire relative au décret n° 2002-361 du 15 mars 2002 modifiant le Code de procédure civile et relatif à l'assistance éducative PJJ 2002-01 K2/26-04-2002.

qu'il est dit à l'article L. 228-4 du Code de l'action sociale et des familles, en cas de changement de département, le président du conseil général de l'ancienne résidence et celui de la nouvelle résidence sont informés du dessaisissement ». À l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité sur la nomination des assesseurs du tribunal pour enfants¹³⁶⁷, le Conseil a soulevé d'office la question de l'impartialité du juge des enfants, en raison de sa double compétence, civile et pénale, et concernant la première, le Conseil estime que « le principe de l'impartialité des juridictions ne s'oppose pas à ce que le juge des enfants qui a instruit la procédure puisse, à l'issue de cette instruction, prononcer des mesures d'assistance, de surveillance ou d'éducation ». C'est en effet le fait de punir qui implique l'impartialité, mais c'est alors oublier que l'assistance éducative peut aboutir au placement de l'enfant, mesure particulièrement grave. Mais on estime en la matière que le cumul répond à la nature particulière de la procédure et qu'il est dans l'intérêt du mineur concerné.

703. La mesure d'assistance éducative constitue une atteinte aux droits parentaux (A), dont l'ouverture dépendra de l'appréciation de la notion de danger (B).

A) Une atteinte exigée dans l'intérêt de l'enfant

704. Hormis la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007¹³⁶⁸, « résolument ambitieuse », les modifications législatives ou réglementaires intéressant directement l'assistance éducative ont été peu nombreuses et sans grande ampleur. L'assistance éducative est une institution. Le terme institution présente une double signification¹³⁶⁹. La première désigne « un ensemble de règles concernant un même objet », « par opposition à une règle de droit particulière »¹³⁷⁰. La seconde définit l'institution comme la réalité que constitue un organisme existant affecté à une tâche précise¹³⁷¹. En effet, la tâche assignée au juge des enfants au travers l'assistance éducative est la protection de l'enfant en danger.

705. L'institution de l'assistance éducative est a priori réservée aux seuls mineurs (1) obéis à une procédure spécifique (3) dont l'introduction nécessite l'information du juge des enfants (2) et laisse à la disposition du juge des enfants des outils singuliers (4).

¹³⁶⁷ Cons. Const., 8 juillet 2011, n° 2011-147 QPC AJ fam. 2011, obs. V. A.-R. ; AJ pénal 2011. 596, obs. J.-B. PERRIER ; RSC 2011. 728, chron. C. Lazerges ; RTD Civ. 2011, p.756, obs. J. Hauser ; L. GEBLER, « L'impartialité du juge des enfants remise en question, AJ fam. 2011 ; M. Bruggeman, Dr. Fam. 2011, alerte 75.

¹³⁶⁸ Loi n° 2007-293, 5 mars 2007, J.O. 6 Mars 2007.

¹³⁶⁹ C. DELAPORTE-CARRÉ, « L'articulation des institutions de protection de la personne de l'enfant contre ses parents », *op. cit.*, p. 12.

¹³⁷⁰ G. CORNU, « Vocabulaire juridique », G. CORNU (dir.), Association H. CAPITANT, PUF, 10^e édition, 2014, p. 489, V° *Institution*.

¹³⁷¹ *Ibid.*

1) Les mineurs concernés par la mesure d'assistance éducative

706. L'assistance éducative est un domaine procédural original fondé sur l'existence d'une situation de fait évolutive¹³⁷² caractérisée par le danger. Le but principal est d'éviter que les mineurs concernés par la mesure ne sombrent, à terme, dans la délinquance¹³⁷³. « Le mineur n'a pas commis d'infraction : il est simplement en danger, de sorte qu'il peut basculer plus facilement dans la délinquance »¹³⁷⁴. En matière d'assistance éducative, la protection de l'enfant justifie une exception au principe général d'incapacité d'exercice du mineur, cette mesure est la seule permettant à un mineur d'être partie à la procédure le concernant, de saisir lui-même le juge. En effet, l'assistance éducative concerne un mineur, en danger.

707. A priori, la condition de l'âge serait la seule exigée en amont de la mesure (b). Or, le mineur doit résider sur le territoire français (c), puisque les lois relatives à la mesure sont d'application territoriale¹³⁷⁵, ne pas être émancipé et être né, l'enfant simplement conçu ne bénéficiant pas de la personnalité juridique¹³⁷⁶ (a).

a) L'enfant simplement conçu

708. Une partie de la doctrine a affirmé que l'enfant simplement conçu devrait pouvoir bénéficier de l'assistance éducative au même titre que l'enfant déjà né¹³⁷⁷. Il est vrai que la maxime *infans conceptus*¹³⁷⁸ pourrait être utilement invoquée et que la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, rappelant les principes posés par la Déclaration universelle des droits de l'enfant du 20 novembre 1959, affirme que « l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et des soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance ». Il est également vrai que plusieurs propositions de loi tendant à étendre le

¹³⁷² H. FALCONETTI, « Une construction jurisprudentielle : le juge de l'assistance éducative », D. 1963. Chron. 45. — J.-P. CHALLINE, « Des effets de l'assistance éducative, présentation d'un modèle d'évaluation des conséquences de la règle de droit », JCP 1994. I. 3784

¹³⁷³ J.-Y. LASSALLE, « L'assistance éducative », in Mélanges Jean-Louis Mouralis, « Droit civil, civilité des droits », PU Aix-Marseille, 2011, p. 56.

¹³⁷⁴ J. RENUCCI, « La justice pénale des mineurs », Justices 1998, p. 113.

¹³⁷⁵ Cass. 1^{re} civ., 6 avril 1994, Bull. civ. instruction, n° 139, Defrénois 1994. 1099, obs. Massip ; CA Lyon, 18 juin 2001, Journ. Dr. Jeunes 2001, n° 208, p. 59, obs. Huyette.

¹³⁷⁶ La jurisprudence française considère que l'enfant à naître ne peut bénéficier de la législation relative à l'homicide involontaire : Cass. crim. 4 mai 2004, Bull. crim. n° 108 ; D. 2004. 2097, note Pradel.

¹³⁷⁷ G. Mémeteau, Le refus de soins à enfant conçu : RD sanit. soc. 1979, p. 324. ; P. Raynaud, note sous Juge enfants d'Évry, 8 novembre 1982, D. 1983, p. 220 ; plus réservé cependant – G. Raymond, Droit de l'enfance et de l'adolescence, Litec 1995, n° 543.

¹³⁷⁸ *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* : l'enfant simplement conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt.

bénéfice de l'assistance éducative aux enfants simplement conçus ont été faites, mais elles n'ont jamais été soumises au Parlement. La protection par voie d'assistance éducative ne commence donc qu'à partir de la naissance de l'enfant, car la maxime *infans conceptus* ne peut recevoir application que si finalement l'enfant est né vivant et viable. En considération de ce principe, un juge des enfants a décidé d'étendre à un enfant à naître des mesures d'assistance éducative prises en faveur de ses frères et sœurs déjà nés¹³⁷⁹.

b) L'âge du mineur concerné

709. Une particularité est encore à souligner, les jeunes majeurs peuvent aussi profiter du régime de l'assistance éducative et mettre en échec la caducité de la mesure à la majorité du mineur. Suite aux dispositions de la loi n° 74-631 du 5 juillet 1974¹³⁸⁰ abaissant la majorité à 18 ans, un jeune « éprouvant de graves difficultés d'insertion sociale » peut demander au juge des enfants une protection judiciaire¹³⁸¹. En effet, l'abaissement de l'âge de la majorité avait fait naître chez les acteurs de la protection juvénile de légitimes inquiétudes, car à cette époque plus de 10 % des jeunes concernés par l'assistance éducative, soit 6 425 bénéficiaires avaient entre dix-huit et vingt et un an¹³⁸². Le décret n° 75-96 du 18 février 1975¹³⁸³ a permis d'éviter une rupture brutale de toute forme d'aide, en proposant que jusqu'à l'âge de 21 ans, toute personne majeure ou mineure émancipée éprouvant de graves difficultés d'insertion sociale ait la faculté de demander au juge des enfants la prolongation ou l'organisation d'une action de protection judiciaire.

710. Par ailleurs, le mineur émancipé est exclu du champ d'application de l'assistance éducative puisqu'il cesse d'être sous l'autorité de ses père et mère¹³⁸⁴, des parents pourraient être tentés d'utiliser la procédure d'émancipation comme moyen extrêmement simple de soustraire l'enfant aux mesures d'assistance éducative, tout en se dégageant un peu aisément de leurs responsabilités. Aussi la loi du 4 juin 1970¹³⁸⁵ sur l'autorité parentale a interdit aux père et mère d'émanciper l'enfant, pendant la durée des mesures d'assistance

¹³⁷⁹ CA Toulouse, 7 décembre 2012, RG n° 13/00045.

¹³⁸⁰ Loi n° 74-631, 5 juillet 1974, J.O. du 7 Juillet 1974.

¹³⁸¹ Décret n° 75-96 du 18 février 1975 fixant les modalités de mise en oeuvre d'une action de protection judiciaire en faveur des jeunes majeurs.

¹³⁸² M. HENRY et D. PICAL, « Protection judiciaire de la jeunesse », Vauresson, 1984, p. 112

¹³⁸³ Décret n° 75-96, 18 février 1975, J.O. du 19 Février 1975.

¹³⁸⁴ Article 413-2 du Code civil.

¹³⁸⁵ Loi n° 70-459 du 4 juin 1970, *op. cit.*

éducative, sans l'autorisation du juge des enfants¹³⁸⁶. Le juge des enfants peut ainsi s'opposer à l'émancipation si la tentative lui paraît faire abusive, en s'opposant à l'émancipation.

c) La nationalité du mineur

711. Concernant la nationalité du mineur visé, il est de jurisprudence constante que « les dispositions sur l'assistance à l'enfance en danger soient applicables sur le territoire français à tous les mineurs qui s'y trouvent, quelle que soit leur nationalité ou celle de leurs parents »¹³⁸⁷. La Cour de cassation a aussi précisé que le juge des enfants était compétent pour prendre des mesures à l'égard d'un mineur étranger placé en zone d'attente¹³⁸⁸. De même, la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur la protection des mineurs prévoit que « les autorités tant judiciaires qu'administratives de l'État de la résidence habituelle d'un mineur sont (...) compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne et de ses biens ». A contrario, la Cour de cassation a précisé que les juridictions françaises sont incompétentes pour prendre des mesures d'assistance éducative à l'égard de mineurs résidant à l'étranger, sauf application éventuelle des dispositions contraires des articles 3 à 5 de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961. Eu égard aux difficultés d'application de cette Convention, une nouvelle Convention a été élaborée, celle du 19 octobre 1996, qui tend à retenir de manière systématique la loi du for¹³⁸⁹. Pour les mineurs appartenant à un pays qui n'a pas adhéré à la Convention du 5 octobre 1961 et qui seraient seulement de passage en France, un auteur a estimé que « l'intervention du juge sera cantonnée à des solutions essentiellement provisoires »¹³⁹⁰.

¹³⁸⁶ Article 375-7 alinéa 1^{er} du Code civil.

¹³⁸⁷ Cass. 1^{re} civ., 27 octobre 1964, JCP G 1964, II, 13911 bis ; D. 1964, p. 81 ; RD sanit. soc. 1965, p. 350, obs. P. Raynaud ; Cass. 1^{re} civ., 16 janvier 1979, JCP G 1979, IV, p. 95 ; Bull. civ. 1979, I, n° 22. – Cass. 1^{re} civ., 6 avril 1994, JurisData n° 1994-000980 ; Bull. civ. 1994, I, n° 139 ; Defrénois 1994, art. 35891, n° 104, obs. J. Massip ; CA Paris, 9 novembre 2000, RG n° 2000/10551, JurisData n° 2000-130837. – CA Paris, 6 mars 2001, RG n° 2000/14339, JurisData n° 2001-137901. – CA Paris, 7 décembre 2004, RG n° 04/17632, JurisData n° 2004-272251 ; JCP G 2005, II, 10122, Y. Favier.

¹³⁸⁸ Cass. 1^{re} civ., 25 mars 2009, n° 08-14.125, D. 2009. 1793, obs. J.-D. Sarcelet AJ fam 2009. 225, obs. I. Gallmeister.

¹³⁸⁹ F. MONÉGER, « Le juge des enfants peut-il prendre une mesure d'assistance éducative au profit d'un enfant étranger de plus de 18 ans, mineur selon sa loi nationale ? », RD sanit. soc. 2000, p. 613 ; Mais très peu d'États ont signé et ratifié la convention du 19 octobre 1996, notamment Rev. crit. DIP 1996, p. 818. – P. Lagarde, *Ibid.*, 1997, p. 232.

¹³⁹⁰ P. ROBERT, « L'assistance éducative à travers la jurisprudence », JCP G 1968, I, 2158. – Contra CA Paris, 13 mai 1980, Dr. enfance et fam. 1980, p. 156 ; L'application de la loi française, ici justifiée par l'urgence, interviendrait alors en vertu du principe de la vocation subsidiaire de la loi du for saisi.

2) L'information du juge des enfants

712. La procédure d'assistance éducative repose sur la mise en cause des conditions de vie ou d'éducation de l'enfant dont la première étape consiste en l'information du juge des enfants. Le juge des enfants peut être informé de l'existence d'une situation de danger pour un mineur de deux manières, par la saisine (a) ou le signalement (b).

a) La saisine

713. Les modes de saisine du juge des enfants sont variés et peu formalistes, une requête peut ainsi être déposée par le demandeur, par un avocat, le procureur lui remettant ensuite le dossier. Seules les personnes mentionnées à l'article 375, alinéa 1er du Code civil ont la faculté de saisir le juge des enfants, c'est-à-dire de l'obliger à ouvrir une procédure et à rendre une décision motivée d'intervention ou de non-intervention. Elles sont nécessairement parties à la procédure et disposent d'un droit de recours. Le juge des enfants peut être saisi par tous ceux qui, d'une manière quelconque, connaissent de l'éducation de l'enfant. Et le mineur paraît être le mieux informé et donc le plus à même de signaler le danger. Comme l'a affirmé la Cour de cassation dans un arrêt de 1995, « il résulte des articles 375 du Code civil, 1186 et 1191 du Code de procédure civile qu'en matière d'assistance éducative le mineur peut lui-même saisir le juge des enfants pour lui demander d'ordonner des mesures et qu'il peut également lui-même interjeter appel des décisions de ce juge et faire choix d'un avocat ; qu'il incombe seulement aux juges du fond de vérifier qu'il possède un discernement suffisant pour exercer ces prérogatives »¹³⁹¹. Si le mineur paraît être le plus à même de saisir le juge des enfants, ses père et mère ensemble ou séparément, le sont tout autant. Ils conservent leurs droits procéduraux, en particulier l'exercice d'une voie de recours, même placé sous un régime de protection. Ces droits ont un caractère strictement personnel et peuvent être accomplis sans assistance ni représentation¹³⁹². Toute personne ou le service à qui le mineur a été confié¹³⁹³, sont tuteur auront aussi la possibilité de saisir le juge des enfants.

714. Un acteur important de la protection des mineurs est le ministère public. Le Parquet est à l'origine d'une grande majorité des saisines. C'est en effet le destinataire naturel

¹³⁹¹ Cass. 1^{re} civ., 21 novembre 1995, n° 94-05.102, D. 1996. 420, note A. Gouttenoire.

¹³⁹² Cass. 1^{re} civ., 6 novembre 2013, n° 12-23.766 ; CA Amiens, 8 novembre 2007, RG n° 07/04396, JurisData n° 2007-354010.

¹³⁹³ Il peut s'agir d'un accueil amiable, par ex. CA Rennes, 10 janvier 2014, RG n° 13/00370, inédit, juge des enfants saisi par le CHU où se trouvaient accueillis la mineure et ses parents consécutivement à l'incendie accidentel de leur logement, ou d'un accueil judiciairement organisé.

des signalements émanant des services officiels, en particulier le service de l'aide sociale à l'enfance. Le président du Conseil général, chargé de recueillir, traiter et évaluer des informations préoccupantes relatives aux mineurs en danger ou qui risquent de l'être¹³⁹⁴ peut en effet adresser au procureur de la République des notes d'informations préoccupantes¹³⁹⁵. Le passage des signalements entre les mains du procureur de la République lui permet d'effectuer un premier tri entre les situations qui justifient l'intervention du juge des enfants et celles dans lesquels un danger n'est pas suffisamment caractérisé. Le Parquet peut ainsi engager sans délai des investigations pénales en cas de suspicion d'infraction contre les mineurs. Enfin, en cas d'urgence, il peut même prendre certaines mesures d'assistance éducative, comme l'y autorise l'article 375-5, alinéa 2, du Code civil¹³⁹⁶.

715. Enfin, le juge des enfants peut se saisir d'office à titre exceptionnel, et la Cour de cassation estime que le magistrat n'aura pas à s'expliquer sur ce caractère exceptionnel, son choix étant entièrement discrétionnaire¹³⁹⁷. Notamment lorsqu'un juge des enfants est informé par une simple conversation téléphonique avec un parent, un mineur, etc., il pourra user de la faculté dont il dispose de se saisir lui-même.

716. Ces développements notamment la capacité offerte au juge des enfants de se saisir lui-même mettent en exergue les pouvoirs exorbitants dont il dispose aux fins de protection de l'enfant, et tout est fait pour que la saisine soit la plus rapide possible et la moins contraignante.

b) Le signalement

717. La protection de l'enfance est empreinte d'un dualisme de protection administrative et judiciaire. Depuis l'importante loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, le Conseil général est le destinataire principal de tous les signalements effectués, c'est à la suite de l'évaluation qu'il en fait que le juge des enfants est informé. La Cellule de recueil des informations préoccupantes (CRIP) et l'Aide sociale à l'enfance (ASE) reçoivent les signalements. Auparavant tous les signalements étaient transmis au parquet. La loi précitée donne ainsi au Conseil Général un rôle pivot en matière

¹³⁹⁴ Article L. 226-3 alinéa 1^{er} du Code de l'action sociale et des familles.

¹³⁹⁵ CA Lyon, 4 mars 2014, RG n°13/00155, JurisData n° 2014-004187. – CA Rennes, 24 janvier 2014, RG n° 13/00362, inédit.

¹³⁹⁶ V. par ex., CA Limoges, 4 mars 2013, RG n° 12/00068, inédit. – CA Rennes, 6 septembre 2013, RG n° 13/00128.

¹³⁹⁷ Cass. 1^{re} civ., 20 octobre 1987, D. 1987, inf. rap., p. 16.

de recueil, de traitement, et d'évaluation, des informations Préoccupantes, quelle qu'en soit l'origine.

718. Par ailleurs, les membres de la famille autre que les pères et mère, les voisins, enseignants, médecins, titulaires de la force publique, à défaut d'écrire au procureur de la République, peuvent transmettre des informations directement au tribunal pour enfants, par la voie d'un signalement¹³⁹⁸. À ce propos, le rapport du groupe de travail « Protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui », relève la faible proportion de médecins parmi les auteurs de signalements, et vise ainsi à faciliter le repérage et le diagnostic d'un danger encouru par un enfant dans l'enceinte hospitalière et libérale¹³⁹⁹.

719. Une jurisprudence rendue le 11 mars 2013 par la cour d'appel de Nouméa indiquerait qu'il semblerait même qu'un signalement puisse être adressé au juge des enfants par l'un des parents¹⁴⁰⁰. Le juge des enfants décide alors librement de l'opportunité d'ouvrir un dossier. S'il décide d'ouvrir une procédure, il se saisira d'office. Mais ceux qui ont signalé une situation de danger sans pouvoir le saisir au sens de l'article 375 du Code civil ne seront pas partis à la procédure, ils ne seront pas nécessairement convoqués et ils ne disposeront d'aucun droit de recours.

3) La procédure d'assistance éducative

720. L'objet de l'assistance éducative étant d'apporter une aide aux parents afin d'assurer la protection du mineur, le juge n'est pas dans une position de défiance vis-à-vis de ces derniers. Cela s'observe tout au long de la procédure, détaillée aux articles 1181 et suivant du Code de procédure civile. La compétence du juge des enfants est exclusive¹⁴⁰¹ et a distinguer de celle administrative du président du Conseil général et en pratique du service de l'Aide sociale à l'enfance¹⁴⁰². Ce service aide les mineurs et leurs familles en leur fournissant des prestations et détecte les situations à risque ou de danger avéré et les signale. Mais seule

¹³⁹⁸ V. par ex. : CA Limoges, 3 mars 2014, RG n° 13/00081, inédit, signalement effectué par un CHU à la suite d'une hospitalisation qui a révélé des fractures de la voûte crânienne et une fracture de l'humérus droit. – CA Limoges, 3 décembre 2012, RG n° 12/00066, inédit, signalement effectué par un médecin. – CA Limoges, 3 mars 2014, n° 13/00094, inédit, signalement effectué par le maire, après que la mère ait eu un accident alors qu'elle conduisait sa voiture en état d'ivresse, le père devant pour sa part être hospitalisé en neurochirurgie, l'enfant ayant été hospitalisée est apparue fatiguée, souffrant de problèmes d'hygiène de vie, de nutrition et de l'absence de chauffage. – CA Rennes, 28 juin 2013, RG n° 13/00050, inédit, signalement effectué par l'établissement scolaire

¹³⁹⁹ F. EUDIER, « 40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui », AJ fam. 2014, p. 295.

¹⁴⁰⁰ CA Nouméa, 11 mars 2013, RG n° 13/00017.

¹⁴⁰¹ TGI Privas, 4 juin 1982, JCP 1983, IV, 322.

¹⁴⁰² J.-Y. LASSALLE, « L'assistance éducative », Mélanges J.-L. Mouralis, p. 164.

l'autorité judiciaire peut prendre des mesures contraignantes. Deux phases vont se succéder, la préparatoire (a) et celle décisive (b).

a) La phase préparatoire

721. C'est durant cette première étape que va être éclairé le juge afin qu'il prenne la décision la plus appropriée. Les parties qui ne sont pas à l'origine de la saisine vont être informées de l'ouverture d'une procédure d'assistance éducative. Ensuite le juge les entend, y compris le mineur capable de discernement comme nous le développerons plus tard dans nos travaux. Le juge porte à la connaissance des intéressés les motifs de sa saisine. Il a la faculté de prendre toute mesure d'instruction nécessaire, soit d'office, soit à la requête des parties, il peut ainsi ordonner une enquête sociale, des examens médicaux, des expertises psychiatriques. S'il ordonne des mesures qui portent sur d'autres personnes que le mineur, il devra obtenir leur accord¹⁴⁰³.

722. Le juge des enfants dispose aux fins d'informations d'un outil propre, la mesure judiciaire d'investigation éducative (MJIE). C'est une mesure d'investigation unique¹⁴⁰⁴, ordonnée pendant la phase d'information, créée par arrêté du garde des Sceaux du 2 février 2011. Celle-ci vise à évaluer la situation d'un mineur, et garantit que les magistrats soient en capacité de prendre les décisions avec tous les éléments nécessaires à une bonne connaissance de la situation. L'intérêt de l'enfant est ainsi réellement pris en compte, en adéquation avec la Convention internationale des droits de l'enfant, sa mise en œuvre, par les éducateurs de la protection judiciaire de la jeunesse qui peuvent être secondés par un assistant social et un psychologue, vise à recueillir et analyser des éléments sur la situation scolaire, familiale, sanitaire, sociale et éducative du mineur (ou du jeune majeur) et de sa famille. Elle constitue ainsi une aide au magistrat dans sa prise de décision, lui permettant de vérifier si les conditions d'une intervention judiciaire sont réunies et de proposer, si nécessaire, des réponses adaptées à la situation.

723. À la suite ou en cours de procédure, le magistrat a la possibilité, dès lors qu'une problématique particulière est repérée, d'ordonner un complément d'investigation sur un thème spécifique, grâce à un choix de modules d'approfondissement relatifs aux addictions, à la sexualité ou encore à la famille. C'est une mesure modulable dans son contenu et sa durée, qui oblige les intervenants à « travailler ensemble », « c'est ici la

¹⁴⁰³ TGI Arras, 9 octobre 1981, note G. Raymond.

¹⁴⁰⁴ M. DERAÏN, « La mesure judiciaire d'investigation éducative et l'intérêt de l'enfant », AJ fam. 2013, p. 480.

concrétisation de la tendance à rationaliser les interventions et les rendre lisibles et mesurables »¹⁴⁰⁵, dans un contexte de restrictions budgétaires. La MJIE s'est substituée le 1^{er} janvier 2012 à l'enquête sociale et à la mesure d'investigation et d'orientation éducative.

b) La phase décisive

724. Le juge des enfants peut prendre des mesures provisoires¹⁴⁰⁶ qui peuvent consister à confier le mineur à un centre d'accueil, soit à prendre des mesures d'assistance éducative. Sauf urgence, les parents doivent être entendus avant de prendre la mesure. Ces mesures ne peuvent excéder six mois¹⁴⁰⁷ et deviennent caduques à l'issue. L'appel est ouvert à l'égard de ces mesures. La prise de décision quant à elle obéit à l'article 1188 du Code de procédure civile, les parties doivent être convoquées à l'audience huit jours avant la date prévue par lettre commandée avec accusé de réception et lettre simple, par exploit d'huissier ou voie administrative¹⁴⁰⁸. L'audience se tient en chambre du conseil au siège du tribunal pour enfants ou au siège d'un Tribunal d'instance et le juge entend successivement le mineur, les parents, les personnes dont l'audition se révèle utile, les conseils des parties, le ministère public peut donner son avis. Concernant l'audition du mineur, elle est facultative et le juge n'est pas obligé de le convoquer, mais il devra s'en expliquer¹⁴⁰⁹. Le juge prend sa décision par ordonnance laquelle fixe la durée de la mesure qui peut être renouvelée et doit être notifiée aux parties dans les huit jours, avis en étant donné au procureur.

4) Les outils à disposition du juge des enfants

725. Le système français de protection de l'enfance est caractérisé par une dualité, il est composé d'une protection administrative reposant sur les textes du Code de l'action sociale et des familles, et d'une protection judiciaire reposant sur les textes du Code civil. La loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance a eu pour objectif de limiter la judiciarisation de la protection de l'enfance en rappelant et en renforçant le caractère subsidiaire de la compétence du juge des enfants par rapport à celle du Conseil général¹⁴¹⁰. Le département est responsable de l'Aide sociale à l'enfance et du service de protection

¹⁴⁰⁵ M. DERAÏN, défenseur des enfants auprès du Défenseur des droits, « Le mesure judiciaire d'investigation éducative et l'intérêt de l'enfant », *Ibid.*

¹⁴⁰⁶ Article 1184 du Code de procédure civile.

¹⁴⁰⁷ Article 1185 du Code de procédure civile.

¹⁴⁰⁸ Cass. 1^{re} civ., 11 janvier 1984, Bull. civ. I, n°9.

¹⁴⁰⁹ Cass. 1^{re} civ., 13 octobre 1993, Bull. civ. I n° 282.

¹⁴¹⁰ Article L.112-3, L. 112-4 et L. 221-1 du Code de l'action sociale et des familles.

maternelle et infantile qui tous deux assurent des missions collectives de prévention. En dépit de cette volonté de subsidiarité de la protection judiciaire, au 31 décembre 2011, 87,2 % des mesures de placement et 70,9 % des mesures en milieu ouvert étaient d'origine judiciaire¹⁴¹¹.

726. « L'institution de l'assistance éducative trouve sa raison d'être dans la mise en œuvre de mesures spécifiques destinée à réagir contre le danger auquel le mineur se trouve confronté. Ce sont elles qui confèrent à l'institution son originalité »¹⁴¹². Le juge des enfants dispose en effet d'une gamme relativement vaste de mesures éducatives prévues par le Code civil et il garde un pouvoir exclusif sur l'assistance éducative. Ainsi, la Cour de cassation a été amenée à rappeler que le pouvoir d'ordonner des mesures d'assistance éducative lui appartient exclusivement¹⁴¹³. Ces mesures peuvent imposer des modalités différentes de celles prévues par le juge du divorce ou la convention de divorce des époux¹⁴¹⁴.

727. Le principe régissant la matière est que tout doit être fait pour que le mineur soit laissé dans son milieu familial (a), mais parfois le placement sera la seule mesure permettant la protection du mineur (b).

a) La mesure permettant le maintien du mineur dans son environnement actuel

728. Lorsque les conditions le permettent, le mineur bénéficiera d'une protection dans son milieu de vie, selon les modalités décidées par le juge : soit l'assistance éducative en milieu ouvert classique permettant de développer une aide éducative à la famille, soit la forme plus innovante d'assistance éducative en milieu ouvert introduite par la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 qui permet au juge, tout en maintenant le mineur dans son milieu de vie, d'autoriser le service chargé d'exécuter la mesure d'AEMO à assurer à l'enfant un hébergement exceptionnel ou périodique. Le juge peut encore ordonner une aide à la gestion du budget familial, aide que la loi du 5 mars 2007 a substituée à l'ancienne tutelle aux prestations sociales. Ces mesures d'assistance n'emportent pas d'effet sur l'exercice des droits des parents, qu'ils exercent sous le contrôle, a posteriori du juge.

729. L'assistance éducative en milieu ouvert consiste à laisser le mineur dans sa famille et à désigner une personne qualifiée, un service d'observation d'éducation ou de rééducation afin d'apporter aide et conseil à la famille. La dénomination d'AEMO n'est pas

¹⁴¹¹ 9^{ème} rapport de l'ONED.

¹⁴¹² J.-Y. LASSALLE, « L'assistance éducative », Mélanges J.-L. Mouralis, p. 168.

¹⁴¹³ Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1995, Gaz. Pal. 15 mai 1996. Somm. 30 ; J. MASSIP, Defrénois 1996. p. 339.

¹⁴¹⁴ Cass. 1^{re} civ., 26 janvier 1994, D. 1994. 278, note Huyette, Defrénois 1994. 781, obs. Massip.

consacrée par le législateur et il n'en existe d'ailleurs pas de définition, l'article 375-2 du Code civil dispose « ».

730. Avant la réforme opérée par la loi du 5 mars 2007, le Code civil se référait à la notion de « milieu actuel », pour indiquer que le maintien de l'enfant dans ce milieu devait être la règle¹⁴¹⁵, et pour préciser à qui un mineur pouvait être confié¹⁴¹⁶. La loi du 5 mars 2007 en faisant disparaître cette notion n'a pas dévié de l'objectif qui reste celui énoncé au premier alinéa de l'article 375-2, à savoir le maintien du mineur dans son milieu de vie ordinaire. Afin de tenir compte de toutes les hypothèses familiales, le milieu actuel est à la fois le milieu familial et le milieu de vie de l'enfant. La conception de la Cour de cassation du « milieu actuel » est plus juridique, « elle affirme avec constance, de façon péremptoire et sans justification spécifique »¹⁴¹⁷ que « le milieu actuel au sens de l'article 375-2 du Code civil est, en principe, le milieu naturel de l'enfant »¹⁴¹⁸. Mais si le milieu naturel de l'enfant devient trop instable, « son intérêt commande qu'il en soit extrait pour être placé dans un environnement plus sain »¹⁴¹⁹.

b) Le placement, une mesure exceptionnelle

731. Seules des raisons particulièrement graves justifient la séparation de l'enfant de ses parents¹⁴²⁰. Lorsque le milieu de vie devient trop problématique, le juge peut décider de placer l'enfant, mais cela doit rester exceptionnel, il ne peut se justifier que par l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁴²¹, que le juge des enfants appréciera souverainement.

732. La Cour européenne des droits de l'homme a consacré, depuis l'origine¹⁴²², le droit pour un parent et son enfant d'être ensemble. Mis en œuvre dans le cadre de l'assistance éducative, ce droit permet de considérer que la prise en charge de l'enfant par l'autorité publique constitue une ingérence dans le droit au respect de leur vie familiale¹⁴²³. Ce droit

¹⁴¹⁵ Article 375-2 du Code civil.

¹⁴¹⁶ Article 375-3 du Code civil.

¹⁴¹⁷ J.-F. ESCHYLLE, M. HUYETTE, « J.-Cl. Civil, article 371 à 387, fasc. 21, v° Assistance éducative, Modalités, effets, 2011.

¹⁴¹⁸ Cass. 1re civ., 10 février 1998, JurisData n° 1998-000737. – Cass. 1re civ., 23 janvier 1985, JurisData n° 1985-700373 ; Bull. civ. 1985, I, n° 35. – Cass. 1re civ., 17 novembre 1981, Bull. civ. 1981, I, n° 336. – Cass. 1re civ., 4 juillet 1978, JurisData n° 1978-000249 ; Bull. civ. 1978, I, n° 249 ; JCP G 1978, IV, 282.

¹⁴¹⁹ « L'enfant sujet de droit », Lamy, 2010.

¹⁴²⁰ C. DELAPORTE-CARRÉ, « L'articulation des institutions de protection de la personne de l'enfant contre ses parents », *op. cit.*, p. 133.

¹⁴²¹ Cour EDH, 26 février 2002, Kutzner c. Allemagne, req. n° 46544.

¹⁴²² Cour EDH, 24 mars 1988, Olson c/ Suède, JDI, 1989, 789, obs. P. Tavernier.

¹⁴²³ Cour EDH, 8 juillet 1987, B., H., O., R., et W. c/ Royaume-Uni...

fonde le contrôle par la Cour des modalités du placement et de toutes limitations à la cellule familiale qui pourraient en résulter¹⁴²⁴.

733. La décision de placement est rendue par une ordonnance qui retire l'enfant de son milieu actuel, et le place dans un contexte censé être plus paisible, l'article 375-3 du Code civil laisse une latitude au juge quant au placement de l'enfant en offrant une grande diversité de personnes à qui il peut être confié. Le juge peut confier le mineur à celui des deux parents n'avait jusque-là l'exercice de l'autorité parentale ; le confier à un autre membre de la famille ou à un tiers digne de confiance ; à un service départemental de l'Aide sociale à l'enfance, à un établissement privé¹⁴²⁵.

734. En protection de l'enfance, si le juge des enfants est l'autorité judiciaire naturelle, le procureur de la République est en droit autorisé à intervenir en amont dans les situations d'urgence.

735. C'est ce que permet l'article 375-5 du Code civil dans lequel il est notamment écrit : « À titre provisoire, mais à charge d'appel, le juge peut, pendant l'instance, soit ordonner la remise provisoire du mineur à un centre d'accueil ou d'observation, soit prendre l'une des mesures prévues aux articles 375-3 et 375-4. 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 huit jours le juge compétent, qui maintiendra, modifiera ou rapportera la mesure (..). »

736. L'étendue relativement large des possibilités d'intervention du juge des enfants explique qu'il apparaisse comme le « héros charismatique de la protection de l'enfant dans l'esprit du citoyen moyen »¹⁴²⁶ d'autant qu'« il dispose du bras séculier du parquet pour faire exécuter sa décision »¹⁴²⁷.

737. Puisque l'assistance éducative est provisoire par nature, une part de la doctrine préconise une délégation d'autorité parentale.¹⁴²⁸ Encore une fois, nous rappellerons que les objectifs du juge des enfants diffèrent de celui du juge aux affaires familiales quant au mineur en danger.

¹⁴²⁴ Cour EDH, 7 août 1996, Johansen c/ Norvège, JCP G, 1997, I, 4000, obs. F. SUDRE ; Cour EDH, 19 septembre 2000, Gnahoré c/ France, RDP, 2001, 682, obs. A. Gouttenoire.

¹⁴²⁵ Le juge a le pouvoir de placer le mineur dans un hôpital psychiatrique : Cass. 1^{re} civ., 29 mai 1996, Bull. civ. I, n° 293.

¹⁴²⁶ J. HAUSER, obs. sous Cass. Avis, 1^{er} mars 2004.

¹⁴²⁷ L. GEBLER, « L'enfant et ses juges, approche transversale des procédures familiales », AJ fam. 2007 p. 390.

¹⁴²⁸ E. DURAND, « Brèves observations d'un juge des enfants sur les quarante propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui », Droit de la famille n° 9, septembre 2014, dossier 7, p. 31.

B) Une atteinte justifiée par le danger pour l'enfant

738. Le danger, pierre angulaire de la matière, a été consacré critère légal de l'assistance éducative par la loi n° 70-459 du 4 juin 1970¹⁴²⁹. L'article 375 du Code civil subordonne l'intervention du juge des enfants à l'existence d'un danger, « 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 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 ».

739. Afin d'apprécier le danger (2), il convient dans un premier temps d'en appréhender la notion (1).

1) La notion indéterminée de danger

740. Dès l'origine, et encore dans la loi du 5 mars 2007¹⁴³⁰ de manière délibérée, le législateur n'a pas voulu définir la notion de danger, tant celle-ci paraît difficile à cerner abstraitement. La notion de danger est si difficile à définir (a), tant il existe une variété de dangers (b).

a) Une définition impossible

741. Le danger de l'assistance éducative est une notion, entendue comme le résultat d'une démarche intellectuelle d'abstraction visant à favoriser la connaissance et la représentation de la réalité¹⁴³¹. Mais le danger est une notion indéterminée qui est définie classiquement comme « ce qui menace ou compromet la sécurité, l'existence d'une personne ou d'une chose »¹⁴³². La Cour de cassation emploie d'ailleurs le terme d'enfant en péril¹⁴³³. Le danger « conjugue une donnée matérielle, la gravité des atteintes et une donnée temporelle, l'urgence »¹⁴³⁴. Selon l'observatoire de l'enfance en danger, l'expression « enfants en danger » désigne « l'ensemble des enfants maltraités et des enfants en risque pris en charge

¹⁴²⁹ Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, J.O. du 5 juin.

¹⁴³⁰ Loi n°2007-293, 5 mars 2007, P. NAVES, « La réforme de la protection de l'enfance », Dunod 2007 p. 46 s.

¹⁴³¹ Ch. JARROSSON, « La notion d'arbitrage », thèse, LGDJ, 1987, p. 216 et s.

¹⁴³² Le Petit Robert.

¹⁴³³ Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 9 février 2000, 98-86.579.

¹⁴³⁴ V. EGEA « La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille », *op. cit.* p. 304.

par l'ASE ou par la justice »¹⁴³⁵. L'enfant en risque est « celui qui connaît des conditions d'existence qui risquent de mettre en danger sa santé, sa sécurité, sa moralité, son éducation ou son entretien, mais qui n'est pas pour autant maltraité »¹⁴³⁶. Ces définitions constituent un outil de travail pour les professionnels du secteur social, mais ne nous éclaire pas quant au danger au sens de l'article 375 du Code civil.

742. Les praticiens tentent rarement l'aventure de la définition. Ils sont encouragés en ce sens par la Cour de cassation qui considère que l'évaluation concrète du danger relève de leur pouvoir souverain d'appréciation¹⁴³⁷. La doctrine a de son côté essayé d'apporter sa contribution à la formulation des idées directrices sous-tendant la rédaction de l'article 375 du Code civil. Un auteur souligne le « petit vide sémantique »¹⁴³⁸ entourant la notion de danger résultant de la démarche de ceux qui pour qualifier le danger s'appliquent à rechercher des « critères susceptibles de caractériser le danger ». Le danger n'obéit n'a donc pas une définition, c'est une notion spécifique puisqu'elle est indéterminée, elle constitue une « technique juridique »¹⁴³⁹ qui « vise à permettre la mesure de comportements et de situations en terme de normalité »¹⁴⁴⁰. C'est une directive, elle indique « la route à suivre », c'est un « embryon de la règle de droit et non pas une règle de droit complète »¹⁴⁴¹.

743. Si l'on ne peut dire ce qu'est le danger, peut-être pouvons-nous dire ce qu'il n'est pas. Il ne faut pas confondre le danger d'autres notions voisines¹⁴⁴². Notamment le danger n'est pas établi lorsque l'on est en présence de difficultés sociales compromettant l'équilibre des mineurs, en cas de conflit, et ne suppose pas une faute des parents¹⁴⁴³. Le juge des enfants ne peut pas se contenter d'avancer l'intérêt de l'enfant pour justifier sa compétence¹⁴⁴⁴. En effet, toute tentative de définition du danger renvoie nécessairement à d'autres notions aussi indéterminées que celle que l'on voudrait préciser : inadaptation ou marginalité, conflit, intérêt de l'enfant envisagé négativement. La notion de conflit est toujours sous-jacente, mais elle ne constitue pas l'angle le plus efficace pour aborder celle de danger. Subordonner l'intervention du juge des enfants à l'existence d'un conflit serait ajouter une condition qui ne figure pas au texte, et s'accorderait mal avec l'esprit même de la mesure,

¹⁴³⁵ « L'observatoire de l'enfance en danger, Guide méthodologique », Odas Éditeur, mars 1994, p. 53.

¹⁴³⁶ *Ibid.*

¹⁴³⁷ Cass. 1^{re} civ., 11 mars 2009, n° 08-12.098. – Cass. 1^{re} civ., 14 janvier 2009, n° 07-19.579. – Cass. 1^{re} civ., 7 novembre 1995, n° 94-05.104.

¹⁴³⁸ L. GAREIL, « L'exercice de l'autorité parentale », LGDJ, Bibliothèque de droit priv, t. 413, 2004, p. 458.

¹⁴³⁹ S. RIALS, « Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité) », LGDJ, 1980, p. 120.

¹⁴⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴⁴¹ M. HAURIOU, « Police juridique et fond du droit », RTD civ. 1926, p. 271.

¹⁴⁴² Ph. CHAILLOU, « Guide du droit de la famille et l'enfant », 2^{ème} éd. Paris, Dunod, 2003, p. 91 et s.

¹⁴⁴³ CA Paris, 6 juillet 1984, Dr. enf. fam. 1985.51, p. 262.

¹⁴⁴⁴ Cass. 1^{re} civ., 26 février 1975, JurisData n° 1975-10473.

l'assistance. Et par ailleurs, l'idée de conflit semble *a priori* inhérente à l'action de tout magistrat statuant au contentieux. Qui plus est, un mineur peut être en conflit avec ses parents sans pour autant être en danger.

744. Lorsque l'enfant saisit le magistrat, il n'a heureusement pas à démontrer l'état de danger ni à le caractériser, il saisit le juge des enfants, quelle que soit sa situation, et le magistrat décide ensuite s'il y a lieu d'ouvrir ou non une procédure d'assistance éducative. Cette absence de définition du danger encouru par le mineur peut apparaître préjudiciable. Or cela permet justement d'englober toutes les situations qui pourraient être vécues. Cette souplesse permet de tenir compte de toutes les variétés de danger.

b) Les variétés de danger

745. L'article 375 du Code civil fait référence à la santé, la sécurité et à la moralité. Cet article fait écho à l'article 371-1 du Code civil définissant l'autorité parentale qui prévoit dans son alinéa 2 « elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne ». Cela montre encore une fois l'étroitesse du lien entre ces deux institutions dans la volonté de protection de l'enfant.

746. Le danger peut être d'ordre physique ou moral, extérieur ou non à la personnalité de l'enfant. Le législateur n'ayant pas défini la trilogie santé, sécurité et moralité, il revient à la jurisprudence d'en définir les contours. La frontière entre santé et sécurité paraît bien mince (α), alors que la moralité s'en distingue (β).

α) La santé et la sécurité

747. Les tribunaux ont une conception large de ces notions, le mineur est en danger aussi bien si son état physique est dégradé¹⁴⁴⁵, que si son intégrité psychique est sérieusement menacée. Notamment, une Cour d'appel¹⁴⁴⁶ s'y réfère lorsqu'une mère est suivie par un service psychiatrique depuis longtemps pour une schizophrénie diagnostiquée très jeune,

¹⁴⁴⁵ CA Limoges, 3 mars 2014, *op. cit.*, le juge des enfants a considéré que les blessures de l'enfant interrogeaient sur la capacité de la mère à assurer sa sécurité.

CA Paris, 26 juillet 2002, RG n° 2002/10480, 2002/10482, 2002/10486, enfant présentant des hématomes multiples et une perte anormale de poids.

CA Rouen, 27 mars 2012, RG n° 12/00297. La santé de l'enfant est particulièrement compromise en raison de sa consommation de médicaments ou de produits stupéfiants associée parfois à celle d'alcool. – CA Rouen, 14 février 2012, RG n° 11/05971, l'enfant présente des signes de syndrome majeur de sevrage toxicomaniaque et nécessite des soins et un traitement médicamenteux important.

¹⁴⁴⁶ CA Limoges, 3 décembre 2012, RG n° 12/00066.

aggravée par la prise de toxiques et d'alcool, et que le secteur médical devait suivre l'enfant dont elle a avait donné naissance la veille, notamment suite à la prise de toxiques par la mère durant sa grossesse, il était craint en outre, vu l'état « dissocié » de la mère « que celle-ci ne puisse garantir la sécurité physique et psychique de l'enfant ». La santé d'un mineur est en péril lorsque ses parents refusent à autoriser un traitement médical ou chirurgical, dont dépend sa survie¹⁴⁴⁷. Constitue aussi un cas de danger le risque de voir l'enfant soustrait aux soins que nécessite sa surdité¹⁴⁴⁸.

748. Par ailleurs, « il existe une corrélation évidente entre la sécurité et le danger »¹⁴⁴⁹, l'enfant en danger est l'enfant dont la sécurité n'est plus assurée. Ces deux notions sont ainsi opposées, la sécurité est couramment définie comme « l'état tranquille qui résulte de l'absence réelle de danger »¹⁴⁵⁰. La sécurité de l'enfant est en danger « quand il est exposé à des périls d'ordre physique ou est privé de la paix et de la stabilité nécessaires à son épanouissement »¹⁴⁵¹. Nous pouvons dès lors préciser que la santé et la sécurité sont des critères très proches, lorsque la maladie de l'enfant entraîne l'insécurité notamment. Certaines décisions associent d'ailleurs les deux critères¹⁴⁵².

β : La moralité

749. La moralité se distingue de la santé et de la sécurité en ce sens qu'elles concernent directement le corps de l'enfant. C'est un critère large qui ferait davantage référence à l'esprit. Selon Jean CHAZAL, elle « est constituée par un ensemble de valeurs qui garantissent la qualité de notre relation avec autrui, qui nous permettent de reconnaître en lui notre prochain, qui nous conduisent à maîtriser les pulsions de notre vie instinctive, voire à les sublimer, qui nous amènent aussi à œuvrer pour le bien public et à participer à la construction du monde ». Un auteur constatait en 1972 que le critère de moralité, souvent associé à un autre critère, était d'un usage fréquent, mais avait « un champ qualitatif étroit, essentiellement sexualité et délinquance, et que la conduite déviante était appréciée par rapport au mineur plutôt que par rapport aux parents »¹⁴⁵³.

¹⁴⁴⁷ CA Grenoble, 15 juin 1982, Dr. enf. fam. 1982.1, p. 524.

¹⁴⁴⁸ Cass. Civ. 1^{re}, 25 novembre 1981, JCP 1983. II. 19952, note Boulanger.

¹⁴⁴⁹ C. DELAPORTE-CARRÉ, « L'articulation des institutions de protection de la personne de l'enfant contre ses parents », *op. cit.* p. 133.

¹⁴⁵⁰ Le Petit Robert.

¹⁴⁵¹ D. DUVAL-ARNOULD, « Le corps de l'enfant sous le regard du droit », LGDJ, 1994.

¹⁴⁵² Cass. 1^{re} civ., 25 novembre 1981, *op. cit.*

¹⁴⁵³ CA Lyon, 25 février 2014, RG n° 13/00303, 1, JurisData n° 2014-003536, la mère incite ses enfants à voler dans les supermarchés, note M. Henry. – CA Rouen, 13 novembre 2012, RG n° 12/03812.

750. Aujourd'hui la référence au critère de moralité *stricto sensu* est devenue rare, peu de décisions s'y réfèrent explicitement, on peut la déduire des motifs du jugement. Notamment, un arrêt de la Cour d'appel de Limoges¹⁴⁵⁴ fait référence au milieu familial au sein duquel régnait ouvertement une grande liberté sexuelle, ou encore lorsqu'un père a une relation avec sa fille trop fusionnelle, avec une proximité, y compris corporelle, nécessitant une meilleure distance relationnelle¹⁴⁵⁵, ou bien lorsqu'une mineure de dix-sept ans est incitée par sa mère à avoir des relations sexuelles avec des hommes mariés¹⁴⁵⁶. Ce sont les répercussions de ces situations de fait qui motivent la moralité.

2) L'appréciation du danger

751. Notion purement factuelle, ce critère relève de l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁴⁵⁷, la loi ne définit pas le danger. Il appartient au juge de dire quand l'enfant encourt un danger au sens de l'article 375 du Code civil, et cette appréciation se fait *in concreto* (a), mais doit mettre en avant les caractères du danger (b).

a) Une appréciation *in concreto* du danger

752. La notion de danger, pierre angulaire de l'intervention du juge des enfants, et avancée comme justificatif de modification des décisions du juge des enfants, peut susciter des difficultés d'appréciation¹⁴⁵⁸. Le danger doit être évalué concrètement. La Cour de cassation laisse toute latitude aux juges, mais ils doivent caractériser le danger, le péril. Cette appréciation se fait en fonction de la personnalité du mineur, de sa vie de famille. Le juge doit donc approfondir son analyse et doubler son observation de la situation objective d'ensemble de la famille, d'une étude des réactions de chacun des mineurs pour dire ceux qui sont en danger et ensuite personnaliser au mieux ses interventions. Ainsi, l'homosexualité d'un parent ne fait pas courir en soi un danger au mineur¹⁴⁵⁹. « De la même façon, le danger doit s'apprécier en valeur relative par référence à l'histoire, la culture, les moyens du groupe

¹⁴⁵⁴ CA Limoges, 7 avril 2014, RG n° 13/00114.

¹⁴⁵⁵ CA Limoges, 7 avril 2013, RG n° 13/00103.

¹⁴⁵⁶ CA Nancy, 19 juin 1995, JurisData n° 1995-044846.

¹⁴⁵⁷ Cass. 1^{re} civ., 7 novembre 1973, Bull. civ. I, n° 297. ; Cass. 1^{re} civ., 23 novembre 1976, Bull. civ. I, n° 357.

¹⁴⁵⁸ RTD civ. 1995. 341, obs. J. Hauser ; JCP 1994. 3771, note Y. Favier ; T. enfants Paris, 18 avril 1988, D. 1988. 574, note Renucci ; M. NAUDET-SÉNÉCHAL, L'enfant et le juge unique. Le droit et l'enfant, LPA, 8 mai 1995, n° spécial 53, p. 80 ; O. SAUTEL, « L'autorité parentale et le juge des enfants » *in* L'autorité parentale et ses juges, 2004, Carré droit, Litec.

¹⁴⁵⁹ CA Bordeaux, 7 février 1980, Dr. Enf. Fam. 1980/1, p. 174.

familial »¹⁴⁶⁰. L'article 375 du Code civil indique qu'en cas d'existence d'un danger le juge des enfants « peut », et non doit, ordonner les mesures utiles. L'absence de caractère péremptoire signifie par hypothèse que l'existence d'un danger n'entraîne pas obligatoirement l'intervention du tribunal pour enfants, ce qui est en adéquation avec l'esprit de la loi du 5 mars 2007. Le juge doit donc rechercher dans quelles circonstances complémentaires du danger son intervention sera opportune puisqu'elle n'est que facultative et qu'il doit opérer un choix entre les situations de danger qui justifieront son intervention et celles qui ne la rendront pas indispensable.

753. La Cour de cassation a rappelé sans ambiguïté les règles d'articulation de compétence entre le juge des enfants et le juge aux affaires familiales « aux termes de l'article 375-3, alinéa 2, du Code civil, lorsqu'une requête en divorce a été présentée, les mesures d'assistance éducative prévues par le premier alinéa de cet article ne peuvent être prises par le juge des enfants 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. Il faut donc, pour se dire compétent, que le juge des enfants et la chambre spéciale des mineurs, le cas échéant, démontrent qu'il est nécessaire de prendre une mesure d'assistance éducative découlant d'un élément nouveau »¹⁴⁶¹.

b) Les caractères du danger

754. Le danger pour permettre de déclencher la mesure d'assistance éducative doit observer quelques caractéristiques. Il doit être réel (α), actuel ou imminent (β).

α) L'appréciation de la réalité du danger

755. Le juge des enfants ne peut intervenir en l'absence de danger avéré. Ne constitue pas une situation de danger, de simples difficultés relationnelles entre une mère et son enfant, résultant de la séparation du couple parental et du manque de dialogue avec le mineur¹⁴⁶². De même, bien que la mère, dont les facultés psychologiques sont limitées, soit placée sous une mesure de curatelle aggravée et que le père ait eu un parcours chaotique, l'enfant n'est pas en danger, dès lors que ses parents lui apportent des soins satisfaisants qui

¹⁴⁶⁰ J.-Y. LASSALLE, « L'assistance éducative », in Mélanges J.-L. Mouralis, *op. cit.* p. 160 ; CA Riom, 29 mars 2005, D. 2005, p. 191, obs. H. Gratadour.

¹⁴⁶¹ Cass. 1^{re} civ., 14 mars 2006, *op. cit.*; Cass. avis, 1er mars 2004, JCP 2004. I. 167 no 3, obs. P. Fossier., D. 2004.1627, RTD Civ. 2004 p. 498.

¹⁴⁶² CA Riom, 9 mai 2000, n° 00/00020, JurisData n° 2000-113784.

lui permettent d'évoluer favorablement et que les parents eux-mêmes sont soutenus matériellement et psychologiquement par les grands-parents paternels, très présents, la mère étant, par ailleurs, suivie régulièrement par l'association tutélaire¹⁴⁶³.

756. Le danger doit donc être réel et non hypothétique, certain et non éventuel¹⁴⁶⁴. À été cassé un arrêt qui avait retiré aux arrière-grands-parents l'enfant qu'ils élevaient en invoquant « leurs précédents échecs dans l'éducation de leurs propres enfants... (qui faisait) présumer leur incapacité à éduquer » leur descendant âgé de deux ans¹⁴⁶⁵. Le danger ne se présume pas, il doit être « réel et présenter un caractère sérieux »¹⁴⁶⁶.

757. En principe, le danger et le risque de danger ne se confondent pas. « Il y a risque de danger lorsque toute appréciation est actuellement impossible quant aux chances de réalisation du dommage, à son individualisation sur sa personne »¹⁴⁶⁷. Entre la menace, la probabilité du danger et le dommage, le juge appréciera à quelle étape dans l'échelle des risques se situe le mineur.

β) L'imminence du danger

758. Le danger doit être avéré, réel, certain. Le danger ne doit pas être potentiel, hypothétique¹⁴⁶⁸ ou simplement éventuel¹⁴⁶⁹. Tout dépend de la situation du mineur, notamment la présence d'enfants dans une secte n'est pas, en soi, constitutive d'un péril en raison de la liberté de religion ou de la liberté de pensée, il n'y a danger au sein de la secte qu'en présence de mauvais traitements par exemple¹⁴⁷⁰. Ainsi, le juge ne peut pas se contenter de la façon négative dont des parents ont autrefois élevé un premier enfant qui leur a été enlevé pour décider sans nouvel examen réactualisé de la situation familiale qu'un autre enfant qui vient de naître est lui aussi inéluctablement en danger¹⁴⁷¹. L'histoire familiale reste malgré tout un élément essentiel d'appréciation : « l'arrêt attaqué rappelle que, dans un passé récent, le père de l'enfant était instable et agressif, que l'enfant Michaël était son souffre-

¹⁴⁶³ CA Riom, 14 mars 2000, n° 00/00002, JurisData n° 2000-119838.

¹⁴⁶⁴ Cass. 1re civ., 28 juin 1965, JurisData n° 1965-700424 ; Bull. civ. 1965, I, n° 244 ; RTD civ. 1967, p. 136, obs. Nerson. – Cass. 1re civ., 29 novembre 1965, D. 1966, p. 81 ; RTD civ. 1967, p. 138, obs. Nerson.

¹⁴⁶⁵ Cass. 1re civ., 16 février 1977, JCP G 1977, IV, 93 ; Bull. civ. 1977, I, n° 90.

¹⁴⁶⁶ Juge enfants Paris, 13 mars 1973, Dr. enfance et fam. 1973, p. 64. – CA Lyon, 14 mai 1974, Dr. enfance et fam. 1974, p. 69.

¹⁴⁶⁷ M. HENRY et D. PICAL, « Protection judiciaire de la jeunesse », *op. cit.*

¹⁴⁶⁸ En pratique il est fréquent de constater que dans une même famille, les enfants d'une même fratrie qui grandissent auprès des mêmes parents ressentent souvent de façon très différente les aléas familiaux, certains les supportant relativement bien alors que d'autres sont dramatiquement déstabilisés et perturbés. Et des adultes rencontrant des difficultés personnelles semblables les envisageront de façon différente.

¹⁴⁶⁹ CA Rennes, 28 janvier 1993, Dr. Enf. Fam. 1983.1, p. 254.

¹⁴⁷⁰ M. HUYETTE, « Les sectes et l'enfermement des mineurs », D. 2007, Chron, p. 682 et s.

¹⁴⁷¹ Cass. 1re civ., 16 février 1977, *op. cit.*

douleur et que la mère, dépassée par ses tâches familiales, s'adonnait à la boisson ; qu'il retient, tant par motifs propres qu'adoptés, que si la situation de la mère s'est quelque peu améliorée depuis qu'elle est séparée de son mari cette situation est cependant trop fragile pour permettre présentement de prendre le risque d'une modification alors surtout que le jeune Laurent, âgé de treize ans, souhaite rester dans la famille où il a trouvé la sécurité après une enfance très difficile et que le jeune Michaël est encore trop perturbé pour être rendu seul à sa mère qui ne pourrait assumer les problèmes qu'il pose ; qu'ainsi la cour d'appel a légalement justifié sa décision »¹⁴⁷². Mais danger ne signifie pas existence actuelle de conséquences dommageables. Par exemple un enfant qui n'est pas vacciné et risque d'attraper l'une des maladies encore mortelles existantes est en danger avant même l'apparition d'une quelconque infection. Pour que l'intervention judiciaire se justifie légalement au regard de l'article 375 du Code civil, il faut au moins que la dangerosité de la situation du mineur soit certaine, le danger étant constitué par la forte probabilité que cette situation aboutisse à court ou moyen terme à des conséquences dommageables.

¹⁴⁷² Cass. 1re civ., 2 mai 1990, *op. cit.*

759. **Conclusion de chapitre.** Le droit des mineurs est principalement instruit par deux magistrats emblématiques, le juge aux affaires familiales et le juge des enfants. Néanmoins ce serait oublier la compétence spécifique du tribunal de grande instance en matière de filiation et de retrait de l'autorité parentale. Les textes successifs ont ainsi opéré une répartition des pouvoirs au cœur d'un même domaine afin que les questions d'une gravité certaine soient confiées à un juge spécialisé. Ce pluralisme juridictionnel, à l'heure des transformations de la justice, s'il n'apparaît pas menacé c'est en raison de la particularité du droit des mineurs. La mission des différents juges n'est et ne doit être justifiée que par la protection de l'enfant. Chaque magistrat intervient à des degrés différents de la protection des mineurs. Le contentieux suscité par le lien de filiation est confié à la formation collégiale du tribunal de grande instance alors que les contentieux suscités par la vie de ce lien sont confiés pour l'essentiel à deux juges uniques. L'unicité étant ici une garantie de proximité pour les plaideurs.

760. Ces magistrats bénéficient tous de compétences étendues, la loi leur laissant une large marge d'appréciation dans l'application de la règle de droit. La compétence du juge aux affaires familiales se limite aux hypothèses dans lesquelles l'enfant n'est pas en danger, lesquelles sont toujours réservées au juge des enfants. Cette réserve est acceptable dans la mesure où le lien entre assistance éducative et droit pénal des mineurs doit être préservé. Et du fait de sa formation et de sa pratique professionnelle, le juge des enfants dispose d'une connaissance étendue des questions de l'enfance et de la jeunesse. Le législateur a ainsi instauré une véritable spécialisation de ce métier de juge. Il ne paraît donc pas judicieux de confier l'assistance éducative au juge aux affaires familiales comme cela a pu être préconisé. Il apparaît plus adéquat que le juge des mineurs délinquants soit aussi celui du mineur en danger, car ce danger peut mener à la délinquance. Et la philosophie dans les prétoires du tribunal pour enfants relève de l'éducatif, du préventif et non du répressif. Le rôle particulier du juge des enfants rend difficilement réalisable le regroupement des compétences. Un motif d'ordre plus théorique consiste à voir dans la création d'une juridiction unique le danger de l'impérialisme d'un seul magistrat omnipotent pour le respect des libertés. La commission GUINCHARD avait préconisé la création « d'un réseau judiciaire en matière familiale »¹⁴⁷³ sans suggérer, non plus, de scission des attributions du juge des enfants.

761. Mais, le droit des mineurs n'a pas échappé à la volonté législative de concentrer entre les seules mains du juge aux affaires familiales les compétences relatives aux contentieux familiaux. L'exemple le plus révélateur de cette volonté est le transfert par la loi

¹⁴⁷³ S. GUINCHARD « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », Rapport au garde des Sceaux, Doc. fr., 2008, préconisation n° 7, p. 230 et 231.

du 12 mai 2009 des compétences du juge des tutelles concernant les mineurs au juge aux affaires familiales. La protection de l'autorité parentale s'en trouve plus cohérente en raison du lien étroit unissant tutelle et autorité parentale. L'aménagement juridique des relations entre les parents et leurs enfants comportant deux aspects, l'autorité parentale a pour fonction le gouvernement et la protection de la personne du mineur alors que l'administration légale assure la gestion de son patrimoine. Le juge aux affaires familiales est ainsi le juge compétent de ces deux aspects.

762. Ces arguments justifient le maintien du pluralisme juridictionnel concernant le droit des mineurs, mais l'articulation des compétences des différents magistrats protecteurs de l'enfant engendre des interrogations, notamment quant aux potentiels conflits de compétences.

Chapitre 2 : Un pluralisme à articuler

763. L'enfant est entouré judiciairement par des juges dont l'essence et les pouvoirs sont divers. Les différents types de procédures obéissent à une logique procédurale distincte, sont conduits par des juridictions diverses, évoluent à un rythme différent alors même que les enjeux relatifs aux mineurs sont de même nature, à savoir la protection. Lorsque le juge aux affaires familiales est saisi d'une demande tendant à prévoir les modalités d'exercice de l'autorité parentale, il incarne le protecteur de l'enfant. Il doit veiller à respecter les principes directeurs du procès, tout en rendant une décision conforme à l'intérêt de l'enfant, et surtout suffisamment précise pour être pérenne. Le juge des enfants apparaît ainsi dépossédé de son pouvoir de protection du mineur. Or, son intervention peut s'avérer nécessaire lorsque le mineur encourt un danger. L'intervention du juge des enfants est par essence temporaire et doit être limitée dans le temps. Le juge aux affaires familiales ne peut statuer que s'il est saisi, alors que le juge des enfants peut se saisir lui-même. Ils peuvent tous deux statuer en urgence. Alors que l'intervention du juge aux affaires familiales a pour objet de régler de façon durable, les modalités d'exercice de l'autorité parentale entre les parents séparés, la finalité de celle du juge des enfants est de mettre fin à une situation de danger et de permettre à l'enfant de retrouver de bonnes conditions de vie.

764. Nous parlerons de chevauchement ou d'interférence de compétences lorsque les deux magistrats interviennent successivement sur des fondements différents, et d'un conflit de compétence lors de l'incertitude du juge à saisir.

765. Les différentes juridictions peuvent être conduites à prendre les mêmes décisions concernant la résidence d'un enfant notamment¹⁴⁷⁴. Ce qui implique nécessairement des interférences¹⁴⁷⁵, des enchevêtrements de compétences (Section 1), que seule une meilleure coordination entre les magistrats peut enrayer (Section 2).

Section 1 : Les enchevêtrements de compétences

766. Les compétences du juge aux affaires familiales et du juge des enfants ont pour objet la relation de l'enfant avec ses parents, mais le juge des enfants n'est pas compétent pour statuer sur l'autorité parentale, il peut toutefois prendre des mesures qui l'impactent. De

¹⁴⁷⁴ L. GEBLER, « L'enfant et ses juges, approche transversale des procédures familiales », AJ fam. 2007. 390.

¹⁴⁷⁵ Ph. PEDROT, « L'intervention judiciaire dans la protection de l'enfant en droit civil français », thèse, Nice, 1985, p. 109.

fait, ces mesures peuvent avoir un objet identique à celui d'une décision du juge aux affaires familiales. On doit alors s'enquérir de ces enchevêtrements de compétences qui naissent entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants, ces deux juges étant principalement concernés par le droit des mineurs (I) sans oublier que des conflits de compétences peuvent aussi naître entre les autres magistrats protecteurs des mineurs (II).

I : Les enchevêtrements de compétence entre juge aux affaires familiales et juge des enfants

767. Le juge aux affaires familiales, présenté comme le « juge naturel de l'autorité parentale »¹⁴⁷⁶ peut se trouver en concurrence avec le juge des enfants, juge naturel de l'enfant en danger dans cette mission de protection. En dehors des conflits liés à la séparation familiale, des chevauchements de compétences se posent dans le cadre de désaccords opposant les parents quant à l'exercice de l'autorité parentale, en dépit de l'organisation par le Code civil de la répartition des compétences entre les deux magistrats. Qui plus est, le juge aux affaires familiales organise durablement la vie de l'enfant alors le juge des enfants intervient temporairement pour mettre fin à un danger.

768. L'article 375-3 alinéa 2 a fixé le critère de fait nouveau pour délimiter le partage des attributions. Ce fait nouveau étant entendu comme un danger non existant au moment où le juge aux affaires familiales statue mais qui surviendra postérieurement. Le législateur a ainsi entendu fixer l'intervention de ces magistrats en leur assignant un domaine d'action bien précis. Néanmoins, en dépit de ce texte, « la frontière qui sépare la compétence des deux magistrats reste obscure »¹⁴⁷⁷, notamment concernant le cas particulier de l'interdiction de sortie du territoire (C). Il est vrai que le critère d'intervention du juge des enfants est la nouveauté des faits (A), mais que ce critère a toujours fait l'objet d'une interprétation jurisprudentielle (B).

A) Le critère de fait nouveau

769. D'après les domaines d'intervention de ces deux magistrats, l'un et l'autre peuvent être saisis pour une même question et chacun dans le cadre de sa compétence.

¹⁴⁷⁶ « L'autorité parentale et ses juges », dir C. ALBIGES, coll. Carré droit, 2004, *op. cit.*

¹⁴⁷⁷ C. DELAPORTE-CARRÉ, « L'articulation des institutions de protection de la personne de l'enfant contre ses parents », *op. cit.* p. 259.

Le juge aux affaires familiales est évidemment compétent pour déterminer les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Cela étant, certaines décisions d'un juge des enfants, statuant en matière d'assistance éducative, peuvent venir modifier les conditions de vie de l'enfant et, partant, interférer avec ce qui a été déterminé par le juge aux affaires familiales. En principe, la répartition des compétences matérielles devrait être simple à déterminer, puisque le danger constitue le critère d'intervention du juge des enfants¹⁴⁷⁸. À ce titre, il ne saurait statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale¹⁴⁷⁹. Les choses sont en réalité plus subtiles, car le juge des enfants peut prendre, au titre de l'assistance éducative, 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 familiales¹⁴⁸⁰, à condition tout de même qu'un fait nouveau constituant un danger pour l'enfant ait été caractérisé¹⁴⁸¹.

770. L'objectif de l'article 375-3 est de délimiter leurs compétences, le texte semble clair, le juge des enfants ne peut intervenir que lorsqu'un fait nouveau est de nature à entraîner un danger pour l'enfant. La clarté supposée de cet article nous invite à tenter de cerner le problème (1) afin d'apprécier le critère (2).

1) Une problématique difficile à cerner

771. Après examen des compétences respectives de ces deux magistrats, l'on pourrait considérer que tout risque de chevauchement voire de conflit de compétences semble écarté puisque le juge des enfants est compétent lorsque le mineur est en danger, et le juge aux affaires familiales détermine les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixe les droits des parents séparés. Leurs compétences sont ainsi complémentaires. Cette répartition d'apparence simple se complique dès l'instant où un juge des enfants prend des mesures aboutissant à imposer des modalités d'exercice de l'autorité parentale différentes de celles prévues par le juge aux affaires familiales. Cette coexistence de la détermination de l'exercice de l'autorité parentale et d'un danger encouru par l'enfant va faire naître une interférence. Un auteur relève à propos que leurs critères d'intervention sont très proches, les juridictions se fondent sur un critère commun, « l'intérêt de l'enfant, qu'elles peuvent apprécier

¹⁴⁷⁸ V. EGÉA, « La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille », Defrénois, 2010, n° 504

¹⁴⁷⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 14 novembre 2007, JurisData)2008-351064Defrénois 2008. 577, obs. Massip; Dr. fam. 2008, com. n° 7, note Murat, RJPF 2008, p. 37, obs. Eudier.

¹⁴⁸⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 26 janvier 1994, D. 1994. Jurisprudence 278, note Huyette ; Defrénois 1994. 781, obs. Massip, *op. cit.*

¹⁴⁸¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 14 mars 2006 n° 05-13.360, D. 2006. 1947, note M. Huyette ; *Ibid.* 2430, obs. M. Douchy-Oudot ; *Ibid.* 2007. 2192, obs. A. Gouttenoire et L. Brunet ; AJ fam. 2006. 288, obs. H. Gratadour ; RTD civ. 2006. 299, obs. J. Hauser ; Dr. fam. 2006, comm. 144. Obs. A. Gouttenoire.

différemment »¹⁴⁸². La loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004¹⁴⁸³ a d'ailleurs inséré la référence à l'intérêt de l'enfant à 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. 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 ».

772. Nous l'avons étudié, la notion de danger de l'article 375 du Code civil justifie la compétence du juge des enfants. Limitée à ce critère, l'intervention de ce juge paraît exclusive, alors même qu'une procédure de divorce serait en cours puisque le juge des enfants est le juge naturel de l'enfance en danger. Ce critère paraît néanmoins insuffisant, le législateur s'est donc efforcé de délimiter les compétences de ces deux magistrats en adoptant un critère reposant sur la notion de « fait nouveau ». Mais cette distinction ne suffit néanmoins pas à résoudre la question de l'articulation de leurs décisions respectives. L'alinéa 2 de l'article 375-3 du Code civil pose le principe en énonçant que « Toutefois, 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 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. 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. Les mêmes règles sont applicables à la séparation de corps ».

2) Un critère « fonctionnel » de répartition des compétences.

773. Le législateur 1970¹⁴⁸⁴ avait entériné les conflits susceptibles de se poser en déterminant que « les pouvoirs exorbitants reconnus par le législateur au juge des enfants ne doivent pas être employés de manière abusive, et qu'il ne doit en être fait usage que si un péril sérieux menace le mineur. En particulier, il ne doit être porté atteinte aux décisions de justice antérieures concernant la garde que si un fait nouveau ignoré de la juridiction ordinaire rend nécessaire l'intervention urgente du magistrat spécialisé »¹⁴⁸⁵. Avant l'adoption de

¹⁴⁸² Y. LEGUY, « L'intérêt personnel de l'enfant et les relations familiales », thèse, Rennes, 1973, p. 441.

¹⁴⁸³ Loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance, J.O. du 3 janvier 2004.

¹⁴⁸⁴ La loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, J.O. du 5 juin 1970.

¹⁴⁸⁵ M. TISSERAND, « Rapport au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi relatif à l'autorité parentale et portant réforme de différentes dispositions du Code civil concernant le droit de la famille », n° 1032, 1970, t. 1, p. 40.

l'article 375-3 du Code civil, il était traditionnellement admis par la jurisprudence que la compétence normale du juge du divorce en matière de fixation et d'exercice de garde des enfants mineurs n'excluait pas celle du juge des enfants en procédure d'assistance éducative¹⁴⁸⁶. Les juridictions se divisant lorsqu'il s'agissait de résoudre les concurrences de compétences, certaines se référaient à la notion d'urgence alors que d'autres se référaient à la notion de faits nouveaux.

774. L'article 375-3 limite ainsi la compétence du juge des enfants en cas de fixation des modalités de la résidence de l'enfant et du droit de visite et d'hébergement du parent ou gardien en s'en remettant à la notion de faits nouveaux. Le manque de clarté de ce critère a conduit le législateur à ajouter que le fait nouveau doit se révéler postérieurement à la décision statuant sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou confiant l'enfant à un tiers. Ce critère a suscité de nombreuses critiques notamment, une partie de la doctrine considère que seul le danger fonde la compétence du juge des enfants¹⁴⁸⁷.

B) L'application jurisprudentielle du fait nouveau

775. L'alinéa 2 de l'article 375-3 du Code civil règle la question de la répartition des compétences en disposant 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 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. 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. Les mêmes règles sont applicables à la séparation de corps ». Le texte envisage deux hypothèses, celle dans laquelle l'intervention du juge des enfants est postérieure à celle du juge aux affaires familiales (1), et lorsque l'intervention du juge des enfants est antérieure à celle du juge aux affaires familiales (2).

1) L'intervention du juge des enfants postérieure à celle du juge aux affaires familiales

776. « Il est bien connu que les plaideurs tentent d'obtenir du juge des enfants ce

¹⁴⁸⁶ Chambéry, 7 octobre 1965, RD sanit. Soc. 1966. 153. obs. Raynaud.

¹⁴⁸⁷ M. TISSERAND, *op. cit.*, p. 42. ; Trib. Enf. Paris, 18 avril 1988, note J.-F. RANUCCI, D. 1988. 574.

qu'ils n'ont pas pu obtenir du juge aux affaires familiales »¹⁴⁸⁸. Et c'est principalement la facilité de saisine du juge des enfants qui conduit parfois à le saisir à mauvais escient, au détriment d'autres magistrats en principe compétents¹⁴⁸⁹. La saisine du juge des enfants n'est envisageable que lorsque l'enfant encourt un danger.

777. Il existe en pratique deux situations de saisine du juge des enfants postérieurement à celle du juge aux affaires familiales, afin de fixer la résidence alors que l'enfant encourt potentiellement un danger (a) et pour fixer le droit de visite et d'hébergement du parent non gardien (b).

a) La résidence de l'enfant

778. Lorsque le juge des enfants est saisi dans un deuxième temps alors que le juge aux affaires familiales a déjà statué sur la résidence de l'enfant, règle imposée par le Code au juge aux affaires familiales, il ne pourra pas modifier la décision antérieurement prise s'il n'y a pas d'éléments nouveaux. Le juge des enfants ne peut modifier la résidence de l'enfant, en procédant à son placement, que s'il se fonde sur un fait nouveau justifiant qu'il revienne sur la décision prise par le juge aux affaires familiales. Déjà, Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 6 décembre 1962, l'article 375 trouvait à s'appliquer, quelles que soient « les procédures en cours devant les juridictions compétentes ou les décisions qui ont été prises par celles-ci relativement à la puissance paternelle sur le mineur ou sa garde, dès lors que le juge des enfants possède des éléments d'information qui n'avaient pu être soumis ou n'ont pas été soumis aux juridictions civiles »¹⁴⁹⁰.

779. Le fait nouveau doit être de nature à entraîner un danger pour le mineur. Si le danger existait déjà lorsque le juge aux affaires familiales a statué, il aura tenu compte de cet élément, il n'est pas opportun que le juge des enfants intervienne. Pour modifier les conditions de vie du mineur, le juge des enfants doit alléguer d'un élément qui n'existait pas lorsque le juge aux affaires familiales a statué et qui justifierait qu'une autre décision soit rendue¹⁴⁹¹. Une cour d'appel s'est référée uniquement à l'état de danger tel que caractérisé par les juges du premier degré compte tenu de la pression psychologique de la mère, et n'a pas vérifié que cette condition de danger fût encore remplie au moment où elle a statué. Elle n'évoque à aucun moment un fait nouveau et indique même que l'urgence n'est pas caractérisée. Le juge des enfants ne peut pas placer un enfant et donc, par voie de

¹⁴⁸⁸ Cass. 1^{re} civ., 14 novembre 2007, JurisData, n° 2008-351064, *op. cit.*

¹⁴⁸⁹ L. GEBLER, « L'enfant et ses juges, approche transversale des procédures familiales », AJ fam. 2007. 390.

¹⁴⁹⁰ CA Paris, 6 décembre 1962, D. 1963. 271, note Falconetti.

¹⁴⁹¹ Cass. 1^{re} civ., 14 mars 2006, n° 05-13.360, *op. cit.*

conséquence, régler le droit de visite des parents si aucun fait nouveau ne s'est produit depuis la dernière décision du juge aux affaires familiales. La Cour de cassation exerce un contrôle sur l'existence de ce fait nouveau : « qu'en statuant ainsi, sans caractériser au jour où elle statuait, l'état de danger dans lequel se trouvaient les mineurs en raison d'un fait nouveau survenu postérieurement à l'ordonnance de non-conciliation justifiant le retrait des enfants de leur milieu actuel, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »¹⁴⁹².

780. Un juge des enfants peut, en raison du comportement violent d'un père, fixer la résidence des enfants chez leur mère alors que le juge aux affaires familiales l'avait fixée chez le père¹⁴⁹³. En revanche, un juge des enfants qui ordonne la remise des enfants au père alors que le juge aux affaires familiales avait fixé leur résidence chez la grand-mère et qu'une mesure d'assistance éducative n'apparaît pas nécessaire excède ses pouvoirs¹⁴⁹⁴. Selon l'article 375-1 du Code civil, le juge des enfants est compétent « pour tout ce qui concerne l'assistance éducative », et il y a longtemps déjà que la Cour de cassation a rappelé en Assemblée plénière que la compétence du juge des enfants est exceptionnelle¹⁴⁹⁵, la décision de placement ou de remise de l'enfant qui contredirait une décision du juge aux affaires familiales suppose en plus du danger, la démonstration de faits nouveaux.

b) La réglementation du droit de visite et d'hébergement

781. La mise en œuvre de l'article 375-3 du Code civil en cas de modification d'un droit de visite et d'hébergement ne relève pas de l'évidence puisque le texte ne fait référence qu'au placement. Le juge des enfants est saisi pour suspendre droit de visite et d'hébergement accordé par le juge aux affaires familiales au parent non gardien, et c'est la situation la plus fréquente, un danger est dénoncé au domicile de ce parent, le juge des enfants ne peut intervenir que si l'enfant a fait l'objet d'un placement et il ne pourra pas intervenir si aucune mesure éducative n'est ouverte, préalable indispensable.

782. Mais, en dehors de tout placement, le juge des enfants peut avoir connaissance, dans le cadre d'une procédure d'assistance éducative en cours, d'une situation de danger se produisant au domicile du parent lors de l'exercice par celui-ci de son droit de visite et d'hébergement. Dans ce cas, le juge aux affaires familiales peut être saisi par l'un des parents d'une requête en suspension ou en aménagement du droit de visite de ce parent, mais le juge des enfants, informé par le service qu'il a mandaté, peut également prendre cette mesure pour

¹⁴⁹² Cass. 1^{re} civ., 14 mars 2006, n° 05-13.360, *op. cit.*

¹⁴⁹³ Cass. 1^{re} civ. 11 juillet 2006, n° 05-05.007, RJPF 2006-12, obs. F. Eudier.

¹⁴⁹⁴ Cass. 1^{re} civ., 14 novembre 2007, *op. cit.*

¹⁴⁹⁵ Cass. Ass. plén. 23 juin 1972, n° 70-80.004 Bull. civ. Ass. Plén. 1972.

assurer la sécurité de l'enfant. Cette possibilité d'aménager le droit de visite fixé par le juge aux affaires familiales en dehors de tout placement a été confirmée à plusieurs reprises par la Cour de cassation¹⁴⁹⁶ et entérine cette interprétation jurisprudentielle empreinte de souplesse. Ces décisions ont fait l'objet de critiques¹⁴⁹⁷, il nous semble cependant qu'elles sont adaptées aux exigences de la protection des enfants.

783. Seul le juge des enfants peut ordonner une mesure d'action éducative en milieu ouvert prévue par l'article 375-2 du Code civil. Si le juge aux affaires familiales a déjà statué sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, il n'est pas nécessaire de mettre en évidence un fait nouveau pour ordonner une mesure d'AEMO,¹⁴⁹⁸ car celle-ci s'exerce principalement au domicile du parent chez lequel la résidence des enfants a été fixée. Soit le juge des enfants statue sur les modalités d'application de la décision du juge aux affaires familiales¹⁴⁹⁹, il ne l'a modifié pas, il n'a donc pas à constater de faits nouveaux, soit le danger constaté justifie une véritable modification et il lui appartiendra d'exciper l'existence de ces faits nouveaux.

784. Dès qu'une mesure de placement est ordonnée par le juge des enfants, la compétence du juge aux affaires familiales s'efface, la Cour de cassation a estimé 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 »¹⁵⁰⁰. En l'espèce, l'arrêt d'une chambre spéciale des mineurs avait déclaré irrecevable la demande du grand-oncle et de la grand-tante d'un enfant tendant à obtenir un droit de visite et d'hébergement de leur petit-neveu confié, par une décision du juge des enfants, au service départemental de l'aide sociale à l'enfance. Cet arrêt va être cependant cassé pour violation des articles 371-4, alinéa 2, 375-1 et 375-7 du Code civil. Cette compétence du juge des enfants apparaît ici comme un accessoire de la décision de placement, elle-même fonction d'une situation de

¹⁴⁹⁶ Cass. 1^{re} civ., 26 janvier 1994, n° 91-05.083, D. 1994. 278, note M. Huyette ; RDSS 1995. 179, note F. Monéger ; et Cass. 1^{re} Civ., 10 juillet 1996, n° 95-05.027, Bull. civ. I, n° 313 ; D. 1996. 205 ; RTD civ. 1997. 410, obs. J. Hauser.

¹⁴⁹⁷ Comme a pu le remarquer M. Massip dans une note sous l'arrêt Cass. Civ. 1^{re}, 3 février et 2 juin 1987, D. 1987, p. 515, le projet initial de l'article 375-3 contenait une disposition beaucoup plus radicale que celle adoptée : lorsque le juge du divorce était saisi, c'était à lui seul de décider, soit de prendre lui-même la mesure d'assistance éducative qui s'imposait, soit de renvoyer l'affaire devant le juge des enfants. « Cette disposition, écrit M. Massip, avait soulevé des protestations des magistrats spécialisés dans la protection de la jeunesse et n'avait pas été adoptée.

¹⁴⁹⁸ Cass. 1^{re} civ., 23 février 1994, n° 93-05.003, RDSS 1995. 179, note F. Monéger ; RTD civ. 1994. 341, obs. J. Hauser ; JCP 1994. I. 1086.

¹⁴⁹⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰⁰ Cass. 1^{re} civ., 9 juin 2010, n° 09-13.390, JurisData n° 2010-008750 ; Bull. civ. 2010, I, n° 130. ; AJ fam. 2010. 325, obs. E. Durand ; D. 2010. 2343, note M. Huyette ; *Ibid.* 2092, chron. N. Auroy et C. Creton ; RTD civ. 2010. 546, obs. J. Hauser.

danger. La Cour de cassation a considéré que seul le juge des enfants était compétent pour statuer sur une demande de droit de visite présentée par une grand-tante et un grand-oncle. Cette interprétation de la Cour de cassation semble guidée par le souci de simplifier le contentieux du droit de visite dès lors qu'un juge des enfants est saisi. En effet, un seul magistrat est alors compétent¹⁵⁰¹ et peut statuer au vu des derniers éléments que lui seul connaît. Néanmoins, si le tiers perd son droit de visite et si l'enfant n'est plus placé ou si la procédure d'assistance éducative est clôturée par le juge des enfants, les parties devront saisir le juge aux affaires familiales. La jurisprudence reconnaît ainsi une compétence assez large en matière de droit de visite afin d'assurer la sécurité de l'enfant. Notamment, « en raison de la situation de violence qu'il ferait régner, le droit de visite du père peut ne s'exercer que dans le cadre des mesures prises par le juge des enfants »¹⁵⁰².

2) L'intervention du juge des enfants antérieure à celle du juge aux affaires familiales

785. La seconde partie de l'alinéa 2 de l'article 375-3 du Code civil prévoit l'hypothèse selon laquelle le juge aux affaires familiales est saisi dans un deuxième temps pour fixer la résidence principale de l'enfant alors que ce dernier a été confié par le juge des enfants à un tiers.

786. Cette hypothèse ne laisse pas de place au doute, la compétence du juge des enfants limite celle du juge aux affaires familiales. La décision de ce dernier est suspendue jusqu'à la levée de la mesure d'assistance éducative. Le juge aux affaires familiales est pourtant compétent pour fixer les modalités d'exercice de l'autorité parentale entre les parents, ces derniers n'étant pas dépossédés de leurs prérogatives en dépit de la mesure d'assistance éducative. Toutefois, la mesure d'assistance éducative prime la décision du juge aux affaires familiales. Ainsi, dans un arrêt rendu le 11 juillet 2006 par la première chambre civile de la Cour de cassation, un juge aux affaires familiales avait prononcé un divorce alors que les enfants du couple étaient déjà placés au service de l'aide sociale à l'enfance. Les modalités d'exercice de l'autorité parentale prévues dans le jugement de divorce avaient donc vocation à s'appliquer à compter de la mainlevée du placement des enfants¹⁵⁰³.

787. Le juge aux affaires familiales devra fixer la résidence de l'enfant chez le

¹⁵⁰¹ 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. 222. - V. égal. L. Gebler, L'enfant et ses juges, AJ fam. 2007. 390. a Cour d'appel de Paris défend cette même position en cas de placement pour des raisons de simplicité, rapidité, souplesse et efficacité. - V., sur ce point, l'article de P. Chaillou.

¹⁵⁰² Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2010, n° 08-19.986, JurisData n° 2010-011729.

¹⁵⁰³ Cass. 1^{re} civ. 11 juillet 2006, n° 05-05.007, RJPJF 2006-12, obs. F. Eudier, *op. cit.*

parent qui à terme, sera le plus apte à l'élever. Nous pouvons relever la difficulté pour le juge aux affaires familiales de devoir se projeter dans l'avenir sur la capacité d'un parent alors qu'une mesure d'assistance éducative est instituée et que donc la cellule familiale se trouve dans une situation de difficultés.

C) Le cas particulier de la sortie du territoire

788. La loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences conjugales et aux incidences de ces dernières sur les enfants¹⁵⁰⁴ a prévu la possibilité pour le juge aux affaires familiales et le juge des enfants de prononcer une interdiction de sortie du territoire dans l'intérêt de l'enfant à protéger. Le risque susceptible de remettre en cause le maintien des liens de l'enfant avec ses deux parents est ainsi encadré et la Cour de cassation confère au juge un pouvoir souverain pour apprécier la réalité de ce risque. Le juge des enfants ne peut prononcer cette mesure de prévention contre les enlèvements d'enfants que dans un délai de deux ans, en application de l'article 375-7 du Code civil. Elle peut également être prononcée par le juge aux affaires familiales en application de l'article 373-2-1 du Code civil. Ce dernier, en matière d'autorité parentale, particulièrement quand les parents sont séparés, peut ordonner l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français sans l'autorisation des deux parents. Cette interdiction est inscrite au fichier des personnes recherchées par le procureur de la République. Il peut aussi ordonner cette mesure dans le cadre d'une ordonnance de protection.

Cette interdiction explicitée par le décret du 10 septembre 2012¹⁵⁰⁵, et accompagnée d'une circulaire interprétative¹⁵⁰⁶ peut être ordonnée par le juge aux affaires familiales dans le cadre d'une procédure ordinaire et peut durer toute la minorité de l'enfant ou au titre des mesures relevant d'une ordonnance de protection et sa durée est alors limitée à quatre mois, sauf prolongation en cas d'introduction d'une requête en divorce ou en séparation de corps.

Dans tous les cas, le greffe du juge aux affaires familiales doit aviser le procureur de la République de la mesure d'interdiction de sortie de territoire pour que celui-ci en informe le service gestionnaire du fichier des personnes recherchées.

¹⁵⁰⁴ 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, J.O. du 10 juillet 2010.

¹⁵⁰⁵ Décret n° 2012-1037 du 10 septembre 2012 relatif à la mise en œuvre de l'interdiction de sortie du territoire du mineur sans l'autorisation des deux parents, J.O. du 11 septembre 2012.

¹⁵⁰⁶ Circulaire du 12 septembre 2012 relative à la présentation du décret n°2012-1037 du 10 septembre 2012 relatif à la mise en œuvre de l'interdiction de sortie du territoire du mineur sans l'autorisation des deux parents, NOR. JUSC1230524C, Bulletin officiel du ministère de la Justice.

789. Le décret prévoit l'hypothèse d'une sortie ponctuelle du territoire d'un mineur faisant l'objet d'interdiction de sortie du territoire sans l'autorisation des deux parents. Si l'enfant voyage avec ses deux parents, aucune formalité n'est exigée, en revanche, pour un voyage scolaire ou en cas de voyage avec un seul parent, un officier de police judiciaire devra préalablement recueillir l'accord des deux parents ou du parent absent.

L'inscription sur le passeport des parents de l'interdiction de sortie de territoire de l'enfant « n'en constitue pas moins une atteinte aux droits parentaux ». Le juge aux affaires familiales doit donc se fonder sur le risque d'enlèvement ou de non-représentation de l'enfant par un des parents pour ordonner l'inscription de l'interdiction de sortie de territoire de l'enfant sur le passeport d'un parent.

Les juges du fond avaient également formellement « fait interdiction à chacun des parents de faire quitter à l'enfant le territoire national français sans autorisation de l'autre parent »¹⁵⁰⁷. Or le prononcé d'une telle interdiction semble indiquer que la sortie de l'enfant du territoire national constitue *a priori* un acte qu'un parent peut en principe faire seul, autrement dit un acte usuel, ce qui paraît pour le moins discutable. La Cour de cassation se contente de confirmer l'inscription de l'interdiction de sortie de territoire sans préciser si le juge pouvait prononcer l'interdiction elle-même.

790. Dans l'hypothèse où un juge des enfants est saisi d'une demande d'interdiction de sortie du territoire, il interdit la sortie à l'enfant alors qu'une ordonnance de protection du juge aux affaires familiales a été prononcée et le juge des enfants a pu décider du placement de l'enfant, on lui demande ainsi d'arbitrer une question accessoire à la résidence. Le conflit de compétence doit se résoudre sur le terrain, il faut déterminer quelle procédure est en cours et saisir le juge qui a déjà une mesure en cours, car l'on peut se trouver devant un réel cas de contrariété de décisions, un juge qui autorise la sortie et l'autre la refuse, deux titres exécutoires seraient donnés à la même personne, la justice contribue ainsi à l'impossibilité de l'exécution de sa propre décision. Il est ainsi impératif que le juge des enfants s'assure au préalable de l'hypothétique saisine du juge aux affaires familiales.

II : Les autres enchevêtrements de compétences

791. Les chevauchements de compétence entre les magistrats protecteurs de l'enfant ne sont pas l'apanage du juge des enfants et du juge aux affaires familiales. En raison de l'absorption des compétences du juge des tutelles des mineurs par le juge aux affaires

¹⁵⁰⁷ CA Paris 13 février 2014 n° 13-02.2014 ; note E. Viganotti, AJ fam. 2014. 306.

familiales, les conflits de compétences que pouvait susciter le partage des compétences entre juge des tutelles et juge aux affaires familiales, notamment en cas de désaccord des parents relatif à un acte concernant l'enfant, ont disparu. Néanmoins, un même enfant peut relever de la compétence de plusieurs magistrats du siège, mais aussi du parquet. Or, inévitablement, la délimitation des compétences entre le juge des enfants, le juge aux affaires familiales et le parquet va se poser (A), entre juge des enfants et Tribunal de grande instance (B), mais aussi entre juge des enfants (C).

A) Le juge des enfants et le Ministère public

792. Le parquet est incontournable en matière de protection judiciaire des mineurs. Il est en effet un des premiers à être informé du danger encouru par un mineur. Entre les magistrats du parquet et ceux du siège, les lignes de conduite de compétence sont dessinées par les codes de procédure civile et de procédure pénale. Le parquet dispose de tout un panel de mesures à l'égard des mineurs, soit parce qu'ils sont délinquants, soit parce qu'ils sont victimes. Mais ce qui nous intéresse c'est la faculté qui lui est reconnue par les textes de prendre des mesures d'assistance éducative en cours d'instance, faculté conditionnée par l'urgence (1), et dont le caractère est provisoire (2).

1) Un pouvoir conditionné par l'urgence

793. En cas d'urgence, le procureur de la République, du lieu où le mineur a été trouvé, a le pouvoir de prendre des mesures d'assistance éducative. L'article 375-5 du Code civil dispose ainsi « À titre provisoire, mais à charge d'appel, le juge peut, pendant l'instance, soit ordonner la remise provisoire du mineur à un centre d'accueil ou d'observation, soit prendre l'une des mesures prévues aux articles 375-3 et 375-4. 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 huit 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 ». L'urgence doit ainsi s'apprécier par rapport à l'intérêt de l'enfant, il s'agit pour le procureur de la République de déterminer, compte tenu de ce qui est nécessaire pour sortir l'enfant du danger dans lequel il se trouve, s'il doit transmettre au juge des enfants le dossier ou s'il doit prendre lui-même la décision. La question se posera le plus souvent

relativement à la santé de l'enfant, lorsque le procureur est saisi par un médecin de l'autorisation d'un traitement alors que l'enfant est en danger de mort. En principe, c'est le juge des enfants qui devrait être saisi, mais il ne faut pas oublier que l'ancien Code de déontologie médicale, en son article 22, indiquait au médecin de saisir le procureur¹⁵⁰⁸.

2) Un pouvoir à caractère provisoire

794. Ces mesures ne sont que provisoires, le conflit de compétences l'est en conséquence aussi. Le parquet doit saisir le juge des enfants dans les huit jours, à charge pour lui de confirmer, d'infirmer ou de modifier la mesure qui a été décidée par le parquet. Cependant certaines mesures prises par le parquet vont se révéler irréversibles, leur caractère provisoire est donc très théorique, notamment en ce qui concerne la santé de l'enfant.

795. Par ailleurs, l'article 706-49 du Code de procédure pénale, tel qu'il résulte de la loi no 98-468 du 17 juin 1998, dispose : « Le procureur de la République ou le juge d'instruction informe sans délai le juge des enfants de l'existence d'une procédure concernant un mineur victime de l'une des infractions mentionnées à l'article 706-47 (mauvais traitements, notamment à caractère sexuel) et lui en communique toutes pièces utiles, dès lors qu'une procédure d'assistance éducative a été ouverte à l'égard du mineur victime de cette infraction ». Il y a donc une collaboration nécessaire entre le parquet et le juge des enfants, afin que la procédure d'assistance éducative puisse avoir sa pleine efficacité à l'égard de l'enfant victime. Le parquet peut donner l'information au juge des enfants ou bien le saisir en vue d'une mesure d'assistance éducative puisque l'article 375 du Code civil lui en donne le pouvoir.

B) Le juge des enfants et le Tribunal de grande instance

796. L'intervention du juge des enfants au travers de l'assistance éducative entend mettre fin au danger couru par un mineur et lui permettre de retrouver sa place au foyer familial, au terme de la mesure. Cette mesure qui exclut tout jugement porté sur le comportement parental ainsi que toute idée de sanction, doit, autant que faire se peut, respecter l'autorité parentale. Cette exigence fondamentale est posée par l'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 ».

¹⁵⁰⁸ T. enfants Le Havre, 20 décembre 1996, Gaz. Pal. 1997. 2. 626, note F.-J. Pansier.

Le juge des enfants ne prive pas les parents de leur droit, il peut seulement en restreindre l'exercice. Le retrait, anciennement déchéance, de l'autorité parentale est prononcée à la suite de fautes graves commises par les parents, dans les cas strictement déterminés par les articles 378, alinéa premier, et 378-1 du Code civil¹⁵⁰⁹. Ainsi exposée l'assistance éducative se distingue du retrait de l'autorité parentale. Néanmoins, les deux institutions, en dépit de leurs différences conceptuelles, peuvent entretenir des rapports assez étroits (1), elles sont toutes deux fondées sur l'intérêt de l'enfant et mettent en exergue la prééminence du juge des enfants (2)

1) Des rapports étroits entre les deux institutions

797. À la lecture des textes relatifs à l'assistance éducative et au retrait total de l'autorité parentale, apparaît une similitude factuelle entre les deux institutions. Le contenu de l'article 375 du Code civil visant « la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur » évoque celui de l'article 378-1, alinéa 1 du Code civil qui renvoie à un comportement répréhensible, un défaut de soins ou un manque de direction mettant manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant. Des faits identiques peuvent ainsi déboucher sur l'une ou l'autre de ces mesures. Il en est de même lorsque le retrait est fondé sur l'article 378 du Code civil c'est-à-dire à la suite d'un jugement pénal. Le retrait peut en outre de manière indépendante être motivé soit par une infraction commise sur la personne de l'enfant ayant entraîné une condamnation pénale soit par le danger manifeste couru par le mineur répondant aux conditions posées par l'alinéa 1 de l'article 378-1.

798. L'assistance éducative est souvent préférée, car elle est plus souple dans sa mise en œuvre et constitue une réponse rapide au danger couru par l'enfant. Le retrait fait alors figure de mesure d'assistance éducative aggravée, à utiliser ultérieurement uniquement en cas d'échec de la première mesure. En effet, la mesure d'assistance éducative conserve aux parents leur autorité. Le retrait, mesure exceptionnelle, peut toujours être prononcé comme mesure de protection ultime si la mesure d'assistance éducative ne suffit pas. Il n'est alors pas nécessaire d'attendre l'écoulement du délai de deux ans imposé par l'article 378-1.

¹⁵⁰⁹ Voir notamment JCl. Droit de l'enfant, Fasc. 650 ou Civil Code, Art. 371 à 387, fasc. 30 ou Notarial Répertoire, V° Autorité parentale, fasc. 30

2) La prééminence du juge des enfants

799. En matière d'articulation des compétences entre juge des enfants et Tribunal de grande instance, la jurisprudence apporte des éléments de réponse. Dans un arrêt du 11 juin 1990 de la Cour d'appel de Poitiers¹⁵¹⁰, un juge des enfants avait ordonné en assistance éducative le retrait de l'enfant de son milieu familial et avait confié ce dernier au service départemental de l'aide sociale à l'enfance. Le mineur avait alors été placé en famille d'accueil. Ultérieurement, la cour d'assises avait prononcé un retrait partiel d'autorité parentale, privant de ce fait la mère incarcérée de son droit de garde. Toutefois cette dernière juridiction n'ayant pas précisé à qui l'enfant devait être confié, le père avait réclamé l'effectivité de son droit. Il prétendait qu'en raison du silence de l'arrêt de la cour d'assises il avait priorité à se voir confier l'enfant en application de l'article 375-3,1° du Code civil, ce que refusa de lui accorder le juge des enfants. La Cour d'appel de Poitiers avait ainsi pu affirmer que « le juge pour enfants, intervenant concurremment à d'autres juridictions tire compétence dans le contrôle des mesures qu'il prend d'assurer l'équilibre de la protection judiciaire en intégrant les diverses décisions et en se référant à l'exercice de l'autorité parentale qui en résulte ». Le juge des enfants avait constaté que la mère, privée du droit de garde dans le cadre du retrait partiel d'autorité, avait tout de même conservé un droit de visite et de correspondance et que ces relations affectives étaient nécessaires à l'équilibre de l'enfant. Or elles suscitaient l'hostilité du père qui voulait y mettre fin en obtenant que l'exercice de l'autorité parentale lui soit confié. La cour d'appel confirmait la décision de première instance qui, après évaluation de l'intérêt de l'enfant, avait refusé de transférer la garde au père qui ne présentait pas de garantie suffisante et tendait à dévaloriser la mère.

800. La prééminence du juge des enfants dans l'ensemble du dispositif de protection de l'enfance que consacre cette décision s'explique aisément, ce magistrat peut prendre toutes les mesures nécessaires, tant que dure le danger, il peut même s'autosaisir. Les autres magistrats qui peuvent intervenir de manière concurrente, ne peuvent le faire qu'à condition d'avoir été saisis, par un parent ou par le Ministère public. La solution est logiquement la même qu'en matière de difficultés de répartition des compétences avec le juge aux affaires familiales lorsqu'il intervient dans un deuxième temps, la décision du juge des enfants prévaut, dans l'intérêt de l'enfant.

¹⁵¹⁰ CA Poitiers, 11 juin 1990, JurisData n° 1990-052170.

C) Les conflits de compétences entre juges des enfants

801. Plusieurs juges des enfants ne peuvent être simultanément compétents pour statuer sur le fond concernant un même enfant¹⁵¹¹. Le juge territorialement compétent est celui du lieu où demeure le « gardien de l'enfant », c'est-à-dire le plus souvent le domicile de ses parents, ou, à défaut, le juge du lieu où demeure le mineur selon les dispositions de l'article 1181 du Code de procédure civile.

802. Un ordre de priorité est donc établi entre les différents juges possibles : le juge du lieu où vivent les adultes est préféré au juge du lieu où vit l'enfant, celui-ci n'ayant qu'une compétence supplétive. Lorsque les parents ont des domiciles séparés, le juge compétent est le juge du lieu chez lequel le mineur réside, sauf si cette résidence résulte d'une voie de fait¹⁵¹². L'urgence peut conduire un juge des enfants, incompétent territorialement, à se saisir d'un danger concernant un enfant. Selon l'article 1184 du Code de procédure civile, « si l'urgence le requiert, les mesures provisoires peuvent aussi être prises, sans préjudice des dispositions du second alinéa de l'article 375-5 du Code civil, par le juge des enfants du lieu où le mineur a été trouvé, à charge pour lui de se dessaisir dans le mois au profit du juge territorialement compétent ». Le juge de l'urgence devra donc transférer le dossier au juge territorialement compétent. Il en irait de même si le domicile du « gardien de l'enfant » ou de l'enfant lui-même venait à changer ; le nouvel article 1181, alinéa 2, dispose en effet : « Si la personne mentionnée à l'alinéa précédent change de résidence, le juge se dessaisit au profit du juge de la nouvelle résidence, sauf ordonnance motivée ». Cette décision, qui ne constitue pas une mesure d'administration judiciaire, est susceptible d'appel¹⁵¹³. En cas de changement de département, les présidents des deux conseils généraux, celui de département de départ et celui d'arrivée devront être informés. Le juge peut déléguer sa compétence au juge du lieu où le mineur a été placé soit volontairement, soit par décision de justice, à l'effet d'organiser une des mesures prévues aux articles 375-2 et 375-4 du Code civil et d'en suivre l'application selon les dispositions de l'article 1199 du Code de procédure civile. De même, en cas de placement supérieur à deux ans hors du ressort du juge ordonnant la mesure, la compétence du juge est déléguée¹⁵¹⁴. Le juge pourra également se dessaisir au profit d'un autre juge également compétent, dans le souci d'une bonne administration de la justice¹⁵¹⁵.

¹⁵¹¹ Cass. Civ. 1re, 2 mars 1982, Bull. civ. I, no 91, JCP 1982. IV. 175.

¹⁵¹² Toulouse, 10 décembre 2006, Dr. fam. 2007. Comm. 81, obs. J.-B. Thierry.

¹⁵¹³ Cass. Civ. 1re, 11 mars 2009, no 08-12.097, D. 2009. 872 note M. Huyette.

¹⁵¹⁴ Article 1199-1, alinéa 2 du Code de procédure civile, Décret n° 2008-1486, 30 décembre 2008, J.O. du 31 décembre 2008.

¹⁵¹⁵ Cass. Civ. 1re, 11 octobre 1989, Gaz. Pal. 1991. I. Pan. 26.

803. La compétence du juge des enfants à l'égard d'un mineur étranger placé en zone d'attente faisait jusqu'alors l'objet de débat. L'arrêt du 25 mars 2009¹⁵¹⁶ met heureusement fin à une ambiguïté gênante quant à la possibilité pour un juge des enfants de prendre des mesures d'assistance éducative à l'égard d'un mineur étranger isolé placé en zone d'attente. En effet, la compétence du juge des enfants s'étend en principe à tous les mineurs situés sur le territoire national quelle que soit leur nationalité et un certain nombre de juridictions du fond avaient estimé que le juge des enfants peut « intervenir sur le fondement des articles 375 et suivant du Code civil dès lors que le mineur étranger est, à raison de la défaillance supposée de l'autorité parentale et de son isolement, la proie potentielle de réseaux divers et que, par conséquent, il est en réel danger ¹⁵¹⁷ ». Cependant, la mise en œuvre de ces décisions pouvait être subordonnée à la sortie de cette zone par le parquet ou le préfet. Il en était ainsi dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 25 mars 2009, le procureur général de la cour d'appel, le préfet et le ministre de l'Intérieur, défendeurs au pourvoi, prétendant que « cette mesure de protection ne peut être mise en œuvre que sur le territoire national, ce qui n'est pas le cas de l'espèce, le mineur iraquien n'ayant pas pour l'instant été autorisé à séjourner en France ». La Cour de cassation oppose un argument implacable en affirmant que « la zone d'attente se trouve sous contrôle administratif et juridictionnel national ». Puisque la zone d'attente se trouve France, les mesures d'assistance éducative s'appliquent donc aux mineurs isolés s'y trouvant.

804. Le regroupement de nombreuses compétences concernant les mineurs entre les mains du juge aux affaires familiales permet de disposer d'une vision plus globale de la situation de l'enfant et de la famille. Mais en dépit de ce regroupement, les chevauchements de compétences entre les magistrats des mineurs existent encore, et compte tenu de cet enchevêtrement des compétences autour d'un même enfant et en même temps, il apparaît essentiel que l'information circule afin de limiter ces interactions qui peuvent se révéler néfastes et éviter à l'enfant de subir deux fois les mesures d'investigations. Nous pouvons même dire que l'efficacité des procédures impliquant un mineur et le respect de son intérêt dépend de cette communication.

¹⁵¹⁶ Civ. 1^{re}, 25 mars 2009, n° 08-14.125, D. 2009, *op. cit.*

¹⁵¹⁷ CA Poitiers, 7 novembre 2002, RG n° 02/0797.

Section 2 : La communication entre juridictions

805. Les compétences respectives du juge aux affaires familiales et du juge des enfants portant l'une et l'autre sur l'autorité parentale, il est impératif que soit instaurée une communication entre ces deux magistrats afin d'éviter des décisions contradictoires susceptibles de porter atteinte aux intérêts en présence. Nous avons démontré la nécessité de ne pas instituer un juge unique de protection de l'enfant, les chevauchements de compétence paraissent ainsi inévitables. Afin de les diminuer, une meilleure coordination entre les magistrats a pu être préconisée¹⁵¹⁸. Des liens plus étroits entre les institutions substantielles de protection de l'enfant assurent un ensemble plus cohérent, en dépit des quelques critiques à l'encontre de cette communication¹⁵¹⁹. Il est apparu nécessaire de créer des communications entre les juges des mineurs¹⁵²⁰. La loi du 12 mai 2009 dite de « simplification du droit »¹⁵²¹ a ainsi facilité la circulation de l'information entre les différents magistrats. En effet, la consécration d'une communication structurée entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles a été longtemps réclamée par les observateurs de la protection de l'enfance¹⁵²². Cette communication existait toutefois de manière informelle¹⁵²³, bafouant *de facto* le principe du contradictoire¹⁵²⁴. Il était donc naturel que la commission sur la répartition des contentieux, présidée par le recteur GUINCHARD¹⁵²⁵ en fasse l'une de ses préconisations¹⁵²⁶. Le décret du 10 avril 2009¹⁵²⁷ a donc instauré le dispositif de circulation de

¹⁵¹⁸ C. DELAPORTE-CARRÉ, « L'articulation des institutions de protection de la personne de l'enfant contre ses parents » *op.cit.* p. 258 et s.

¹⁵¹⁹ Certains arguments peuvent être invoqués contre la communication telle que la particularité de chaque procédure et la spécificité des investigations menées par les différents magistrats.

¹⁵²⁰ M. DOUCHY-OUDOT, « L'autonomie du contentieux familial unifié par la procédure », D. 2010. Pan. 989.

¹⁵²¹ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures J.O. du 13 mai 2009.

¹⁵²² Notamment C. DELAPORTE-CARRÉ, « L'articulation des institutions de protection de la personne de l'enfant contre ses parents », *op. cit.* p. 280. ; RTD civ. 2004. 498, obs. J. Hauser, sous Cass., avis, ch. réunies, 1er mars 2004, no 00-40.001 et no 03-00.003, Bull. civ. avis no 1, BICC no 598

¹⁵²³ M. LA MESTA, J. LEBORGNE et E. BARBE, « Communication des 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, 216. ; Cass, Civ. 1, 25 novembre 2003 n° 01-14070 ; CA Rennes 01.10.2001 *Jurisdata*, n° 154322 ; CA Riom 26.06.1991 *Jurisdata*, n° 145734 ; CA Reims n° 15.06.2000 *Jurisdata*, n° 123353 ; CA Montpellier n° 11.04.2000 *Jurisdata*, n° 126323 ; Cass. 1^{re} civ., 27 mai 1999 n° 97-22301 ; Cass. Crim. 26 mai 1999 n° 98-83224 ; et Cass. Crim. 12 mai 1999 n° 98-8358.

¹⁵²⁴ M. HUYETTE, « La communication des dossiers d'assistance éducative aux juges aux affaires familiales » obs. sous Cass. avis, 1^{er} mars 2004, D. 2004, 1627.

¹⁵²⁵ Remise du rapport de la commission GUINCHARD, Dr. Famille 2008, alerte 66. : S. GUINCHARD (dir.), « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », La documentation Française, 2008, coll. des rapp. officiels, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000392>.

¹⁵²⁶ Proposition n°7 du rapport du 27 juin 2008 « mise en place d'un dispositif fonctionnel complet de communication entre juge aux affaires familiales, juge des enfants et juge des tutelles relativement aux dossiers intéressant les mêmes enfants mineurs, avec une systématisation des échanges ».

¹⁵²⁷ Décret n° 2009-398 du 10 avril 2009 Relatif à la communication de pièces entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles.

l'information entre les trois juges concernés, mettant ainsi un terme aux questions soulevées par l'avis de la Cour de cassation sur cette problématique de la communication du dossier par le juge des enfants au juge aux affaires familiales et au juge des tutelles¹⁵²⁸. C'est dans l'esprit de cette collaboration que la Cour de cassation a admis que « le juge aux affaires familiales fonde sa décision relative à l'autorité parentale sur le dossier d'assistance éducative [...], 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 1187 du Code de procédure civile, et, d'autre part, que les pièces du dossier du juge des enfants soient soumises au débat contradictoire »¹⁵²⁹. Et depuis le 1^{er} janvier 2010, les compétences anciennement dévolues au juge tuteur pour les mineurs ont été transférées au juge aux affaires familiales¹⁵³⁰ « afin de limiter les chevauchements et ainsi de simplifier la communication entre les magistrats, en la cantonnant entre le juge aux affaires familiales et le juge des enfants »¹⁵³¹, le juge des tutelles n'est ainsi plus concerné par ce décret¹⁵³².

806. Par ailleurs, Le décret n° 2010-1395 du 12 novembre 2010 relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale a institué un juge chargé de la coordination de l'activité judiciaire en matière familiale au sein du Tribunal de grande instance et de la cour d'appel. Ainsi, l'article R213-9-1 du Code de l'organisation judiciaire dispose « Le président du Tribunal de grande instance désigne, après avis de l'assemblée générale des magistrats du siège, un magistrat qui assure la coordination de l'activité des magistrats du siège du ressort du tribunal en matière de droit de la famille et des personnes. Il est mis fin à ses fonctions et pourvu à son remplacement dans les mêmes formes. Le magistrat désigné établit un rapport annuel sur l'activité des magistrats du siège en matière de droit de la famille et des personnes, qu'il transmet au président. Ce dernier communique ce rapport au premier président de la cour d'appel ainsi qu'au procureur de la République et à toute personne à laquelle il estime cette communication utile ».

807. Cette circulation des informations fait du juge des enfants, le juge central, « tout s'organise autour du juge des enfants, sorte de chef d'orchestre de la partition des

¹⁵²⁸ Cass., avis, ch. réunies, 1er mars 2004, no 00-40.001 et no 03-00.003, Bull. civ. avis no 1, BICC no 598, 5 mai 2004, D. 2004. 1627, note M. Huyette, Dr. fam. 2004. Comm. 142, obs. A. GOUTTENOIRE, RTD civ. 2004. 498, obs. J. Hauser, D. 2005. 1821, note M. Douchy-Oudot.

¹⁵²⁹ Cass., avis, ch. réunies, 1er mars 2004, préc.

¹⁵³⁰ Article L. 213-3-1 du Code de l'organisation judiciaire.

¹⁵³¹ 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

¹⁵³² C. CASTELLA, « L'échange d'informations entre le juge des enfants et le juge aux affaires familiales », AJ fam. 2013. 475.

informations »¹⁵³³. La mise en place de cette circulation d'informations diffère¹⁵³⁴ selon qu'il y ait communication du juge aux affaires familiales au juge des enfants (I) ou que le juge des enfants soit à l'origine de l'initiative (II). Nous verrons que la réciprocité de l'échange est imparfaite puisque le juge aux affaires familiales ne saurait refuser de faire suite à la demande du juge de l'assistance éducative, alors que ce celui-ci n'y est nullement tenu.

I : La communication au juge des enfants, une obligation pour le juge aux affaires familiales

808. La communication au juge des enfants est régie par les articles 1072-2, 1221-2 et 1187-1, alinéa 2, du Code de procédure civile qui précisent le contenu de la communication. À travers ces articles, le décret règlemente la transmission non seulement des décisions des juges aux affaires familiales (A), mais aussi de toutes les pièces figurant aux dossiers (B).

A) La transmission des décisions

809. La transmission de la décision du juge aux affaires familiales n'est prévue que lorsqu'une procédure d'assistance éducative est d'ores et déjà ouverte et vise exclusivement l'hypothèse d'une saisine postérieure à celle du juge des enfants. La décision du juge des enfants est par essence provisoire et a vocation à se « combiner » avec celle des juges aux affaires familiales, le juge des enfants doit en avoir connaissance.

810. Comme nous l'avons d'ores et déjà évoqué, la décision du juge aux affaires familiales ne prend effet qu'à l'issue de la mesure d'assistance éducative. Si l'enfant en danger a été retiré de son milieu actuel¹⁵³⁵, la décision du juge aux affaires familiales ne sera effective qu'après la mainlevée de la mesure d'assistance éducative, sauf si celle-ci fixe la résidence de l'enfant chez celui des parents à qui l'enfant a été confié, par le juge des enfants, sur le fondement de l'article 375-5 du Code civil¹⁵³⁶. Pourtant, la décision du juge aux affaires familiales peut avoir une incidence directe sur la procédure d'assistance éducative en cours. Si le juge aux affaires familiales est saisi aux fins de fixation de la résidence de l'enfant à la

¹⁵³³ 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 », Droit de la famille n° 5, mai 2009, repère 5.

¹⁵³⁴ D. AUTEM, « La communication entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles », *op. cit.*

¹⁵³⁵ Article 375-3 du Code civil

¹⁵³⁶ Cass. 1^{re} civ., 6 octobre 1999, n° 98-05.090 ; CA Paris, 5 juillet 2001, AJ fam. 2001, p. 56.

suite de la séparation des parents, ce changement de circonstances peut amener le juge des enfants à modifier sa décision. L'existence d'un danger sera le critère prépondérant. Soit l'enfant n'est plus en danger, il y a alors mainlevée pure et simple de la mesure d'assistance éducative. Soit l'enfant est toujours en danger, mais, compte tenu de la séparation de ses parents, la mesure initiale n'est plus adaptée, le juge des enfants peut adapter sa décision et substituer une mesure d'assistance éducative en milieu ouvert à une mesure de placement.

811. Le juge aux affaires familiales doit transmettre toute décision rendue lorsqu'il statue en matière d'autorité parentale, il est mis à sa charge une véritable obligation, que « lorsqu'il statue sur l'exercice de l'autorité parentale », c'est-à-dire sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Un auteur relève que pour parfaire ce dispositif, une disposition analogue devrait figurer dans la section III : « Délégation, retrait total et partiel de l'autorité parentale » du chapitre IX : « De l'autorité parentale » du Code de procédure civile et de l'étendre à toutes les décisions ayant trait à la protection des mineurs, y compris les décisions de retrait d'autorité parentale ou les déclarations judiciaires d'abandon rendues par le Tribunal de grande instance. L'efficacité de la protection des mineurs du fait de pluralisme juridictionnel dépend de la communication entre juges, toutes décisions relatives à l'autorité parentale méritent d'être connues du juge des enfants. Bien sûr, du fait de la présence du ministère public aux débats des instances relatives à la délégation et au retrait d'autorité parentale, le juge des enfants peut, par ce biais, être informé, mais il n'y a pas véritablement de transmission « officielle »¹⁵³⁷.

B) La transmission des pièces, une effectivité relative

812. Afin de ne pas alourdir inutilement la procédure d'échange, il n'a pas été institué une communication systématique de l'entier dossier, comme c'est le cas en matière de délégation ou de retrait de l'autorité parentale. À cette fin l'article 1205 du Code de procédure civile dans son alinéa 2 énonce « Lorsqu'une procédure d'assistance éducative a été diligentée à l'égard d'un ou plusieurs enfants, le dossier en est communiqué au tribunal ou au juge ». L'effectivité de cette transmission suppose que le juge des enfants ait lui-même connaissance de l'intervention de ses homologues, la transmission ne peut être effective qu'à partir du moment où le juge des enfants a connaissance de l'intervention.

813. Contrairement à la transmission des décisions, la transmission des pièces n'est pas générale et automatique puisque le juge des enfants détermine lui-même les pièces dont il

¹⁵³⁷ D. AUTEM, « La communication entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles », *op. cit.*

souhaite obtenir la communication. Seules les pièces qu'il estime utiles seront transférées. Il s'agit de toutes les pièces qui pourraient être exploitées par le juge pour se prononcer sur la mesure, et partant sur la procédure d'assistance éducative en cours. Afin d'éviter tout traumatisme inutile au mineur et dans une véritable volonté d'économie de moyens, si le juge aux affaires familiales a ordonné une enquête sociale pour statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, il sera superflu d'ordonner une deuxième fois la même mesure d'instruction, il en va de même pour certaines enquêtes psychologiques¹⁵³⁸. Et parfois, la seule transmission de la décision du juge aux affaires familiales sera suffisante si cette dernière met un terme au danger dans lequel se trouvait l'enfant et conduit à une mainlevée pure et simple de la mesure d'assistance éducative. Le juge aux affaires familiales peut être amené à débouter la partie qui sollicite la communication du procès-verbal d'audition de l'enfant par le juge des enfants au motif que ce magistrat n'a pas entendu poursuivre en assistance éducative, ou encore celle qui demande la communication de l'entier dossier alors que le seul rapport éducatif en milieu ouvert est versé aux débats¹⁵³⁹.

814. Il peut paraître étonnant que le juge des enfants sollicite lui-même la transmission de pièces qui figurent dans un dossier alors qu'il n'a pas, par essence, connaissance de son contenu¹⁵⁴⁰. En effet, le magistrat détermine lui-même les mesures d'instruction utiles à ordonner. Mais le juge des enfants peut toujours demander la communication de telle ou telle pièce mentionnée dans la décision communiquée ou de toute autre pièce susceptible de figurer dans le dossier ; son homologue pourra alors, le cas échéant, lui répondre que cette mesure n'a pas été ordonnée. C'est pourquoi pour une effectivité renforcée de cette transmission certains prônent parallèlement la mise en place d'un véritable « pôle familial »¹⁵⁴¹.

II : La communication au juge aux affaires familiales, une faculté pour le juge des enfants

815. La procédure d'assistance éducative impose de nouveau son particularisme en privant le juge aux affaires familiales de la connaissance intégrale du dossier. L'article 1072-1

¹⁵³⁸ C. CASTELLA, « L'échange d'informations entre le juge des enfants et le juge aux affaires familiales », *op. cit.* ; ¹⁵³⁸ M. HUYETTE, P. DESLOGES, L. GEBLER, « Guide de la protection judiciaire de l'enfant », 4^{ème} éd. Dunod, 2009.

¹⁵³⁹ CA Paris, 25 juin 2013, RG n° 11 /10470.

¹⁵⁴⁰ *Ibid.*

¹⁵⁴¹ *Ibid.* ; S. GUINCHARD (dir.), « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », *op. cit.* p. 15.

du Code de procédure civile indique que « ». La communication par le juge des enfants résulte des articles 1072-1, 1221-1 et 1187-1, alinéa 2, du Code de procédure civile. Le décret met ainsi un terme aux divergences qui existaient entre les juges des enfants s'agissant de la consultation de leur dossier par d'autres magistrats et plus précisément par le juge aux affaires familiales¹⁵⁴². Cette communication ne peut intervenir qu'entre juges puisque les avocats ne peuvent pas utiliser la copie des pièces du dossier d'assistance éducative dans une autre procédure¹⁵⁴³. Or contrairement à la communication au juge des enfants, la transmission par le juge des enfants fait l'objet d'une plus grande attention tant en ce qui concerne ses conditions (A) que son contenu (B).

A) Les conditions de la transmission

816. Sous l'empire du décret du 15 mars 2002¹⁵⁴⁴, deux régimes d'accès au dossier d'assistance éducative étaient prévus, selon qu'un avocat était ou non présent aux côtés des parties. L'avocat de l'une des parties, ou de la personne à qui l'enfant avait été confié, pouvait consulter le dossier et également s'en faire délivrer une copie. L'article 1187 du Code de procédure civile interdisait à l'avocat de transmettre cette copie à son client et prohibait toute utilisation de ce document dans une procédure autre que la procédure d'assistance éducative, notamment devant le juge aux affaires familiales. Des auteurs relevaient que cet article n'interdisait pas la consultation du dossier d'assistance éducative par d'autres magistrats, sous réserve qu'ils versent les pièces obtenues à leur propre dossier pour respecter le contradictoire¹⁵⁴⁵. En effet, l'article 1187 du Code de procédure civile prévoyant la consultation du dossier par un avocat, certains juges des enfants considéraient qu'ils ne pouvaient pas la refuser à leurs collègues statuant en matière d'autorité parentale. En revanche, d'autres y étaient hostiles. En interdisant l'utilisation des pièces dans une procédure autre que celle d'assistance éducative, l'article 1187 dudit Code semblait empêcher toute consultation par d'autres magistrats¹⁵⁴⁶. Selon l'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 ».

¹⁵⁴² Cette communication est expressément prévue lorsque le Tribunal de grande instance statue en matière de délégation ou de retrait d'autorité parentale (Article 1205 alinéa 2 du Code de procédure civile).

¹⁵⁴³ M. HUYETTE, P. DESLOGES, L. GEBLER, « Guide de la protection judiciaire de l'enfant », *op. cit.*

¹⁵⁴⁴ Décret n° 2002-361 du 15 mars 2002 modifiant le nouveau Code de procédure civile et relatif à l'assistance éducative, J.O. du 17 mars 2002.

¹⁵⁴⁵ M. HUYETTE, « La nouvelle procédure d'assistance éducative », D. n° 2002-361 du 15 mars 2002, D. 2002, chron. 1437, note 25.

¹⁵⁴⁶ A. GOUTTENOIRE, « La réforme imparfaite de la procédure d'assistance éducative », Dr. Famille 2002, chron. 14, p. 12.

817. Le décret de 2009 soumet la transmission par le juge des enfants à deux conditions reprises de l'avis rendu par la Cour de cassation¹⁵⁴⁷, elle est subordonnée à la recherche préalable, par les magistrats, de l'existence d'une procédure d'assistance éducative en cours, d'une part. Elle suppose également que les parties à la procédure aient pu consulter le dossier d'assistance éducative devant le juge des enfants, d'autre part. Le décret prévoit que le juge aux affaires familiales doit aller à la recherche de l'information sur l'ouverture d'une telle procédure. Il s'agit d'une véritable obligation mise à la charge du magistrat, néanmoins le décret ne précise ni les moyens, ni la sanction de cette diligence.

Cette vérification, qui peut être effectuée par tous moyens, peut résulter du simple envoi du rôle au greffe du tribunal pour enfants qui, en retour, indique si les mineurs concernés sont suivis en assistance éducative. En pratique, selon la charge du service des affaires familiales, cet envoi peut représenter une contrainte et n'est donc pas effectué. En pratique, cette vérification est importante non seulement pour solliciter la transmission des pièces, mais aussi pour l'exécution de la décision du juge aux affaires familiales. En effet, si ce dernier est saisi postérieurement au juge des enfants, il doit statuer¹⁵⁴⁸, même si sa décision ne sera effective qu'à l'issue de la procédure d'assistance éducative.

818. Même si ce n'est pas une obligation, une telle demande paraît opportune, particulièrement lorsque le juge aux affaires familiales est saisi de demandes aux conséquences graves pour l'enfant, motivées par le comportement de l'un des parents, telle que l'attribution de l'exercice exclusif de l'autorité parentale, la suspension des droits de visite et d'hébergement ou, encore, le transfert de résidence. Des juges ont ainsi pu retenir que le dossier d'assistance éducative contribue à établir que, dans un contexte familial très conflictuel, la mère fait obstacle aux soins apportés à l'enfant par le père, ce qui justifie que l'autorité parentale soit confiée exclusivement au père¹⁵⁴⁹, ou encore ont pu confirmer un transfert de résidence de l'enfant au domicile de son père, le dossier d'assistance éducative permettant d'établir que la mère admettait être confrontée à des difficultés éducatives ainsi qu'à une forme d'instabilité dans ses choix de vie¹⁵⁵⁰.

819. En outre, cette transmission ne vaut que lorsque le juge aux affaires familiales statue sur l'exercice de l'autorité parentale à l'égard d'un enfant, c'est-à-dire lorsque l'un des parents saisit le juge afin de statuer sur un exercice conjoint ou unilatéral de l'autorité parentale. Mais il convient d'y adjoindre tout le contentieux relatif à la fixation de la

¹⁵⁴⁷ Cass. Avis, 1^{er} mars 2004. *op. cit.*

¹⁵⁴⁸ Certains auteurs suggèrent que le juge aux affaires familiales use du sursis à statuer dans cette hypothèse, C. DELAPORTE-CARRÉ, *op. cit.*, p. 266

¹⁵⁴⁹ CA Grenoble, 24 juillet 2013, RG n° 12/04936.

¹⁵⁵⁰ CA Aix-en-Provence, 21 février 2013, RG n° 11/16863.

résidence de l'enfant et aux droits de visite. Pour autant doit-on y inclure l'hypothèse où le juge aux affaires familiales est saisi, sur le fondement de l'article 371-4 du Code civil, d'une demande de fixation d'un droit de visite des grands-parents pour leurs petits-enfants placés¹⁵⁵¹ ? Si cette demande peut s'analyser en une « demande relative à l'exercice de l'autorité parentale » compte tenu de la localisation de l'article 371-4 dans le Code civil, c'est au regard de la seconde condition que cette demande devrait être rejetée, car, souvent, les grands-parents n'auront pas assisté à la procédure d'assistance éducative. Pourtant, il est dommageable que le juge aux affaires familiales se prononce sur les relations entre les grands-parents et l'enfant sans tenir compte des différents éléments recueillis par le juge des enfants¹⁵⁵².

820. La seconde condition reprend l'une de celles posées par la Cour de cassation dans son avis, l'identité de parties, cette condition garantit la confidentialité du dossier. Seules les parties à la procédure d'assistance éducative ayant eu accès au dossier peuvent bénéficier, devant le juge aux affaires familiales de la transmission et de l'utilisation du dossier du juge des enfants. Au même titre que la saisine du juge des enfants ne peut pas être un moyen détourné pour modifier la décision du juge aux affaires familiales¹⁵⁵³, à l'inverse, celle du juge aux affaires familiales ou du juge des tutelles ne devrait pas donner accès aux pièces du dossier d'assistance éducative qui ont été préalablement exclues¹⁵⁵⁴. Or en vertu de l'article 1187 du Code civil, ont qualité pour consulter le dossier d'assistance éducative les père et mère¹⁵⁵⁵, le tuteur, la personne ou le service à qui l'enfant a été confié¹⁵⁵⁶ et le mineur capable de discernement¹⁵⁵⁷. Donc cette communication ne peut être sollicitée par le juge aux affaires familiales que lorsque les parents sont parties à la procédure. Cette restriction se comprend par la possibilité pour d'autres personnes que les parents de saisir le juge aux affaires familiales, alors que le décret ne reprend pas la seconde condition posée par la Cour de cassation dans son avis qui imposait de soumettre les pièces du dossier du juge des enfants au contradictoire. En réalité, cette exigence coule de source du fait de la condition de l'identité des parties, les parties à la procédure ont d'ores et déjà eu connaissance desdites pièces. Et le risque que des pièces du dossier d'assistance éducative transmises au juge aux

¹⁵⁵¹ A. GOUTTENOIRE, « Le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses grands-parents », AJ fam. 2008, p. 138 ; 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 procédure d'assistance éducative ? », AJ fam. 2007, p. 222.

¹⁵⁵² A. GOUTTENOIRE, comm. sous Cass. avis, 1^{er} mars 2004, préc.

¹⁵⁵³ C. DELAPORTE-CARRÉ, thèse préc., n° 422, p. 265.

¹⁵⁵⁴ A. GOUTTENOIRE, « Droits de l'enfant - Communication du dossier entre les juges », D. 2009, 1921.

¹⁵⁵⁵ Depuis le décret n° 2013-429 du 24 mai 2013

¹⁵⁵⁶ Article 1187, alinéas 1^{er} et 2 du Code de procédure civile.

¹⁵⁵⁷ Article 1187, alinéa 3 du Code de procédure civile.

affaires familiales n'aient pas été soumises au contradictoire semble limité au regard du contenu même de la transmission.

B) Le contenu limité de la transmission

821. Contrairement à la transmission au juge des enfants, le contenu de la transmission par le juge des enfants semble *a priori* doublement limité pour respecter le dispositif spécifique de consultation du dossier qui existe pour la procédure d'assistance éducative.

822. Informé de l'existence d'une procédure d'assistance éducative, le juge aux affaires familiales est autorisé à solliciter la transmission de pièces du dossier d'assistance éducative. Les juges saisis au fond pourraient seulement obtenir les « pièces » figurant au dossier, le texte ne prévoyant pas expressément la communication de la décision du juge des enfants. Le décret distingue les pièces des décisions concernant la communication du juge aux affaires familiales vers le juge des enfants. la décision du juge des enfants figurant au dossier d'assistance éducative peut être assimilée à une « pièce ».

823. Outre la décision du juge des enfants, il pourra demander la communication des mesures d'investigations réalisées, des rapports des services ou encore des procès-verbaux d'audition¹⁵⁵⁸. Le choix des informations sollicitées relevant de son appréciation, il peut en conséquence rejeter la demande d'une partie tendant à la communication d'un élément du dossier d'assistance éducative lorsqu'il estime ne pas en avoir besoin pour prendre sa décision. Puisque comme en matière d'assistance éducative, la consultation du dossier peut être limitée. En effet, l'article 1187, alinéa 4, du Code de procédure civile réserve au juge des enfants la possibilité d'exclure par décision motivée tout ou partie des pièces de la consultation, lorsque les parties à la procédure d'assistance éducative ne sont pas représentées par avocat. Cette exclusion est possible « lorsque cette consultation ferait courir un danger physique ou moral grave au mineur, à une partie ou à un tiers ». La saisine du juge aux affaires familiales ne doit pas, à première vue, devenir un moyen pour les parties à la procédure d'assistance éducative d'avoir accès à des pièces supplémentaires¹⁵⁵⁹. C'est la raison pour laquelle l'article 1187-1, alinéa 2 du Code de procédure civile soumet la communication des pièces aux magistrats à la même restriction. Pour autant, si l'article 1187-1, alinéa 1^{er} *in fine* du Code de procédure civile reprend pour les magistrats la même

¹⁵⁵⁸ Ce peut être également, par ex., la fiche de liaison établie par le service chargé de la mesure d'investigation et d'orientation éducative, CA Paris, 22 juin 2011, RG n° 10/16491.

¹⁵⁵⁹ D. AUTEM, *op. cit.*, A. GOUTTENOIRE, « Droit des mineurs », Dalloz, 2011, *op. cit.* p. 489.

restriction que celle posée pour les parties, par l'article 1187, alinéa 4, les pièces exclues ne seront pas nécessairement identiques. En effet, l'article 1187-1, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile ne procède pas par renvoi à l'article 1187, alinéa 4, les conditions de l'exclusion pourraient être appréciées au moment de la demande de communication des pièces présentée par le magistrat. Certaines pièces ont pu être exclues lors de la procédure d'assistance éducative en raison du danger qu'elles faisaient courir au mineur, à une partie ou à un tiers au moment où le juge des enfants a statué. La saisine du juge aux affaires familiales ou du juge des tutelles étant postérieure, il est tout à fait concevable que cette consultation ne fasse plus courir un tel danger. Les circonstances ont pu changer et supprimer ce risque, ces pièces devraient ainsi pouvoir être consultées¹⁵⁶⁰.

824. Afin que soit respecté le principe essentiel du contradictoire, tout document porté à la connaissance de l'un des participants au procès, y compris le magistrat, doit être porté à la connaissance de tous les autres, afin que chacun puisse l'examiner¹⁵⁶¹. Le juge aux affaires familiales doit respecter lui-même le principe du contradictoire en vertu de l'article 16, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile. Pourtant, ce magistrat n'aura pas nécessairement connaissance des pièces qui ont pu être antérieurement exclues de la consultation par le juge des enfants, à moins que ce dernier ne le lui indique. Dans le doute, ils se devront d'être vigilants et de soumettre l'ensemble des pièces ainsi produites au débat contradictoire¹⁵⁶². En outre, le principe même du contradictoire suppose que le juge lui-même indique aux parties les éléments à sa disposition pour rendre sa décision. Le magistrat se doit d'informer les parties qu'il a obtenu la communication de pièces figurant au dossier d'assistance éducative, même si elles en ont déjà eu connaissance.

825. La nécessité de renforcer les modalités de communication entre magistrats n'est plus à démontrer, la plupart des juridictions ont établi des protocoles de communication entre juge aux affaires familiales et juge des enfants. Le 30 mai 2013 a été signé au Tribunal de grande instance de Toulon un protocole de communication. En cas de saisine du juge aux affaires familiales, son greffier va systématiquement vérifier l'existence d'un dossier d'assistance éducative devant le juge des enfants. Notre juridiction toulonnaise a prévu à cette fin que les greffiers des juges aux affaires familiales aient accès au logiciel de traitement des mineurs en danger et puissent solliciter l'envoi de l'entier dossier. Le juge des enfants doit alors transmettre dans les huit jours, et la pratique démontre que les délais sont respectés, ce

¹⁵⁶⁰ D. AUTEM, *op. cit.*

¹⁵⁶¹ M. HUYETTE, P. DESLOGES, L. GEBLER, « Guide de la protection judiciaire de l'enfant », *op. cit.*

¹⁵⁶² D. AUTEM, *op. cit.*

dossier. Si c'est une copie qui est délivrée, elle peut être conservée par le juge aux affaires familiales, c'est une mesure de bonne administration de la justice. Le juge des enfants ne doit pas être privé de l'original du dossier, on avalise qu'au-delà du Code de procédure civile, un juge peut conserver des éléments qui ne relèvent pas de son dossier. Le Tribunal de grande instance de Draguignan a rajouté une modalité, les greffiers des juges des enfants ont eux accès aux dossiers des juges aux affaires familiales. Au-delà d'une communication ponctuelle, elle doit devenir quotidienne.

826. **Conclusion de chapitre.** La problématique de la communication entre les juges des mineurs est le corollaire de l'existence d'une pluralité de magistrats intervenant dans les procédures concernant un mineur. Les différents problèmes de frontières de compétences entre les magistrats dans la protection de l'enfant se résolvent souvent « par la bonne volonté et les bons rapports » des magistrats,¹⁵⁶³ mais n'excluent pas les risques d'interférences comme en témoigne l'exposé sur les rapports entre juge aux affaires familiales et juge des enfants. Interférences qui s'expliquent aisément par la proximité de leur compétence matérielle respective même si la procédure de saisine du juge des enfants est peu exigeante, et séduit de nombreux parents qui « tentent leur chance » auprès de ce dernier afin de fixer les modalités d'exercice de l'autorité parentale alors qu'il revient au juge aux affaires familiales de statuer. Il peut être à craindre un « véritable forum shopping judiciaire »¹⁵⁶⁴.

827. Ce risque de contrariétés de décisions est tempéré par la volonté de promouvoir la communication et les échanges d'informations entre les juridictions. L'échange des informations entre les juges de l'enfant a été consacré et permet ainsi une meilleure application de la règle de droit. Le décret n° 2010-1395 du 12 novembre 2010 relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale a ainsi prévu que le président du tribunal de grande instance désigne un magistrat qui assure la coordination de l'activité des magistrats du siège du ressort du tribunal en matière de droit de la famille et des personnes.

828. Du fait de l'existence d'un pluralisme juridictionnel protecteur de l'enfant, la « coopération » entre les différents magistrats représente la seule solution aux problématiques d'interférences posées par cette pluralité. Le dialogue et le décloisonnement des juges représentent l'assurance pour ces juges d'avoir une vision d'ensemble de la situation de l'enfant et de sa famille.

¹⁵⁶³ J. HAUSER, note sous CA Versailles, 11 septembre 2003, RG : 03/12006.

¹⁵⁶⁴ Y. FAVIER, note sou CA Paris, 7 décembre 2004, RG : 04/17132.

Conclusion du titre 1

829. Le système français repose sur la coexistence de magistrats, tous chargés de la protection de l'enfant. Le juge judiciaire est seul compétent pour contrôler le bon exercice par les parents de leur mission et pour le restreindre voire le supprimer si l'intérêt de l'enfant le commande. Mais ce sont deux juges uniques spécialisés, le juge aux affaires familiales et le juge des enfants, et la collégialité du Tribunal de grande instance qui seront susceptibles d'intervenir. Néanmoins, cette multiplicité est à préserver. Elle favorise une prise en compte complète de la situation de l'enfant, sous réserve d'une clarification des compétences de chacun des intervenants, qui passe par la communication entre ces juges.

830. La place actuelle de l'intervention judiciaire doit être défendue, car elle permet de donner à l'enfant toute sa place dans la procédure, et à sa famille les clés pour comprendre les enjeux et bénéficier des garanties offertes par le droit pour agir. La protection de l'enfant appartient à ses parents, mais en cas de défaillance de ses derniers, seul le juge pourra intervenir pour garantir sa protection. Le statut procédural du mineur suppose un ensemble de droits procéduraux et le développement de son autonomie passe par la possibilité de prendre en compte sa parole dans les différentes procédures le concernant.

831. Le droit contemporain de la famille s'oriente incontestablement vers une reconnaissance d'une plus grande autonomie du mineur et vers une meilleure prise en compte de sa volonté dans l'élaboration des décisions. Ce mécanisme palliatif de l'incapacité d'exercice du mineur est désormais combiné avec d'autres techniques qui, tout en maintenant la protection de l'enfant, lui permettent d'être associé aux décisions qui le concernent. « Les juges [...] s'emploient de concert à la mise en œuvre de la Convention internationale des droits de l'enfant, tandis que le législateur et le pouvoir réglementaire conjuguent leurs efforts pour organiser et préciser le statut de l'enfant particulièrement lorsqu'il est concerné par les procédures judiciaires »¹⁵⁶⁵.

¹⁵⁶⁵ A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, « Recueil Dalloz 2009 Droits de l'enfant juin 2008 - mai 2009 » p. 1918.

TITRE 2 : L'ENFANT JUGE

832. « Si une majorité d'enfants ont la chance de n'être jamais confrontés au monde judiciaire, cette période de la vie n'est pas une période sans tracasseries qui exclurait la possibilité d'une rencontre entre le juge et l'enfant. L'enfance est plus belle loin des prétoires, aussi l'attention la plus grande doit être portée, par égard pour les malchanceux, aux premiers contacts entre l'enfant et les personnes qui incarnent à ses yeux la justice et le droit »¹⁵⁶⁶.

833. L'enfant dès qu'il né vivant et viable, accède à la personnalité juridique et détient ainsi des droits. Les notions d'intérêt de l'enfant, de « respect de sa personne » prennent sens, « l'enfant n'est plus un objet d'appartenance, de possession »¹⁵⁶⁷, il est titulaire de droits¹⁵⁶⁸. Mais sa vulnérabilité, son insouciance expliquent que l'exercice et la jouissance de ces droits soient limités. L'enfant jusqu'à l'accession à la majorité doit en effet être protégé, et cette protection prend la forme d'une incapacité d'exercice. Le mineur est ainsi frappé d'une incapacité générale d'exercice, liée à son âge, à son inaptitude à défendre lui-même ses intérêts, cette incapacité est ainsi un principe protecteur. Selon Gérard CORNU, « Chacun sait que l'incapacité civile des mineurs, reconnaissance légale de leur état de faiblesse naturelle, est l'effet d'une politique de protection et non d'une quelconque gérontocratie. L'incapable n'est pas la victime d'une brimade, d'un sacrifice de l'individu à la société, mais le bénéficiaire d'une mesure qui rétablit en sa faveur un équilibre des forces que la nature n'a pas encore réalisé »¹⁵⁶⁹. La faiblesse et la vulnérabilité supposées de l'enfant mineur imposent le régime de protection.

834. Grâce au mécanisme de la représentation, les droits du mineur sont exercés et ce alors qu'il n'intervient pas dans leur réalisation. « Cette absence du mineur, si elle n'est pas gênante pour un enfant en bas âge, devient problématique lorsque celui-ci grandit et devient capable de mesurer les enjeux des actes accomplis en son nom »¹⁵⁷⁰. En effet, une incapacité totale d'exercice ne serait pas acceptable, l'exercice des droits du mineur ne peut se faire valablement sans qu'il n'y participe d'une façon ou d'une autre. Ce principe de l'incapacité du mineur n'est donc pas « absolu »¹⁵⁷¹, son application varie selon les

¹⁵⁶⁶ L. FRANCOZ-TERMINAL, « Le nouveau régime de l'audition en justice de l'enfant concerné par une procédure judiciaire », *Dr. fam.* 2009. 30.

¹⁵⁶⁷ C. SIFFREIN-BLANC, *op. cit.* p. 21.

¹⁵⁶⁸ M. LASBATS, « Le maintien des liens avec les parents », *AJ fam.* 2007, p. 72.

¹⁵⁶⁹ G. CORNU, « L'âge civil », *in* Mélanges P. Roubier, Dalloz, 1961, T. 1, p. 9.

¹⁵⁷⁰ A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, « Droit des mineurs », Dalloz, 2^e éd. 2014, p. 611.

¹⁵⁷¹ N. BAILLON-WIRTZ, Y. HONHON, M.-C. LE BOURSICOT, A. MEIER-BROUDEAU, I. OMARJEE, C. PONS-BRUNETTI, « L'enfant, sujet de droits », collection Lamy axe droit, 2010.

circonstances et l'âge de l'intéressé. Le droit contemporain s'oriente indubitablement vers une reconnaissance d'une plus grande autonomie de l'enfant, et vers une meilleure prise en compte de sa volonté dans l'élaboration des décisions. Sous l'influence notamment des différentes sources intéressant les droits de l'enfant, le mineur se voit reconnaître le droit de participer à toutes les décisions le concernant¹⁵⁷². Ce mécanisme palliatif de l'incapacité d'exercice du mineur, tout en maintenant la protection de l'enfant, lui permet d'être associé aux décisions qui auront une incidence sur sa vie familiale¹⁵⁷³. L'enfant aujourd'hui dynamise le juge. « Les juges judiciaires et administratifs s'emploient de concert à la mise en œuvre de la Convention internationale des droits de l'enfant, tandis que le législateur et le pouvoir réglementaire conjuguent leurs efforts pour organiser et préciser le statut de l'enfant particulièrement lorsqu'il est concerné par les procédures judiciaires »¹⁵⁷⁴. La loi 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures¹⁵⁷⁵ a notamment modifié de manière substantielle les procédures concernant l'enfant puisqu'elle a transformé l'office de l'un des « juges de l'enfant ». Le juge aux affaires familiales est devenu le juge des tutelles des mineurs. Le législateur a procédé ainsi à un regroupement de compétences, le juge aux affaires familiales étant compétent pour les procédures relatives aux enfants que leur objet soit patrimonial ou extrapatrimonial.

835. Les références à la notion de « discernement » ou encore à celle de « maturité » sont nombreuses et conduisent à un accès progressif vers la pleine capacité du mineur. Ainsi, selon les cas et son degré de maturité, le mineur se voit accorder une autonomie de décision pour les actes éminemment personnels, et le droit d'exprimer son consentement ou son avis. La place de l'enfant dans les procédures judiciaires le concernant permet de constater une fois encore la volonté d'harmoniser la justice des mineurs. Le droit procédural des mineurs oscille en effet entre capacité et incapacité, entre autonomie et soumission à l'autorité parentale, mais il permet surtout de concilier la protection et le respect dû à la personne de l'enfant et à sa volonté. « Le droit permet d'associer l'enfant à la définition de son propre intérêt, critère majeur de la plupart des décisions concernant les mineurs »¹⁵⁷⁶. Les dispositions relatives à l'autorité parentale intéressent des prérogatives édictées comme de véritables droits subjectifs

¹⁵⁷² Article 388-1 du Code civil.

¹⁵⁷³ A. GOUTTENOIRE, « L'enfant dans les procédures judiciaires : un statut en devenir », *AJ fam.* 2003, p. 368., « La participation de l'enfant aux procédures », *op. cit.*

¹⁵⁷⁴ A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, « Recueil Dalloz 2009 Droits de l'enfant juin 2008 - mai 2009 » p. 1918.

¹⁵⁷⁵ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures *J.O.* du 13 mai 2009.

¹⁵⁷⁶ A. GOUTTENOIRE, « Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires », *in* Colloque « Enfance et justice », *Dr. fam.* n°7, juillet 2006, étude 29.

de l'enfant¹⁵⁷⁷ : droit du mineur d'être entendu dans les procédures le concernant¹⁵⁷⁸, droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants¹⁵⁷⁹, droit de l'enfant d'être associé aux décisions qui le concernent selon son âge et son degré de maturité notamment. L'enfant peut avoir une place dans la procédure familiale le concernant, mais peut surtout faire entendre sa voix. L'intérêt de l'enfant éclipse petit à petit son incapacité, l'autonomie que l'on veut lui accorder y participe grandement. L'enfant, « petit être fragile », devient juge.

836. En Europe, la dynamique introduite par le biais des dispositions impératives de droit communautaire¹⁵⁸⁰ et par l'action incitative du Conseil de l'Europe, en faveur de la promotion de la participation de l'enfant aux décisions qui le concernent¹⁵⁸¹, a conduit aujourd'hui l'ensemble des États membres à améliorer les dispositifs existants. L'enfant est devenu le centre de gravité de la famille, celui qui fait l'objet de toutes les attentions¹⁵⁸².

837. À la question ancienne de l'incapacité du mineur, le droit répond par un principe et des exceptions. À la question plus moderne de la participation de l'enfant aux procédures le concernant, le droit lui permet de revêtir deux statuts, non exclusifs l'un de l'autre, il peut être associé (chapitre 1), et il peut être entendu (chapitre 2) dans la procédure le concernant. L'enfant doit être entendu lorsqu'il est concerné par une procédure, alors que sa participation reste exceptionnelle.

¹⁵⁷⁷ P. MURAT, « La participation de l'enfant aux procédures relatives à l'autorité parentale, bref regard critique sur la diversité des situations », *Dr. fam.* 2006. p. 11.

¹⁵⁷⁸ Article 388-1 du Code civil.

¹⁵⁷⁹ Article 371-4 du Code civil.

¹⁵⁸⁰ Le règlement (CE) n° 2201/2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, entré en vigueur le 1er mars 2005, prévoit que la force exécutoire directe de ces décisions au sein de l'Union européenne est conditionnée par le recueil des sentiments de l'enfant dans le cadre de la procédure (Cons. UE, règl. (CE) n° 2201/2003, 23 novembre 2003, JOUE n° L 338, 23 décembre 2003, p. 1).

¹⁵⁸¹ *Recomm.* 1864(2009), 13 mars 2009, « Promouvoir la participation de l'enfant aux décisions qui le concernent ».

¹⁵⁸² M. DELAGE, Ph. PEDROT, « Identités, filiations, appartenances. Un ensemble de paradoxes », *in* Identités, filiations et appartenances, (dir.) Ph. Pedrot et M. Delage, PU de Grenoble, coll. Psychopathologie clinique, 2005, p. 7.

Chapitre 1 : L'enfant associé

838. Même si l'enfant est au cœur de l'autorité parentale, judiciairement sa place est marginale. La raison est simple, l'autorité parentale est une fonction finalisée dans l'intérêt de l'enfant, le droit doit le garder en marge du conflit parental, « on protège par là la spécificité même de l'enfance »¹⁵⁸³.

839. Pour autant, il existe une pluralité de situations procédurales dans lesquelles le mineur peut être placé, le droit français semble avoir trouvé une diversité de réponses lui permettant d'être associé au processus judiciaire¹⁵⁸⁴. Le mécanisme le plus important est sans doute celui de la représentation (Section 2). Sans oublier le processus de l'émancipation permettant à l'enfant d'accéder à la capacité tout en lui appliquant tout de même le particularisme du droit des mineurs (Section 1). Mais la place la plus emblématique est celle permettant à l'enfant de devenir un véritable acteur judiciaire (Section 3).

Section 1 : L'enfant émancipé

840. L'incapacité est le corollaire de la minorité, la principale exception à ce principe est l'émancipation. L'émancipation, ou l'âge de la majorité¹⁵⁸⁵, n'est pas définie, *a priori* il s'agit pour un mineur d'être libéré, au moins partiellement, des « contraintes protectrices »¹⁵⁸⁶ qui pèsent sur lui du seul fait de sa minorité. Prévue par la loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964¹⁵⁸⁷, l'émancipation consiste en l'acquisition par un mineur d'une capacité juridique entière et presque identique à celle d'un majeur avant d'en avoir l'âge requis, c'est-à-dire dix-huit ans révolus et ce, depuis la loi n° 74-631 du 5 juillet 1974¹⁵⁸⁸. Cette loi a rendu l'émancipation possible dès l'âge de 16 ans.

841. L'émancipation est peu usitée en droit français, elle est même exceptionnelle, son opportunité doit ainsi être démontrée (I), mais laisse peu de place au mineur (II).

¹⁵⁸³ P. MURAT, « La participation de l'enfant aux procédures relatives à l'autorité parentale : bref regard critique sur la diversité des situations », Dr. fam. 2006. 11.

¹⁵⁸⁴ A. GOUTTENOIRE, « La participation de l'enfant aux procédures », *op. cit.*

¹⁵⁸⁵ J.J. LEMOULAND, « L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation », RTD civ. 1997, p. 1.

¹⁵⁸⁶ P. SALVAGE-GEREST, JCl. Civil Code, Art. 413-1 à 413-8.

¹⁵⁸⁷ Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006, *op. cit.*

¹⁵⁸⁸ Loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité, J.O. du 7 juillet 1974.

I : L'opportunité d'une demande d'émancipation

842. La notion d'émancipation judiciaire (A), laisse apparaître le rôle important du juge et de la jurisprudence afin de définir les contours de la notion (B).

A) L'émancipation judiciaire

843. L'institution est très ancienne¹⁵⁸⁹ et a profondément évolué avant d'en arriver à ce qu'elle est aujourd'hui où l'on en distingue deux modes : l'émancipation légale par mariage et l'émancipation judiciaire. Concernant le premier mode, l'article 413-1 du Code civil, selon lequel « le mineur est émancipé de plein droit par le mariage » est appelé à disparaître progressivement depuis que la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006¹⁵⁹⁰ a fixé uniformément l'âge légal du mariage, sauf dispense, à dix-huit ans. Ce mode d'émancipation répond donc seulement aux hypothèses dans lesquelles le procureur de la République accorde une dispense pour célébrer le mariage d'un mineur en raison de motifs graves, conformément à l'article 145 du Code civil. Le consentement au mariage du mineur, qui est impératif, doit être donné par les père et mère, à défaut par les aïeuls, et à défaut encore par le conseil de famille¹⁵⁹¹.

844. Concernant le mode le plus fréquent, l'article 413-2 du Code civil énonce que « le mineur, même non marié, pourra être émancipé lorsqu'il aura atteint l'âge de seize ans révolus. Après audition du mineur, cette émancipation sera prononcée, s'il y a de justes motifs, par le juge des tutelles, à la demande des père et mère ou de l'un d'eux. Lorsque la demande sera présentée par un seul des parents, le juge décidera, après avoir entendu l'autre, à moins que ce dernier soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté ». Cet âge de 16 ans rendant possible l'émancipation marque la fin de l'obligation scolaire et correspond donc à l'entrée possible du mineur dans la vie professionnelle¹⁵⁹². L'on considère que le jeune de 16 ans possède une maturité suffisante¹⁵⁹³. Or, la loi de 1974 avait édicté l'interdiction pour le mineur émancipé d'être commerçant, ce qui pour la majorité de la doctrine rendait la pratique

¹⁵⁸⁹ En droit romain il existait le placement *in mancipatio*, issu d'une règle des XII Tables, S. MOREAU, « L'émancipation : rajeunissement ou déclin ? Réflexions au lendemain de la réforme du 5 juillet 1974 », JCP G 1975, I, 2718, n° 3, et c'est dans une institution de l'Empire, la *venia aetatis* ou « remise d'âge » que se trouve l'origine de l'institution actuelle. En effet, l'Empereur pouvait, par faveur, relever partiellement de leur incapacité – qui durait normalement jusqu'à vingt-cinq ans – les garçons à partir de vingt ans et les filles à partir de dix-huit, si leur honorabilité et leur aptitude à gérer leurs biens étaient établies, J.-Ph. LÉVY A. CASTALDO, « Histoire du droit civil », Dalloz, 2^e éd. 2010, n° 144.

¹⁵⁹⁰ Loi n° 2006-399 4 avril 2006, *op. cit.*

¹⁵⁹¹ Article 159 du Code civil.

¹⁵⁹² A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, « Droit des mineurs », Dalloz, 2^e édition 2014, p. 619 et s.

¹⁵⁹³ Ph. MALAURIE, « Les personnes. Les incapacités », Defrénois, 6^e éd. 2012, n° 642.

peu intéressante. Selon Frédéric VAUVILLÉ, « Avec la réforme du 5 juillet 1974 sur la majorité, l'émancipation a subi un remodelage bonifiant. Légitimement suspectée d'agonie, elle ne suscite plus aujourd'hui qu'un regard doctrinal d'indifférence »¹⁵⁹⁴. En 1973, 30 000 émancipations avaient eu lieu, alors qu'en 2003 on en dénombrait seulement 983¹⁵⁹⁵. La principale rupture avec la loi de 1964 concerne la possibilité pour le mineur émancipé d'être commerçant et a permis de redonner de l'engouement à l'émancipation. La loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 a ainsi inséré au sein du Code civil l'article 413-8 qui permet au mineur émancipé de solliciter du juge des tutelles au moment de la décision d'émancipation et au Tribunal de grande instance par la suite, l'autorisation d'être commerçant¹⁵⁹⁶.

845. Depuis la loi du 14 décembre 1964, le mineur émancipé est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile¹⁵⁹⁷. Il bénéficie d'une autonomie quasi complète, car l'alinéa 2 de l'article 413-2 du Code civil précise que pour se marier ou se donner en adoption, le mineur émancipé doit recueillir les mêmes autorisations que s'il n'était pas émancipé. Ces réserves s'expliquent par le souci constant des acteurs judiciaires de protéger la minorité. Et si le mariage émancipe, la maternité ou la paternité ne le permet pas. Il paraît pourtant paradoxal de laisser un parent mineur sous l'autorité de ses propres parents, on pourrait souhaiter en pareil cas que le mineur parent puisse solliciter lui-même du juge son émancipation¹⁵⁹⁸.

B) Le rôle du juge et jurisprudence

846. La demande d'émancipation émane des père et mère ou de l'un d'eux dès lors qu'ils sont titulaires de l'autorité parentale. L'article 413-2, alinéa 3, ne distingue pas suivant que l'enfant a un seul ou deux parents vivants et capables d'exprimer leur volonté donc titulaires de l'autorité parentale. Chacun d'eux possède un droit propre. Le juge, avant de prendre sa décision, doit normalement entendre le parent non demandeur, il n'y a ainsi pas de risque que l'un des parents impose à l'autre une émancipation que ce dernier jugerait inopportune, ou au contraire paralyse une émancipation qu'il souhaiterait¹⁵⁹⁹.

¹⁵⁹⁴ F. VAUVILLÉ, « La pratique de l'émancipation judiciaire ou l'ambivalence d'une institution marginale », D. 1990, chron. p. 283.

¹⁵⁹⁵ J. CARBONNIER, « Droit civil », T. 1, « Introduction. Les personnes. La famille. L'enfant. Le couple », coll. Quadriga, PUF, 2004, n° 438.

¹⁵⁹⁶ B. SAINTOURENS, « Mineur et activité commerciale : la réforme de 2010 », RTD com. 2010, p. 686.

¹⁵⁹⁷ Article 413-6 alinéa 1^{er} du Code civil.

¹⁵⁹⁸ Voir notamment A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, « Droit des mineurs », *ad hoc* n°1026.

¹⁵⁹⁹ P. SALAVAGE-GEREST, v° « Émancipation » JurisClasseur Civil Code > Art. 413-1 à 413-8.

847. Lorsque l'enfant est privé de parents, étant automatiquement placé sous le régime de la tutelle, il revient au Conseil de famille de saisir le juge aux fins d'émancipation¹⁶⁰⁰. Le législateur protège ainsi le mineur, en ne permettant pas au tuteur de former la demande d'émancipation qui pourrait se révéler inadaptée. Le tuteur peut être impatient de mettre fin à la tâche ou au contraire souhaiter retarder la reddition des comptes. L'article 413-4 du Code civil permet alors au mineur de demander une convocation du Conseil de famille.

848. Si l'enfant fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative, l'article 375-7 du Code civil précise que « les parents ne peuvent émanciper l'enfant sans autorisation du juge des enfants tant que la mesure d'assistance éducative reçoit application ». Les parents doivent ainsi avertir le juge des enfants de leur demande, qui à son tour donnera son avis au juge aux affaires familiales. En cas de délégation de l'autorité parentale, les textes n'imposent pas que le juge aux affaires familiales soit prévenu et partant autorise la demande. Mais ce serait oublier que la tâche des tutelles des mineurs a été confiée au juge aux affaires familiales¹⁶⁰¹. Le juge compétent pour décider de l'opportunité de l'émancipation est le juge des tutelles, l'article L. 213-3-1 du Code de l'organisation judiciaire précise que le juge aux affaires familiales exerce les fonctions de juge des tutelles des mineurs et qu'il connaît ainsi de l'émancipation.

849. La loi du 5 juillet 1974 a conféré au juge un véritable pouvoir décisionnel en subordonnant l'émancipation à l'existence de « justes motifs ». L'alinéa 2 de l'article 413-2 dispose que « [...] cette émancipation sera prononcée, s'il y a de justes motifs, par le juge des tutelles [...] ». Le juge vérifie dès lors que le mineur présente « les dispositions naturelles nécessaires afin d'user à bon escient d'une pleine capacité »¹⁶⁰². Selon un auteur, « Les justes motifs ne se confondent pas avec l'intérêt de l'enfant auquel il est plus souvent fait appel dans le droit de l'enfance, mais il est certain que les motifs ne sauraient en l'occurrence être considérés comme justes s'ils étaient contraires à cet intérêt »¹⁶⁰³. Cette formulation laisse une large marge d'appréciation au juge. « Il peut ainsi être de l'intérêt du mineur que soit traduite en droit une liberté qu'il a déjà acquise en fait en n'habitant plus chez ses parents et en ayant une profession, encore que de plus en plus souvent, les jeunes restent tardivement au foyer de leurs parents et sous leur dépendance économique, au point qu'a pu être évoquée une notion

¹⁶⁰⁰ Article 413-3 du Code civil.

¹⁶⁰¹ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures J.O. du 13 mai 2009.

¹⁶⁰² F. BÉTAILLOLE-GONTHIER, « La capacité naturelle », thèse Bordeaux IV, 1999.

¹⁶⁰³ P. SALAVAGE-GEREST, *op. cit.*

de « post minorité » »¹⁶⁰⁴. À été admis comme motif suffisant, la simplification des formalités de règlement d'une succession dès lors que le jugement constatait, par ailleurs, une suffisante maturité du mineur¹⁶⁰⁵, et ce malgré la réticence des notaires lorsque l'émancipation n'est justifiée que par le souci d'éviter une procédure¹⁶⁰⁶. Il est vrai que le peu de demandes judiciaires d'émancipation¹⁶⁰⁷ et le questionnement quant à l'intérêt de cette institution depuis quelques années¹⁶⁰⁸ font des quelques arrêts rendus, des décisions qui méritent d'être étudiées. Notamment, la Cour d'appel de Fort-de-France, le 26 novembre 2010¹⁶⁰⁹, a décidé que la formation à l'étranger dont l'opportunité s'offrait au mineur constituait un juste motif d'émancipation au sens de l'article 413-2 du Code civil. Pour prononcer l'émancipation de la mineure, le juge des tutelles avait relevé le caractère sérieux du projet d'études au Québec ouvert uniquement aux mineurs ayant un représentant légal sur place ou émancipés. L'émancipation peut aussi avoir pour juste motif la faculté d'ester en justice comme ce fut le cas dans « l'affaire Montand »¹⁶¹⁰.

850. En revanche, un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux¹⁶¹¹ souligne la prudence qu'il convient d'adopter pour faire droit à une telle demande, « prudence à laquelle on ne peut que souscrire au regard des conséquences importantes qu'entraîne une telle émancipation »¹⁶¹², elle met fin à l'autorité parentale permettant ainsi au mineur d'acquérir une pleine indépendance quant à sa personne et, sur le plan patrimonial, « elle sonne le glas de l'incapacité du mineur »¹⁶¹³. Dans cette espèce un mineur ayant hérité d'un important patrimoine mobilier et immobilier, il a été sollicité son émancipation afin qu'il gère lui-même ses affaires. Pour rejeter la demande, le premier juge avait relevé que le mineur n'avait aucune compétence en matière de gestion de patrimoine, qu'il avait arrêté ses études et ne

¹⁶⁰⁴ M. BAUER et Th. FOSSIER, « Les tutelles, Protection juridique et sociale des enfants et des adultes », ESF, 3e éd. 1999, p. 126.

¹⁶⁰⁵ CA Paris, 13 décembre 1979, Gaz. Pal. 1980, 1, p. 107, note Viatte. – Et sur pourvoi, Cass. 1re civ., 7 juillet 1981, JCP G 1981, IV, p. 353 ; Rép. Commaillé 1982, art. 55633, p. 445, obs. A. Raison.

¹⁶⁰⁶ Le notariat et les personnes protégées, Actes du 80e Congrès des notaires de France, 1984, rapport préliminaire par D. Salomé, J.-Y. Camoz et G. Bailleul, n° 24, note 1

¹⁶⁰⁷ A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, « Droit des mineurs », op. cit ; J. CARBONNIER, « Droit civil », T. 1, « Introduction. Les personnes. La famille. L'enfant. Le couple », coll. Quadrige, PUF, 2004, n° 438.

¹⁶⁰⁸ I. CORPART, « Le déclin de l'émancipation des mineurs », JCP N, 2003. 1523. – S. MOREAU « L'émancipation, rajeunissement ou déclin ? Réflexions au lendemain de la réforme du 5 juillet 1974 », JCP 1975. I. 2718. – F. VAUVILLÉ, « La pratique de l'émancipation judiciaire ou l'ambivalence d'une institution marginale » *ad hoc*

¹⁶⁰⁹ CA Fort-de-France, le 26 novembre 2010, n° 10/539, JurisData n° 2010-028234 ; obs. C. NEIRINCK, Dr. fam. 2010.

¹⁶¹⁰ CA Paris, 6 novembre 1997, Gaz. Pal. 1997. 2. 703, note T. Garé, D. 1998. Somm. 161, obs. H. Gaumont-Prar ; P. CATALA, « La jeune fille et la mort », Dr. fam. 1997, étude n°12.

¹⁶¹¹ I. MARIA, « Rejet d'une demande d'émancipation judiciaire », note sous CA Bordeaux, 6e civ., 20 mars 2012, n° 11/06774, JurisData n° 2012-005585, Dr. fam. 2012, n° 3.

¹⁶¹² *Ibid.*

¹⁶¹³ I. CORPART, *op.cit.*

faisait rien et que la démarche de son représentant légal apparaissait comme manquant de prudence et de projection dans l'avenir.

Devant la cour, il a été indiqué que la tutelle actuellement en place avait pour effet de « vitrifier » les avoirs mobiliers et qu'il était donc indispensable que la gestion se fasse sans le recours du contrôle imposé dans ce cadre ; il a été indiqué que le projet d'acquisition immobilière envisagée en première instance avait été abandonné ; aucun dossier n'a été produit, aucun détail du patrimoine et aucune étude prévisionnelle n'ont été présentés ; « L'absence de compétence reconnue du mineur, le manque de détails relatifs à son patrimoine, les incertitudes concernant ses projets de gestion, l'absence de justification du danger dans lequel se trouveraient les avoirs en raison des lourdeurs d'une gestion sous tutelle justifient le refus d'émancipation »¹⁶¹⁴.

II : La place du mineur

851. La demande d'émancipation ne peut émaner directement du mineur (A), mais sa voix doit toutefois être entendue (B).

A) Une insuffisante participation du mineur

852. La lecture de l'article 413-2 du Code civil implique que la demande d'émancipation ne peut émaner que des seuls père et mère ou de l'un d'eux, le mineur ne peut donc être directement à l'origine de la demande, même s'il est certain qu'il peut néanmoins être à l'origine de la demande parentale, en convainquant ses parents de formuler une demande d'émancipation. La commission présidée par le Professeur DEKEUWER-DEFOSSEZ avait formulé une proposition allant dans ce sens, « Il n'est guère satisfaisant qu'un jeune travailleur ne puisse pas revendiquer son indépendance, qu'une jeune fille enceinte ne puisse pas diriger sa vie et celle de son enfant, ou que des jeunes gens matures, en grave rupture familiale, ne puissent pas échapper à l'autorité de leur père et mère »¹⁶¹⁵. Un auteur relève à l'inverse que cette faculté pour le mineur irait à l'encontre des attributs de l'autorité parentale¹⁶¹⁶, alors que cette possibilité constituerait à l'inverse une limite au caractère discrétionnaire de ce droit des parents. Ces arguments ont été entendus et l'article 19 bis de la proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant va dans le

¹⁶¹⁴ I. MARIA, « Rejet d'une demande d'émancipation judiciaire », note sous CA Bordeaux, 6e civ., 20 mars 2012, *op. cit.*

¹⁶¹⁵ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, (dir.) « Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps », *op. cit.*

¹⁶¹⁶ I. CORPART, « Le déclin de l'émancipation des mineurs », JCP N 2003. 1523.

sens d'une plus grande autonomie du mineur dans le domaine de l'émancipation¹⁶¹⁷. Cet article permettrait au mineur de demander lui-même son émancipation. Des voix d'élèvent contre cette faculté, selon un auteur, « Sur ce point, la proposition de loi va trop loin. Cet ajout souligne la méfiance du législateur à l'égard des familles. Or, en l'absence de retrait d'autorité parentale, les parents doivent être, comme aujourd'hui, présumés agir dans l'intérêt de l'enfant et pour son bien. Revenir sur cette règle heurterait gravement l'autorité des parents de l'enfant »¹⁶¹⁸. Parler de méfiance paraît exagéré, permettre à un mineur de solliciter du juge aux affaires familiales un examen d'une situation particulière revient à lui accorder une autonomie que la plupart des acteurs juridiques réclament, notamment les avocats d'enfant.

853. L'article 1239 du Code de procédure civile prévoit que la décision du juge peut faire l'objet d'un recours dans les quinze jours. Les titulaires de ce recours sont les personnes présentes à la procédure et celles à qui la décision a été notifiée. Le mineur, puisqu'il est juridiquement incapable, ne peut intenter seul ce recours. Il pourra cependant être représenté, notamment par un administrateur *ad hoc*, ses intérêts étant par hypothèse dans cette situation en opposition avec ceux de ses parents.

B) La voix du mineur

854. L'article 413-2 du Code civil fait de l'audition du mineur une obligation pour le juge depuis la loi du 8 janvier 1993 (1), mais son avis ne lie pas le juge (2).

1) L'audition du mineur, une obligation pour le juge

855. L'émancipation consistant en un acte de puissance paternelle, l'audition obligatoire du mineur n'avait pas été prévue dans le Code civil. À l'heure de la loi du 14 décembre 1964¹⁶¹⁹, cette audition pouvait encore ne pas paraître indispensable, les parents déclaraient l'émancipation de leur enfant. De manière générale, on était en droit de penser que la question avait été débattue au sein de la famille, comme elle pouvait l'être devant le Conseil de famille pour le mineur en tutelle. C'est donc surtout depuis 1974 et compte tenu de l'évolution des mœurs qu'il pouvait apparaître choquant que l'intéressé pût rester

¹⁶¹⁷ Proposition de loi Sénat n° 664, 27 juin 2014, adoptée par l'Assemblée nationale relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant ; V. EGÉA, « L'autorité parentale bientôt réformée ? » Dr. fam 2014. 20.

¹⁶¹⁸ C. BRUNETTI-PONS, « La proposition de loi « Autorité parentale et intérêt de l'enfant », analyse », Gaz. Pal. 2014, n° 303 ; p. 5.

¹⁶¹⁹ L. n° 64-1230, 14 décembre 1964, *op. cit.*

complètement étranger à une procédure qui le concernait pourtant au premier chef, et ce à un âge où il était par hypothèse apte à manifester une opinion éclairée¹⁶²⁰.

856. La loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 a édicté une véritable condition à l'émancipation : « Après audition du mineur, cette émancipation sera prononcée [...] »¹⁶²¹. Le juge ne pourrait ainsi prononcer une émancipation sans avoir procédé à son audition. Le mineur qui ne se présente pas à la convocation du juge ne peut en principe être émancipé. Avant l'entrée en vigueur de la loi de 1993, le juge des tutelles pouvait, au titre des investigations lui paraissant utiles, entendre le mineur¹⁶²², il pouvait recevoir le mineur pour connaître son avis, pour lui expliquer les conséquences de la mesure envisagée. Quelques émancipations avaient toutefois été prononcées sans que le mineur ne fût entendu lorsqu'il s'agissait de sanctionner un adolescent fugueur¹⁶²³.

2) L'avis du mineur, une faculté pour le juge

857. Les dispositions faisant de l'audition du mineur une obligation pour le juge, n'impliquent néanmoins pas que le juge suive l'avis du mineur. Cela n'exclue pas une émancipation prononcée contre la volonté du mineur, le juge n'est pas lié par l'avis du mineur. Un auteur relève qu'il est « préférable de laisser une certaine liberté au magistrat, considéré plus apte à apprécier les conséquences juridiques de l'émancipation »¹⁶²⁴. A l'instar de l'adoption, il aurait été préférable de soumettre le prononcé de l'émancipation au consentement du mineur¹⁶²⁵. L'obligation pour le juge ne vaut que lorsqu'il prononce l'émancipation, un jugement rejetant la demande n'est pas subordonnée à l'audition du mineur. Le juge entend le mineur alors qu'il a déjà pris sa décision. On peut supposer qu'une audition en tout état de cause pourrait faire revenir le juge sur sa décision de rejet. Il reste que la pratique est peut-être toute autre et que les juges entendent tout mineur faisant l'objet d'une demande d'émancipation. En tout état de cause, sur le fondement de l'article 388-1 du Code civil, le mineur peut demander au juge de l'entendre et ce sans qu'il puisse lui opposer un refus.

¹⁶²⁰ F. VAUVILLÉ, *op. cit.*

¹⁶²¹ Article 388-1 du Code civil.

¹⁶²² J. MASSIP, *Defrénois* 1974, p. 112, n° 25.

¹⁶²³ F. VAUVILLÉ, *op. cit.*

¹⁶²⁴ A. GOUTTENOIRE, « Droit des mineurs », Dalloz, 2^e éd. 2014, n°1033.

¹⁶²⁵ E. ALFANDARI, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, F. MONÉGER, P. VERDIER, P.-Y. VERDINKT, « Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant après la Convention internationale sur les droits de l'enfant », *Doc. Fr.* 1993, p. 27.

858. Depuis la loi du 12 mai 2009 et le transfert de la tutelle des mineurs entre les mains du juge aux affaires familiales, la classique distinction entre la personne et les biens a disparue concernant l'enfant. Auparavant le juge des tutelles était le magistrat en charge tant de la personne que du patrimoine de l'enfant, il prononçait de ce fait l'émancipation. Le juge aux affaires familiales était lui totalement écarté de cette procédure.

859. Afin que l'enfant ne soit pas totalement écarté des prétentions judiciaires, il peut bénéficier du mécanisme de la représentation.

Section 2 : L'enfant représenté

860. La combinaison des articles 414, 388, 398-3 et 1124 du Code civil énonce l'ensemble du régime des actes accomplis par un mineur. Puisque le mineur est par principe incapable d'exercer lui-même ses droits, afin que cette incapacité d'exercice n'aboutisse à une incapacité d'agir en justice, la représentation constitue un palliatif. Cette incapacité de principe existe par ailleurs dans l'ensemble des pays européens. Le lien entre capacité et incapacité est moins dissocié qu'il n'y paraît. La référence aux actes usuels¹⁶²⁶ et le système de représentation en sont les illustrations. Concernant les actes usuels, comme l'affirme le Professeur Jean HAUSER, il n'en existe pas de définition¹⁶²⁷, il incombe au juge de déterminer les usages qui justifieraient une exception à l'incapacité du mineur.

861. La représentation est classiquement définie comme une « fonction consistant pour une personne à agir en justice au nom d'une autre, comme demandeur ou défendeur, les effets juridiques de l'instance se produisant au profit ou à la charge de cette dernière »¹⁶²⁸. Elle va permettre l'exercice des droits du mineur que son incapacité ne lui permet pas d'assurer. Cette représentation, mécanisme de protection, se doit d'être permanente afin d'être efficace et ce sont les personnes qui assurent la charge quotidienne de l'enfant qui sont les plus à même de l'assurer pour tous les actes de la vie civile. En effet, dans certaines

¹⁶²⁶ C'est l'arrêt Pogam du 9 mai 1972 qui a consacré le caractère usuel de l'acte comme critère de répartition des actes accomplis par le mineur. Cass. Civ. 1^{re}. 9 mai 1972, n°71-10361, Gaz. Pal. 1972. 2. 871 ; Bull. civ., n° 122, p. 110.

¹⁶²⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 12 novembre 1998, n°97-13248, RTD civ. 1999. 360. Obs. J. Hauser.

¹⁶²⁸ G. CORNU, « Vocabulaire juridique », G. CORNU (dir.), Association H. CAPITANT, PUF, 10^e édition, 2014, p. 467, V° *Représentation*.

procédures, le mineur détient véritablement un droit d'agir, mais ce droit sera exercé par l'un de ses représentants légaux (A), mais ce principe peut être écarté lorsque les intérêts du mineur sont en opposition avec ceux de ses parents (B).

A) L'enfant représenté par ses parents

862. Si l'enfant est la plupart du temps absent des prétoires, c'est là la conséquence du statut d'incapacité tenant à la minorité. L'article 371-1 du Code civil précise dans son alinéa 1^{er} que « L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant ». Ils doivent donc accomplir en son nom tous les actes répondant à cet intérêt. Ils veillent au respect des droits de leur enfant et en assurent l'exercice. L'article 389-3 du Code civil indique que la représentation de l'enfant est l'apanage de l'administration légale puisque l'alinéa 1^{er} dispose que « L'administrateur légal représentera le mineur dans tous les actes de la vie civile ».

863. L'exercice par les parents de l'autorité parentale leur confère les pouvoirs nécessaires à la représentation de leur enfant pour tous les actes et actions nécessaires à l'exercice de ses droits et à la défense de ses intérêts (1), mais la volonté de l'enfant s'en trouve niée (2).

1) Les modalités de la représentation parentale

864. « L'aménagement juridique des relations entre les parents et leurs enfants comporte deux aspects »¹⁶²⁹, l'autorité parentale a pour fonction le « gouvernement de la personne du mineur »¹⁶³⁰ alors que l'administration légale assure la gestion du patrimoine. Cette affirmation se révèle exacte lorsque le juge aux affaires familiales confie l'exercice de l'autorité parentale à l'un des parents et l'administration légale à l'autre si la bonne gestion du patrimoine de leur enfant l'impose.

865. Néanmoins, et c'est heureux, dans les plupart des situations le ou les titulaires de l'autorité parentale sont également les administrateurs légaux. Ainsi l'on ne distingue pas, comme le laisse entendre l'article 389-3 du Code civil¹⁶³¹ les actes patrimoniaux des actes extrapatrimoniaux. Ainsi, les titulaires de l'autorité parentale déterminent les actes nécessaires à la protection de l'enfant, ceux qu'ils prendront à sa place, en vertu de la

¹⁶²⁹ G. GOUBEUX, J. GHESTIN, « Traité de droit civil. Les personnes », 1998.

¹⁶³⁰ A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, « Droit des mineurs », *op. cit.* n° 1078.

¹⁶³¹ Article 389-3 alinéa 1^{er} du Code civil, « L'administrateur légal représentera le mineur dans tous les actes civils ».

présomption selon laquelle l'intérêt de l'enfant correspond à celui de ses parents¹⁶³². Le doyen Carbonnier relevait à ce propos que « la présomption n'est pas si bête, sur laquelle le droit continue à se reposer largement, que l'intérêt de l'enfant coïncide avec celui des parents, partant que les parents en décideront »¹⁶³³. Les parents paraissent les plus à même d'apprécier l'intérêt de leur enfant. Un auteur relève que la confusion que l'on peut opérer dans cette matière entre l'intérêt de l'enfant, l'intérêt des parents et voire l'intérêt de la famille, amène à une interrogation, la représentation de l'enfant par ses parents est-elle une représentation au sens courant du terme ?¹⁶³⁴ Selon Jean HAUSER, « les parents qui gouvernent l'éducation d'un mineur n'exercent pas un droit délégué, mais un droit propre auquel répond d'ailleurs une responsabilité propre et accrue dans la jurisprudence moderne, ceux qui vendent un bien appartenant au mineur exerce un droit délégué par l'effet d'une représentation légale. À cette division correspond l'administration légale, même si c'est une prérogative détachée de l'autorité parentale »¹⁶³⁵. La représentation par les parents de l'enfant est effectivement une représentation spécifique, car elle pallie l'incapacité du mineur et c'est aussi un moyen pour les parents d'assurer l'exécution des décisions qui trouvent leur fondement dans l'exercice de l'autorité parentale. Par ailleurs, les titulaires de l'autorité parentale assumeront la responsabilité des actes qui se révéleraient préjudiciables à l'enfant.

866. On distingue les procédures mettant en jeu les droits personnels du mineur des actions fondées sur les prérogatives de ses représentants légaux, quand bien même la décision rendue aurait des conséquences sur les droits des mineurs. Dans ce cas, le juge applique les règles dont les titulaires de l'autorité parentale sont destinataires et statue dans l'intérêt de l'enfant. Les parents justifient d'un intérêt personnel à agir, alors que pour représenter les droits du mineur, ils invoquent son intérêt personnel et leur pouvoir de le représenter en vertu de leurs prérogatives parentales. C'est ainsi l'appréciation de l'intérêt à agir de l'enfant qui distingue les actions. En matière de filiation notamment, l'enfant est seul titulaire de l'action, mais il ne peut agir du fait de son incapacité. Les textes nous rappellent que les actions en recherche de maternité ou de paternité n'appartiennent qu'à l'enfant¹⁶³⁶. Comme chacun de ses parents, l'enfant peut demander au juge que lui soit délivré un acte de notoriété faisant foi

¹⁶³² Nous devons nuancer cette affirmation, si l'intérêt de l'enfant coïncide toujours avec celui de ses parents, pourquoi avoir institué l'administrateur ad hoc.

¹⁶³³ J. CARBONNIER, « Droit civil, T. 1 Les personnes », *op. cit.* n° 370.

¹⁶³⁴ A. GOUTTENOIRE, « Droit des mineurs », *op. cit.* n° 1051.

¹⁶³⁵ J. HAUSER « La finalité de l'autorité parentale », *RTD civ* 1999. *op. cit.*

¹⁶³⁶ Article 325 alinéa 2 du Code civil pour la recherche de maternité et article 327 pour la recherche de paternité.

de sa possession d'état¹⁶³⁷. S'agissant des actions en contestation de maternité ou de paternité, lorsque la possession d'état est conforme au titre, l'enfant a un droit à agir en contestation de maternité ou de paternité, au même titre que ses père et mère ou celui qui se prétend le parent véritable¹⁶³⁸. Lorsque l'un des deux parents (autre que celui qui se prétend le parent véritable) conteste sa paternité ou sa maternité, l'action est dirigée contre l'enfant représenté par un administrateur *ad hoc* désigné par le juge des tutelles¹⁶³⁹, l'autre parent étant présent aux débats. Lorsque c'est celui qui se prétend le parent véritable qui engage l'action, celle-ci est également dirigée contre l'enfant qui sera représenté par ses parents.

867. Lorsque l'autorité parentale est exercée par un seul parent, ce dernier est en vertu de l'article 389-2 du Code civil titulaire d'une administration légale sous contrôle judiciaire. C'est-à-dire qu'il représente seul l'enfant, mais doit solliciter du juge aux affaires familiales une autorisation pour accomplir les actes pour lesquels le tuteur doit être autorisé¹⁶⁴⁰. Excepté les actions relatives à la filiation, car l'administrateur légal agit en tant que parent et non en tant qu'administrateur. Il est conforme à la protection de l'intérêt de l'enfant de soumettre les actes les plus graves à une double appréciation de la situation.¹⁶⁴¹

868. Dans le cadre d'un exercice commun de l'autorité parentale, c'est-à-dire dans la majorité des cas, les parents sont aussi administrateurs légaux de l'enfant et le représentent pour tous les actes de la vie civile. On peut toutefois envisager un cas d'exercice commun de l'autorité parentale, mais conjugué avec une tutelle aux biens en cas de défaillance parentale quant à la gestion des biens de l'enfant. La nature de l'action détermine la répartition des compétences. L'article 389-4 du Code civil instaure une présomption d'accord, dans le cadre de l'administration légale pure et simple, le parent acteur est réputé agir avec l'accord de l'autre pour l'accomplissement d'actes que le tuteur pourrait faire sans autorisation, alors que les parents doivent agir ensemble pour les actes que le tuteur devrait accomplir avec l'autorisation du conseil de famille. Le tuteur peut intenter seul l'action en justice à caractère patrimonial, mais il a besoin d'une autorisation pour les procédures à caractère extrapatrimonial. Il a ainsi été jugé par la Cour d'appel de Paris que l'action en protection de la vie privée des enfants mineurs présente un caractère extrapatrimonial, même si elle tend à l'allocation de dommages et intérêts. Et que par application des articles 389-4 et 464 du Code civil, elle doit être exercée conjointement par les deux parents ou, en l'absence de

¹⁶³⁷ Article 317 du Code civil.

¹⁶³⁸ Article 333 du Code civil.

¹⁶³⁹ Article 389-3 du Code civil.

¹⁶⁴⁰ Notamment pour les actes de disposition.

¹⁶⁴¹ Article 389-6 du Code civil.

consentement de l'un d'eux, être autorisée par le juge des tutelles¹⁶⁴². Soit, en cas d'exercice commun de l'autorité parentale, l'enfant mineur est représenté par ses deux parents¹⁶⁴³ qui peuvent agir de concert ou bien sont réputés agir avec l'accord de l'autre.

869. Le commun accord apporte une garantie dans la protection des droits de l'enfant, mais peut devenir un obstacle lorsqu'un parent se révèle défaillant. Il est des cas où existe une opposition entre les deux parents quant à l'interprétation à donner à l'intérêt de l'enfant. Le recours au juge sera alors nécessaire, qui pourra même aller en cas de désintéressement d'un parent à confier l'exercice de l'autorité parentale au seul parent présent. Le risque de contrariété de décisions ou de juge a saisir n'existe plus puisque le même juge est compétent pour l'administration légale et l'autorité parentale. La réduction du pluralisme juridictionnel permet en l'espèce d'éviter une contrariété de décisions.

870. Cette représentation par les titulaires de l'autorité parentale est d'ordre public, cette obligation ne peut donc être contournée sauf si le mineur peut agir seul. Le cas échéant, ses parents agissent en son nom, décident de l'opportunité d'une action sans qu'il ne participe aux actions. Dans toutes les procédures faites en son nom, rappelons que l'enfant peut demander à être entendu s'il le souhaite conformément à l'article 388-1 du Code civil¹⁶⁴⁴.

2) L'enfant absent

871. Représenté par ses parents, l'enfant est absent de l'exercice de ses droits, un acte pourrait tout à fait lui être imposé sans que son avis soit recherché. A contrario un mineur ne peut imposer à ses représentants le droit d'agir en justice. René SAVATIER affirmait « la représentation consiste pour réaliser un acte juridique à substituer à la volonté de la personne qui touchera cet acte la volonté d'une autre personne qui lui sert ainsi d'organe »¹⁶⁴⁵. En tout état de cause et en dépit des liens affectifs unissant parents et enfant, « la volonté du mineur disparaît derrière l'écran de la représentation »¹⁶⁴⁶. Il est vrai que « ce qu'a de propre la représentation, c'est de lier le représenté par une volonté qui n'est pas la sienne, donc de sortir ainsi du cercle normal de la volonté, conçue comme le principe même des actes

¹⁶⁴² CA Paris, 25 avril 2000, RG n° 1998/16339, D. 2000, IR 187 ; RTD civ. 2000. 802, obs. J. Hauser.

¹⁶⁴³ De nombreux auteurs relèvent que ce n'est que supposition, dans de nombreuses situations nul ne sait comment est administré le patrimoine de l'enfant.

¹⁶⁴⁴ C. MARCHAL, L. MICALLEF-NAPOLY « La place de l'enfant dans les procédures familiales » AJ fam. 2009 p. 472.

¹⁶⁴⁵ R. SAVATIER, « L'écran de la représentation devant l'autonomie de la volonté de la personne », D. 1959, chron. 47.

¹⁶⁴⁶ A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, « Droit des mineurs », *op. cit.*

juridiques »¹⁶⁴⁷. Alain SÉRIAUX relevait ainsi que les parents à travers le droit d'agir à la place du mineur, peuvent exclure ce dernier de l'exercice de ses droits¹⁶⁴⁸. Si le mineur s'oppose à l'action intentée ou à l'acte cela n'empêchera pas le représentant de continuer le processus judiciaire. Le mineur peut ainsi se voir imposer une action qu'il n'aurait pas souhaité, notamment en matière de filiation, l'opportunité de toutes les actions relatives à la filiation échappe à l'enfant mineur, qui n'a a priori aucun point de vue à exprimer, sauf à être représenté par un administrateur *ad hoc* en invoquant une opposition d'intérêts. En effet « il est long et périlleux d'attendre dix-huit ans pour établir sa filiation »¹⁶⁴⁹. Et parallèlement, le jeune majeur de dix-huit ans se voit brutalement contraint à la gestion de ses biens s'il en a, alors que durant sa minorité, aucune question de cet ordre ne lui était soumise.

872. Il serait souhaitable, pour les enfants dont le degré de maturité est suffisant, qu'ils soient consultés pour toutes procédures les concernant, car par manque de diligence ou abstention volontaire de ses représentants légaux, l'enfant peut se retrouver privé de la reconnaissance de ses prérogatives juridiques. Il serait envisageable de soumettre les questions patrimoniales au consentement du mineur discernant, « on pourrait également songer à transposer dans le cadre de l'administration légale, la faculté offerte au mineur de réclamer communication du compte annuel de gestion par le tuteur »¹⁶⁵⁰.

873. Cette absence de l'enfant est toutefois à nuancer, car il est des situations dans lesquelles le consentement du mineur est exigé, en matière de changement de nom et en matière d'adoption notamment. Et les textes récents favorisent l'association du mineur aux décisions qui le concernent, l'article 371-1 alinéa 3 du Code civil énonce que « Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité ». De nombreuses voix se sont élevées en faveur d'un statut pour les adolescents au travers d'une certaine pré-majorité leur conférant des droits processuels mais pas uniquement, c'est-à-dire une « reconnaissance d'une capacité juridique de l'enfant à exercer lui-même ses droits sans l'intermédiaire d'un adulte qui définit à sa place son meilleur intérêt »¹⁶⁵¹.

874. Le mécanisme de la représentation est par ailleurs exclu chaque fois que la volonté de l'enfant se révèle indispensable à la validité de l'acte, c'est-à-dire tous les actes

¹⁶⁴⁷ R. SAVATIER, *op. cit.*

¹⁶⁴⁸ A. SÉRIAUX, « Tes père et mère honoreras. Réflexion sur l'autorité parentale en droit français contemporain », RTD civ. 1986. 265.

¹⁶⁴⁹ J. RUBELLIN-DEVICHI, « Une importante réforme en droit de la famille : la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 », *op. cit.*

¹⁶⁵⁰ A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, « Droit des mineurs », *op. cit.* n° 1093.

¹⁶⁵¹ A. GARAPON, « Les ambiguïtés du débat actuel sur les droits des enfants », in J. Rubellin-Devichi et M. Andrieux (dir), *Enfance et violence (colloque)*, PUL, 1992, p. 159.

reposant sur un engagement tel que le mariage, le contrat de travail, la reconnaissance d'un enfant et plus largement tous les actes touchant à la personne même du mineur.

B) L'enfant représenté par un administrateur *ad hoc*

875. D'une manière générale, l'enfant est représenté par ses parents en tant que ses représentants légaux, mais lorsque ses intérêts sont en opposition avec les leurs¹⁶⁵², le juge aux affaires familiales, ou le juge saisi de l'instance, peut lui désigner un administrateur *ad hoc* en vertu de l'article 388-2 du Code civil.

876. L'intervention d'un administrateur *ad hoc* est une « manifestation tangible »¹⁶⁵³ de la volonté de renforcer la participation de l'enfant aux procédures judiciaires, lorsque du fait du conflit entre parents la représentation du mineur ne peut être assurée, l'administration *ad hoc* paraît indispensable. L'intervention d'un administrateur *ad hoc* « est symptomatique de l'évolution de l'approche des droits de l'enfant, conçus désormais comme devant être exercés de manière autonome »¹⁶⁵⁴, l'enfant ne peut pas être laissé prisonnier de l'inertie parentale. L'article 389-3 alinéa 2 du Code civil poursuit le raisonnement en énonçant que « 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 ». Une opposition d'intérêts peut apparaître à l'occasion d'une procédure ou dans le cadre de la gestion patrimoniale des biens de l'enfant par l'administrateur légal.

877. Le droit offre ainsi au mineur l'accès à une représentation dont la seule fonction est la défense de ses intérêts. Par ce biais, l'enfant acquiert une certaine autonomie à l'égard des titulaires de l'autorité parentale et devient un véritable acteur des procédures qui le concernent. Il ne s'agit pas de défendre la volonté de l'enfant, mais ses intérêts (1) ce qui abouti à un renforcement de la participation de l'enfant aux procédures judiciaires (2).

¹⁶⁵² C. NEIRINCK, « La protection de la personne de l'enfant contre ses parents », LGDJ, 1984 ; Ph. PEDROT, « L'intervention judiciaire dans la protection de la personne de l'enfant en droit civil français », thèse, Nice, 1985.

¹⁶⁵³ P. MURAT, *op. cit.*

¹⁶⁵⁴ A. GOUTTENOIRE, « Dessine moi une procédure ou le statut procédural de l'enfant en Europe », in Le statut procédural de l'enfant en Europe, (dir.) D. GADBIN, F. KERNALEGUEN, Bruylant, 2004, p. 325.

1) La défense des intérêts de l'enfant

878. La défense des intérêts de l'enfant passe par l'appréciation de la notion d'opposition d'intérêts (a) qui se révélera déterminante quant à l'opportunité de désigner un administrateur *ad hoc* (b).

a) La notion d'opposition d'intérêts

879. A l'instar de nombreux standards juridiques, l'opposition d'intérêts n'est pas définie par les textes, c'est une situation de fait laissée à l'appréciation des juges « au gré des évolutions de la société et des situations particulières auxquelles il est appliqué »¹⁶⁵⁵. Cette question relève ainsi du pouvoir d'appréciation des juges du fond¹⁶⁵⁶. Avant la réforme de 1993, l'opposition d'intérêts retenue en jurisprudence était une opposition objective, d'ordre essentiellement patrimonial¹⁶⁵⁷. Depuis la réforme de 1993, l'opposition d'intérêts tend à être appréciée, même lorsqu'elle l'est au regard de l'article 389-3, en fonction d'éléments objectifs, telle une disparité de fortune, mais également d'éléments subjectifs, tenant par exemple à l'attitude du représentant légal¹⁶⁵⁸. Cette représentation est envisageable même si l'administration des biens du mineur n'est pas en cause¹⁶⁵⁹. Néanmoins, la simple existence d'intérêts simplement distincts est, sauf circonstance exceptionnelle, considérée comme insuffisante¹⁶⁶⁰. L'opposition d'intérêts doit se révéler sérieuse et vraisemblable¹⁶⁶¹ voire proche et menaçante¹⁶⁶². Il peut s'agir d'une opposition entre un enfant et son représentant ou plusieurs enfants tous représentés par le même administrateur légal. L'opposition d'intérêts

¹⁶⁵⁵ A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, « Droit des mineurs » *ad hoc* n° 1108.

¹⁶⁵⁶ J. HAUSER, « L'opposition d'intérêts dans l'administration légale », RTD civ. 1996. 582. ; Cass. 1^{re} civ., 5 janvier 1999, Dr. fam. 1999, n° 58, note Th. Fossier, RTD civ. 1999. 184, obs. J. Hauser, RJPF 1999, n° 2, p. 13. Cass. 1^{re} civ., 25 octobre 2005, n° 03-14.404, JurisData n° 2005-030425, Dr. fam. 2006, comm. A. Gouttenoire. constatant que le tribunal avait souverainement déduit des éléments de fait relevés l'existence d'une opposition d'intérêts

¹⁶⁵⁷ Cass. 1^{re} civ., 8 mars 1988, Bull. civ. I, n° 114, action intentée au nom d'un mineur en révocation pour ingratitude d'une donation consentie à sa mère ; TGI Paris, 31 mai 1996, inaptitude de la mère à exercer dans le seul intérêt de l'enfant sa fonction d'administratrice légale du fait de la disparité de fortune entre le mineur, héritier pour le tout de la fortune importante de son père, et sa mère, à laquelle son époux n'a rien voulu laisser.

¹⁶⁵⁸ Cass. 1^{re} civ., 5 janvier 1999, *op. cit.* – Cass. 1^{re} civ., 25 octobre 2005, *op. cit.*

¹⁶⁵⁹ Cependant, Cass. 1^{re} civ., 22 novembre 2005, qui approuve une cour d'appel de ne pas avoir confié la défense des intérêts d'un mineur à un administrateur *ad hoc*, l'administration de ses biens n'étant pas en cause.

¹⁶⁶⁰ Pour la vente d'un bien indivis, Cass. 1^{re} civ., 7 décembre 1977, Bull. civ. 1977, I, n° 465 ; D. 1978, jurispr. p. 221, note Savatier. – Pour la participation, en qualité de cohéritiers, à un partage judiciaire, Cass. civ., 30 novembre 1875, DP 1876, I, p. 340.

¹⁶⁶¹ Cass. req., 28 janvier 1896, DP 1896, I, p. 543. – Pour un simple risque d'opposition, Cass. 1^{re} civ., 7 juin 1955, D. 1956, somm. p. 40 ; JCP G 1956, II, 9259.

¹⁶⁶² CA Paris, 10 avril 1954, D. 1954. 408.

est caractérisée dès qu'il y a un risque de conflit, il doit exister « une potentialité de conflit réelle et sérieuse »¹⁶⁶³.

880. Le domaine d'intervention de l'administrateur *ad hoc* a été élargi à toutes les hypothèses de conflit d'intérêt, et pas seulement à ceux d'ordre patrimoniaux.

b) L'opportunité d'un administrateur *ad hoc*

881. La nomination d'un administrateur *ad hoc* est opportune chaque fois que les représentants légaux possèdent des intérêts divergents dans la procédure envisagée. « Cette désignation permettrait en effet d'éviter qu'une action dans laquelle l'enfant est le principal intéressé ne se transforme en règlement de comptes entre les deux parents »¹⁶⁶⁴.

882. Lorsque les deux parents sont administrateurs légaux, la désignation d'un administrateur *ad hoc* doit intervenir même dans les cas où l'enfant est en opposition avec un seul de ses parents. La représentation de l'enfant par un parent alors qu'il existe une opposition d'intérêt avec l'autre parent ne peut être satisfaisante, car elle ne pourrait garantir à l'enfant une représentation objective. En effet, cette solution a été condamnée par le Cour de cassation dans un arrêt du 22 mai 1996¹⁶⁶⁵ « l'autorité parentale étant exercée en commun par les deux parents et les intérêts de Jérôme X étant en opposition avec l'un de ceux-ci, le pourvoir formé par Jérôme X., représenté par un seul de ses parents, [...] n'est pas recevable ». La nomination d'un administrateur *ad hoc* dans ce cas, a le mérite d'éviter à l'autre parent de choisir entre les intérêts de son enfant et ceux de son conjoint. Notamment, « Après avoir relevé que les difficultés psychologiques de la mère, sa relation fusionnelle voire pathologique avec ses filles et la complexité de la situation familiale dans le cadre d'un divorce en cours l'empêchaient d'assurer en toute objectivité la défense des mineures, le tribunal a souverainement déduit de ces éléments de fait l'existence d'une opposition d'intérêts entre la mère et ses deux filles et caractérisé la nécessité de désigner, dans l'intérêt des mineures, un administrateur *ad hoc* extérieur à la famille »¹⁶⁶⁶.

883. Dans le cas particulier d'une mineure qui devient mère, la Cour d'appel de Dijon a pu décider que « L'adolescente mineure qui devient mère est automatiquement investie de l'autorité parentale et de l'administration légale sur son enfant, en dépit de son

¹⁶⁶³ A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, « Droit des mineurs », *op. cit.* n° 1109.

¹⁶⁶⁴ A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, « Droit des mineurs », *op. cit.* n° 1110.

¹⁶⁶⁵ Cass. 2e civ., 22 mai 1996, Bull. civ. 1996, II, n° 100 ; Defrénois 1996, art. 36434, obs. J. Massip D. 1996. IR. 150 ; RTD civ. 1996. 582, obs. J. Hauser.

¹⁶⁶⁶ Cass. 1re civ., 25 octobre 2005, n° 03-14.404, JurisData n° 2005-030425, Dr. fam. 2006, comm. A. Gouttenoire, *op. cit.*

incapacité juridique. Elle peut donc l'élever seule. Si elle éprouve des difficultés pour le faire, la désignation d'un administrateur *ad hoc* ne permet pas de résoudre ce problème. Il n'y a donc jamais lieu dans ce cas à demander qu'il en soit désigné un à l'enfant »¹⁶⁶⁷. La désignation d'un administrateur *ad hoc* est totalement inefficace parce que, représentant de l'enfant, il ne peut jamais se voir confier l'exercer l'autorité parentale et il ne peut jamais être désigné pour suppléer l'incapacité générale d'exercice d'un parent.

884. L'administrateur *ad hoc* est choisi de préférence parmi la famille ou les proches de l'enfant selon les dispositions de l'article 1210-1 du Code de procédure civile, mais l'intérêt de l'enfant peut commander la désignation d'un administrateur *ad hoc* en dehors de la famille¹⁶⁶⁸. Le juge peut choisir un administrateur *ad hoc* figurant sur la liste des administrateurs *ad hoc* tenue dans le ressort de chaque cour d'appel, ce n'est qu'une simple faculté¹⁶⁶⁹. La nomination intervient à la requête de l'administrateur légal, et en cas de carence de celui-ci, le juge aux affaires familiales désignera l'administrateur *ad hoc* d'office, à la demande du ministère public ou à celle du mineur lui même. Toute personne peut porter à la connaissance du juge le conflit d'intérêts¹⁶⁷⁰, et ce même en cours d'une procédure. Dans ce cas, la désignation peut provenir du juge saisi de l'instance, toutefois, le juge aux affaires familiales pourra intervenir dans ce cas lorsque les autres magistrats disposant de ce pouvoir n'ont pas agi¹⁶⁷¹.

885. L'incapacité d'exercice du mineur à laquelle il peut être remédié par la technique de la représentation implique, pour être mise en œuvre, la capacité de jouissance du mineur relativement aux droits à exercer. « Si l'absence de droits subjectifs n'est plus désormais un obstacle à la représentation du mineur par un administrateur *ad hoc*, elle n'en reste pas moins un motif d'irrecevabilité de toutes les voies de recours que le mineur, directement ou par l'intermédiaire de ce représentant ponctuel, pourrait former. Dans une telle hypothèse, la mission de l'administrateur *ad hoc* consiste seulement à faire valoir de manière autonome l'intérêt de l'enfant, tel que défini par ce dernier. Toute l'ambiguïté des droits procéduraux reconnus au mineur apparaît alors : invité à participer aux procédures qui le concernent, l'enfant reste cantonné à la périphérie de l'instance »¹⁶⁷². 1^{re} idée

¹⁶⁶⁷ CA Dijon, 4 juillet 2012, n° 12/00315JurisData n° 2012-019105, Droit de la famille n° 11, Novembre 2012, comm. C. Neirinck.

¹⁶⁶⁸ Cass. 1^e civ. 25 octobre 2005 n° 03-14.404 *op. cit.*

¹⁶⁶⁹ *Ibid.*

¹⁶⁷⁰ CA Bourges, 9 juillet 1974. D. 1978. 58, note Aubert.

¹⁶⁷¹ Cass. 1^e civ. 25 octobre 2005 n° 03-14.404 préc. Cet arrêt laisse au juge une liberté de principe dans le choix de l'administrateur *ad hoc*. Solution critiquée par M. BRUGGEMAN, « L'administrateur *ad hoc*, reddition sans condition de la Cour de cassation », Dr. fam. 2006, chron ; 28.

¹⁶⁷² E. DURAND « Brèves observations d'un juge des enfants sur les quarante propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui », a

886. La Cour de cassation statuant en chambre mixte a précisé l'étendue des pouvoirs d'un administrateur *ad hoc* chargé d'assurer la représentation du mineur en justice : « L'administrateur *ad hoc*, désigné en application des articles 388-2 et 389-3, alinéa 2, du Code civil, ne peut avoir plus de droits que le mineur qu'il représente »¹⁶⁷³.

887. En tout état de cause, une opposition d'intérêts constitue dans la relation parents-enfants une situation anormale, on renverse ainsi la présomption développée précédemment selon laquelle les parents sont les plus à même d'apprécier et de défendre l'intérêt de leur(s) enfant(s)¹⁶⁷⁴.

2) Le renforcement de la défense des intérêts de l'enfant

888. 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, un administrateur *ad hoc* chargé de le représenter peut lui être désigné. Ce texte a abouti à un renforcement de la participation de l'enfant aux procédures judiciaires. Par opposition à l'article 388-1 du Code civil qui offre au mineur le droit d'être entendu dans toute procédure le concernant, l'interprétation littérale de l'article 388-2 limiterait l'intervention de l'administrateur *ad hoc* aux seuls cas où le mineur est titulaire d'un droit que son incapacité ne lui permet pas d'exercer lui-même.

889. Néanmoins cette conception qui serait restrictive a été écartée par la Cour de cassation dans un arrêt en date du 23 février 1999¹⁶⁷⁵, 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 ». On peut en déduire que si une opposition d'intérêts avait existé, un administrateur *ad hoc* aurait pu être désigné pour représenter l'enfant dans une procédure à laquelle il n'était pourtant pas partie. L'administrateur *ad hoc* est alors « le porte parole de l'enfant »¹⁶⁷⁶.

¹⁶⁷³ Cass. ch. mixte, 9 février 2001, Bull. ch. mixte 2001, n° 1 ; JCP G 2001, II, 10514, note Th. Fossier ; JCP G 2001, I, 332, n° 8, obs. J. Rubellin-Devichi ; RTD civ. 2001, p. 333, obs. J. Hauser ; D. 2001, p. 743 ; RJPF 2001-4/38, p. 21, obs. P. Guerder ; RJPF 2001-6/11, p. 6, note crit. J. Hauser.

¹⁶⁷⁴ V. n° 750.

¹⁶⁷⁵ Cass. 1^{re} civ., 23 février 1999, Bull. civ. 1999, I, n° 66 ; Dr. famille 1999, comm. 146, note A. Gouttenoire ; D. 1999, inf. rap. p. 79 ; RTD civ. 1999, p. 601, obs. J. Hauser.

¹⁶⁷⁶ P. MURAT, « La participation de l'enfant aux procédures relatives à l'autorité parentale : bref regard critique sur la diversité des situations », *op. cit.*

890. Cette interprétation extensive, souhaitée par certains auteurs¹⁶⁷⁷ et approuvée par une partie de la doctrine dans la mesure où elle permet de renforcer la participation de l'enfant au débat judiciaire¹⁶⁷⁸ a toutefois fait naître des réserves. Un auteur¹⁶⁷⁹ a considéré que la Cour de cassation a opéré une confusion en faisant de l'opposition d'intérêt la cause de la désignation de l'administrateur *ad hoc* et non plus la condition.

891. Cet élargissement a pu être critiqué. Selon un auteur il n'y a pas lieu de désigner un administrateur *ad hoc* à un mineur dans une instance dans laquelle n'ayant pas qualité à intervenir, il n'a pas à être représenté. Laissée à la seule appréciation du juge, la notion d'opposition d'intérêts ne jouerait plus son rôle de régulateur et porterait ainsi atteinte aux prérogatives parentales¹⁶⁸⁰. Or, l'administrateur *ad hoc* ne dispose pas d'une autorité quelconque sur l'enfant, il n'est pas plus responsable des actes de ce dernier, les parents restent titulaires de l'autorité parentale et l'exercent. L'administrateur *ad hoc* est soumis au régime de l'administration judiciaire il a donc qualité pour accomplir seul tous les actes qu'un tuteur peut faire sans autorisation du conseil de famille et ce, dans les limites de sa mission. Et concernant les actes les plus graves, il lui appartient de se faire autoriser par le juge aux affaires familiales. L'administrateur *ad hoc* n'a de compétences que dans le cadre de la procédure dans laquelle les intérêts du mineur doivent être garantis, car en opposition avec ses parents puisqu'il ne peut avoir plus de droits que l'enfant qu'il représente¹⁶⁸¹.

892. Dans la matière particulière de l'assistance éducative, la désignation d'un administrateur *ad hoc* peut apparaître « comme une anomalie »¹⁶⁸² puisque l'enfant est partie à part entière. Cependant, dans certains cas que le juge des enfants en désigne un et il peut le faire afin de faire désigner un avocat à l'enfant. En effet, l'article 1182 du Code de procédure civile précise que « l'avis d'ouverture de la procédure et les convocations [...] mentionnent les droits des parties de faire choix d'un conseil ou de demander qu'il lui en soit désigné un d'office... » Un auteur a d'ailleurs affirmé l'exigence de l'intervention de l'avocat en qualité de porte-parole de l'enfant en soulignant la situation de déséquilibre manifeste qui existe entre le mineur et le juge : « Il est [...] illusoire de donner la parole directe à l'enfant, car l'inégalité du rapport juge/mineur est patente. Le juge est peut-être formé aux techniques de la

¹⁶⁷⁷ A. GOUTTENOIRE, « L'enfant et les procédures relatives à l'autorité parentale, préc. – J. RUBELLIN-DEVICHI, « Une importante réforme en droit de la famille, la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 »

¹⁶⁷⁸ A. GOUTTENOIRE, J. HAUSER, obs. ss Cass. 1re civ., 23 février 1999, *op. cit.*

¹⁶⁷⁹ C. NEIRINCK, « La dualité du régime de l'administrateur *ad hoc* des mineurs », JCP G 2000, I, 228.

¹⁶⁸⁰ M. BRUGGEMAN, « Administrateur *ad hoc* du mineur : reddition sans condition de la Cour de cassation », Dr. fam. 2006, étude n° 28.

¹⁶⁸¹ Cass. ch. mixte, 9 février 2001, *op. cit.*

¹⁶⁸² C. MARCHAL, L. MICALLEF-NAPOLY, « La place de l'enfant dans les procédures familiales », AJ fam. 2009. 472. *op. cit.*

communication. L'enfant ignore tout de cet art »¹⁶⁸³. Dans l'hypothèse où l'enfant ne demande pas cette désignation, mais que le juge l'estime utile, il peut soit suggérer à l'enfant de le demander, soit désigner un administrateur *ad hoc* auquel il donnera mission de solliciter la désignation d'un avocat pour l'enfant. Si l'enfant a une maturité suffisante, il pourra demander la désignation d'un avocat en vertu de l'article 1186 du Code de procédure civile.¹⁶⁸⁴

893. En principe, aux termes de l'article 388-2 du Code civil, il ne peut être procédé à la désignation d'un administrateur *ad hoc* si le mineur ne dispose pas du discernement suffisant, certains magistrats font pourtant une interprétation plus souple de cette disposition et procèdent à la désignation d'un administrateur *ad hoc* ¹⁶⁸⁵. « L'essentiel de son rôle est alors de déterminer ce qu'est l'intérêt de l'enfant et d'en faire part au juge, surtout si faute de discernement le mineur ne peut être entendu lui-même »¹⁶⁸⁶.

894. Cela dynamise le juge, même en l'absence de conflit, le juge fait preuve de souplesse, l'enfant le pousse à agir en sa faveur : en nommant un administrateur *ad hoc*, afin qu'une personne adéquate défende ses intérêts.

Section 3 : L'enfant acteur

895. Le principe est l'incapacité du mineur d'agir en justice, mais ce principe peut être écarté¹⁶⁸⁷. Notamment lorsque le mineur est reconnu capable d'exercer lui même ses droits, c'est-à-dire lorsque les nécessités de la protection qui fondent cette incapacité n'existent plus. « La possibilité pour l'enfant d'agir lui même en justice est évidemment le mode de participation au processus judiciaire le plus complet. Il nécessite que l'enfant réunisse toutes les conditions de l'action en justice ; intérêt, qualité et capacité pour agir »¹⁶⁸⁸. L'enfant acteur est une exception à l'incapacité générale d'exercice des mineurs, un pas vers une autonomie complète.

¹⁶⁸³ C. NEIRINCK, « Avocat d'enfants ou défenseur d'enfants ? », p. 16, *in* Petites Affiches, n° 143, 29 novembre 1989

¹⁶⁸⁴ C. MARCHAL, L. MICALLEF-NAPOLY, « La place de l'enfant dans les procédures familiales », AJ fam. 2009. 472. *op. cit*, les auteurs de demandent « Combien seront capables de faire cette démarche et est-ce bien utile d'en arriver là ? »

¹⁶⁸⁵ J. BIGOT, « Les dangers de l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales », AJ fam. 2009. 324.

¹⁶⁸⁶ P. MURAT, *op. cit*.

¹⁶⁸⁷ En matière civile, l'enfant peut exercer les actions strictement attachées à sa personne. Sur le plan pénal, le mineur auteur peut voir sa responsabilité pénale engagée s'il est capable de discernement et se défendre directement. Au plan administratif, un arrêt du Conseil d'État du 30 décembre 2011 a admis que le mineur émancipé peut saisir le juge des référés d'un référé-liberté conformément à l'article L. 521-2 du Code de justice administrative.

¹⁶⁸⁸ A. GOUTTENOIRE, « Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires », Dr. fam. 6.

896. Lorsque ses droits fondamentaux sont atteints, l'enfant peut saisir directement le juge de la Cour européenne des droits de l'homme (I), et confronté à un danger, il peut assurer lui-même sa protection en saisissant le juge des enfants (II).

I : L'enfant et le juge des droits de l'homme

897. L'enfant bénéficie d'une protection juridictionnelle devant le juge national, mais dans l'hypothèse d'une défaillance du système interne de protection et à titre d'*ultima ratio*, l'enfant pourra agir devant le juge européen. En effet, la Convention européenne des droits de l'homme étant par essence protectrice, l'incapacité du mineur n'a plus lieu d'être, sa protection passant par la possibilité de former un recours contre une violation d'un de ses droits. Le mineur peut, sans être représenté, saisir personnellement la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'un des droits garantis par la Convention a été violé. Une seule condition tenant au mineur est exigée, l'article 34 de la Convention ne contenant pas de condition relative à la capacité du requérant, il doit invoquer un intérêt personnel à agir, sous réserve bien sûr de l'épuisement des voies de recours interne.

898. L'article 13 de la convention consacre le droit à un recours effectif devant une instance nationale lorsque les droits reconnus par le traité ont été violés, le mineur doit pouvoir exercer ses droits directement ou par l'intermédiaire d'un représentant. Cette exigence a été posée par la Cour dans les arrêts DP et JC c/Royaume-Uni du 10 octobre 2002, et E et autres c/Royaume Uni du 26 novembre 2002 relatifs à la responsabilité des services sociaux qui n'avaient pas pris les mesures nécessaires pour la protection d'enfants victimes de maltraitance. La Cour, dans l'arrêt Anderson c/Suède du 25 février 1992 a toutefois nié la violation de cette disposition au motif que « de l'avis général, l'article 13 n'exigeant pas qu'un enfant de douze ans ait la capacité d'ester en justice lui-même, il suffit qu'un représentant légal le puisse en son nom »¹⁶⁸⁹. En revanche les Pays Bas ont été condamnés dans un arrêt X et Y du 26 mars 1985¹⁶⁹⁰ en ne permettant pas à une jeune fille handicapée mentale de se constituer partie civile dans la procédure pénale diligentée contre le viol qu'elle avait subi, celle-ci n'étant pas douée de discernement, condition exigée par le droit néerlandais de l'époque.

¹⁶⁸⁹ CEDH Anderson c/ Suède du 25 février 1992

¹⁶⁹⁰ CEDH 26 mars 1985, X et Y c/ Pays-Bas, série A, n° 91

899. Le mineur n'a pas besoin d'être représenté et n'a pas non plus besoin de l'autorisation de son représentant légal¹⁶⁹¹. En pratique cependant, le mineur fait un usage modéré de son droit de recours et le plus souvent, ce recours est effectué par l'intermédiaire de son représentant légal qui bénéficie en l'espèce d'un mandat tacite. Si une autre personne veut agir au nom de l'enfant il devra à l'inverse recevoir un mandat spécial permettant la représentation¹⁶⁹². Lorsque sont présentées simultanément une requête au nom des parents et une requête présentée par ou au nom de l'enfant, la Cour examine de l'enfant de manière indépendante, notamment dans l'affaire Margareté et Roger Anderson c/Suède du 25 février 1992¹⁶⁹³, les situations de la mère et du fils mineur ont fait l'objet de discussions distinctes devant la Cour. La Cour admet en cas d'intérêt contraires qu'un autre représentant légal soit désigné, notamment à l'égard d'une mère privée de l'autorité parentale lors d'un conflit avec la personne chargée de la tutelle des enfants¹⁶⁹⁴.

900. Une interrogation demeure s'agissant de la condition de l'épuisement des voies de recours interne. En effet, le mineur, comme tout requérant doit satisfaire à cette l'exigence conformément à l'article 35 de la Convention. La requête d'un mineur est elle déclarée irrecevable dans les cas où les recours internes accessibles par l'intermédiaire du représentant légal n'ont pas été épuisés ?. Un auteur souligne qu'une réponse négative permettrait une meilleure protection des droits fondamentaux de l'enfant¹⁶⁹⁵. « Même si cette condition est interprétée avec souplesse et sans formalisme excessif, la solution résiderait alors sans doute dans la désignation d'un administrateur *ad hoc* »¹⁶⁹⁶.

901. Cette capacité exceptionnelle reconnue au mineur d'agir lui même, sans représentation obligatoire, pour défendre ses droits fondamentaux existe aussi en droit suisse « dans lequel un enfant capable de discernement peut lui même faire valoir ses droits fondamentaux »¹⁶⁹⁷.

¹⁶⁹¹ CEDH 25 février 1992, n° 12963/87, Margareté et Roger Anderson c/ Suède, Cour plénière, Série A, n°226-A.

¹⁶⁹² *Ibid.*

¹⁶⁹³ CEDH 25 février 1992, n° 12963/87, Margareté et Roger Anderson c/ Suède, *op. cit.*

¹⁶⁹⁴ CEDH 13 juillet 2000, n° 39221/98 et 41963/98, Scozzari et Giunta c/ Italie, JCP 2001. I., obs. F. Sudre.

¹⁶⁹⁵ A. GOUTTENOIRE, « Dessine moi une procédure ou le statut procédural de l'enfant en Europe », *in* Le statut juridique de l'enfant en droit européen.

¹⁶⁹⁶ H. SURREL, « Le juge des droits de l'homme », Dr. fam. 2006, étude n° 36.

¹⁶⁹⁷ A. GOUTTENOIRE, « Dessine moi une procédure ou le statut procédural de l'enfant en Europe », *op. cit.*

II : L'enfant et le juge des enfants

902. Situation exceptionnelle dans le domaine de l'autorité parentale, l'enfant peut être partie¹⁶⁹⁸. En effet, dans la procédure d'assistance éducative, l'enfant est une véritable partie à la procédure car il peut saisir lui même le juge des enfants (A) et peut aussi avoir accès au dossier de l'assistance éducative (B).

A) Le droit de saisir le juge des enfants

903. L'article 375 du Code civil permet au mineur lui même de saisir le juge des enfants et ce sans autre précision. Pourtant, depuis l'entrée en vigueur du décret du 15 mars 2002, la plupart des droits procéduraux de l'enfant sont subordonnés à son discernement dans le cadre de l'assistance éducative. La jurisprudence de la Cour de cassation le rappelle « il incombe au juge du fond de vérifier que [l'enfant] possède le discernement suffisant pour exercer ces prérogatives »¹⁶⁹⁹. Dès lors, l'article 375 permettant au mineur, sans autre exigence de saisir le juge des enfants, il peut être considéré comme partie à la procédure, même si l'exercice de ses droits fondamentaux est exclu.

904. La spécificité de l'assistance éducative explique indubitablement cette place procédurale réservé au mineur, l'assistance éducative ne se caractérise pas par une opposition entre deux prétentions juridiques, mais plutôt en une « procédure de gestion d'une situation »¹⁷⁰⁰.

905. Un magistrat a pu constater que « s'il est certain que la majorité des saisines du juge des enfants l'est par le biais du procureur de la République, lui même informé par les travailleurs sociaux, ou des professionnels de l'éducation nationale ou de la santé, ou les services de police ou de gendarmerie, il n'en reste pas moins que de nombreux jeunes de présentent spontanément au tribunal pour solliciter l'intervention d'un juge des enfants »¹⁷⁰¹.

906. L'enfant peut formuler toute demande par l'intermédiaire ou non de son avocat et les demandes peuvent être très variées. Lorsque l'enfant est placé, « il demandera à revenir dans sa famille ou à modifier les conditions dans lesquelles il peut la voir en week-end ou durant les vacances. Mais il peut tout aussi bien faire des demandes concernant la restitution ou l'octroi d'un téléphone portable, l'exercice d'une activité sportive, une modification de

¹⁶⁹⁸ P. MURAT, *op. cit.*

¹⁶⁹⁹ Cass. 1^{re} civ., 21 novembre 1995, D. 1996. 420, note A. Gouttenoire.

¹⁷⁰⁰ P. MURAT, *op. cit.*

¹⁷⁰¹ J. BIGOT, « L'accès à la justice des mineurs », AJ fam. 2003. 376.

placement, d'école, ou encore l'autorisation de voir un tiers... »¹⁷⁰². Mais les demandes tendent le plus souvent à exprimer le souhait de quitter le parent chez qui la résidence habituelle a été fixée par le juge aux affaires familiales, « sur des révélations d'abus sexuels et de violences, ou naît de leur difficulté à vivre dans un milieu écartelé entre plusieurs cultures »¹⁷⁰³. Comme nous l'avons rappelé précédemment, seul le juge aux affaires familiales est compétent à moins que l'enfant encourt un danger au sens de l'article 375 du Code civil et que les motifs soient postérieurs à la décision du juge aux affaires familiales¹⁷⁰⁴.

907. La requête du mineur possède un caractère général, elle alerte le juge d'une situation donnée. Le juge des enfants n'est pas lié par le principe du dispositif et même si le mineur déclenche l'action, il ne peut y mettre fin sans que le juge n'y consente. Le mineur saisit le juge des enfants, ce dernier décide seul de l'opportunité d'une ouverture de procédure d'assistance éducative. En outre, l'enfant n'a pas à démontrer l'état de danger qu'il allègue, cet état de danger ne conditionne pas la recevabilité de la demande du mineur. « Il s'agit alors pour le juge de se poser la question de sa compétence à travers le bien-fondé de l'initiative de l'enfant »¹⁷⁰⁵.

908. La décision du juge des enfants peut être frappée d'appel, à l'initiative du mineur notamment. Toutefois, la décision n'est notifiée qu'au mineur d'âge d'au moins seize ans et si son état le permet¹⁷⁰⁶. Cette disposition fait naître une limite à la protection du mineur de moins de seize ans, car le délai d'appel court pour le mineur à qui la décision n'a pas été notifiée à compter du jour où il a eu connaissance de la décision¹⁷⁰⁷. Les intervenants à la procédure ne peuvent ainsi connaître avec précision le délai d'appel. Le mineur peut former par ailleurs pourvoi en cassation.

909. Le droit contemporain oblige le juge à entendre le mineur pour toute décision, à tout moment de la procédure. Par ailleurs, le juge des enfants est le seul juge du siège qui puisse être saisi par un mineur. La capacité exceptionnelle reconnue au mineur dans la procédure d'assistance éducative est justifiée par le danger encouru par l'enfant. Ce dernier doit pouvoir participer à sa propre protection.

910. L'article 1186 du Code de procédure civile permet au mineur doué de discernement de choisir un avocat ou de demander au bâtonnier de lui en désigner un, le juge devant informer le mineur de ce droit. En pratique, « le dynamisme des avocats pour enfant et

¹⁷⁰² C. MARCHAL *op. cit.*

¹⁷⁰³ *Ibid.*

¹⁷⁰⁴ V. n° 668.

¹⁷⁰⁵ A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, « Droit des mineurs », *op. cit.* n° 1290.

¹⁷⁰⁶ Article 1190 du Code de procédure civile.

¹⁷⁰⁷ Article 1191 du Code de procédure civile .

la multiplication des consultations gratuites au profit des enfants a permis une généralisation des interventions des avocats spécialisés aux côtés des mineurs dans le cadre des procédures d'assistance éducative »¹⁷⁰⁸. Afin d'assurer l'effectivité de cette possibilité, le mineur bénéficie de l'aide juridique en vertu de l'article 5 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique qui précise qu'en cas de « divergence d'intérêt » entre personnes vivant au foyer, il n'est pas tenu compte des ressources du foyer pour allouer une aide juridique au mineur. Du fait même de l'assistance éducative il existe une opposition d'intérêts entre le mineur et ses parents, il est donc naturel de ne pas tenir compte de leurs revenus pour apprécier le droit à l'aide juridique du mineur en danger. « L'enfant a réellement un avocat, qui est totalement neutre, indépendant financièrement des parents, et qui défend exclusivement ses intérêts. C'est donc un gage d'impartialité »¹⁷⁰⁹.

911. Dans une matière aussi complexe que l'assistance éducative, il est évident que l'enfant a besoin de l'assistance d'un conseil plus capable de comprendre les enjeux et capable d'exercer de façon effective les droits reconnus au mineur. « La contradiction assurée par l'avocat justifie et caractérise son intervention dans la procédure »¹⁷¹⁰. On ne peut dès lors que regretter que sa présence ne soit pas obligatoire auprès de l'enfant comme elle l'est auprès du jeune délinquant en matière pénale. Le rapport précité « 40 propositions.. » propose de favoriser l'assistance de l'enfant doté de discernement par un avocat spécialisé¹⁷¹¹. « Il est en effet paradoxal de considérer combien les décisions prises par le juge des enfants en assistance éducative sont susceptibles de modifier considérablement les conditions de vie de l'enfant, mais qu'il est de fait peu fréquent que l'enfant (comme ses parents d'ailleurs) soit assisté par un avocat »¹⁷¹². Le groupe de travail souhaite une vérification systématique de l'information du droit à être assisté par un avocat et la désignation systématique d'un avocat pour l'enfant lors du renouvellement de la mesure. Il serait « utile de permettre au juge des enfants de solliciter d'office la désignation d'un avocat pour l'enfant par le bâtonnier dans les procédures où cette désignation paraît de nature à mieux prendre en compte l'intérêt de l'enfant »¹⁷¹³. Et pour l'enfant non discernant, il serait parfois utile, notamment pour les très jeunes enfants, voire même des nourrissons, de les faire représenter à l'audience afin de faire entendre aux parents les plus défaillants dans leur rôle de protection, que l'enfant est une

¹⁷⁰⁸ A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, « Droit des mineurs », *op. cit.* n° 1292

¹⁷⁰⁹ S. GARDE-LEBRETON, « L'accès du droit des mineurs : l'exemple du Barreau de Lyon », *AJ fam.* 2003. 380.

¹⁷¹⁰ A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, « Droit des mineurs », *op. cit.* n° 1292

¹⁷¹¹ Proposition n° 14 du rapport.

¹⁷¹² E. DURAND

¹⁷¹³ E. DURAND « Brèves observations d'un juge des enfants sur les quarante propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui », *op. cit.*

personne à part entière. Certains magistrats préféreront désigner un avocat, mais il serait sans doute d'un point de vue procédural préférable de désigner un administrateur *ad hoc*¹⁷¹⁴ qui pourra faire appel à un avocat. « Le problème en semblables hypothèses est de décider si l'enfant a ou n'a pas le discernement suffisant. L'expérience montre que de très jeunes enfants âgés de 3 ou 4 ans ont une parole à faire entendre et peuvent bénéficier de l'assistance d'un conseil sans que la nomination d'un administrateur *ad hoc* soit justifiée »¹⁷¹⁵. Compte tenu de l'opposition d'intérêts entre l'enfant et ses parents que l'assistance éducative implique, la représentation par un administrateur *ad hoc* paraît la solution la plus protectrice pour l'enfant non discernant.

B) Le droit d'accès au dossier d'assistance éducative

912. En plus de la possibilité pour le mineur de saisir le juge des enfants et d'être partie à la procédure d'assistance éducative, il bénéficie d'un autre droit. Le droit d'accès au dossier par le mineur discernant en présence de l'un au moins de ses parents ou de son avocat¹⁷¹⁶ qui n'est prévu de cette manière que depuis le décret n° 2002-361 du 15 mars 2002 relatif à l'assistance éducative largement inspiré de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁷¹⁷. Un rapport sous la direction de Jean-Pierre. DESCHAMPS, alors président du Tribunal pour enfants de Marseille, remis au ministre de la Justice¹⁷¹⁸, prônait la modification de l'article 1187 pour mettre le droit français en conformité avec la jurisprudence de la Cour européenne. L'article 1187 alinéa 3 du Code de procédure civile prévoit ainsi que « 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 ».

913. Afin d'assurer au mieux sa défense, le droit permet au mineur d'avoir accès à des informations qui relèvent de l'autorité parentale et ce contre le refus éventuel de ses parents. L'accès direct des parties au dossier est permis, en prévoyant des règles spécifiques pour le mineur. L'accès des parents au dossier est organisé différemment selon qu'ils sont ou

¹⁷¹⁴ V. n°760.

¹⁷¹⁵ C. MARCHAL, *op. cit.*

¹⁷¹⁶ Article 1187 du Code de procédure civile.

¹⁷¹⁷ CEDH 24 février 1995, Mac Michael c/ Royaume-Uni, D. 1995. 449, note M. Huyette.

¹⁷¹⁸ J.-P. DESCHAMPS, « Le contradictoire et la communication des dossiers en assistance éducativz », 2001, doc. fr.

non assistés d'un avocat. L'avocat de l'une des parties, ou de la personne à qui l'enfant a été confié, peut consulter le dossier et également s'en faire délivrer une copie, l'article 1187 interdisant à l'avocat de transmettre cette copie à son client et prohibant toute utilisation de ce document dans une procédure autre que la procédure d'assistance éducative, notamment devant le juge aux affaires familiales.

914. L'accès des parties elles-mêmes au dossier s'avère limité, car il s'agit seulement d'une consultation, laquelle ne peut avoir lieu qu'aux jours et heures fixés par le juge, « autrement dit sur rendez-vous »¹⁷¹⁹. Le texte permet au juge, en l'absence d'avocat, d'exclure certaines pièces de la consultation. Cette exclusion doit être motivée par le danger qu'elle pourrait faire courir au mineur, à une partie ou à un tiers. Elle peut se fonder sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a admis¹⁷²⁰ que, dans certains cas, la divulgation des déclarations d'un enfant peut mettre celui-ci en danger et qu'un parent ne peut donc pas avoir un droit absolu de voir, par exemple, les enregistrements vidéo des entretiens conduits par des professionnels de la santé avec cet enfant. Le rapport intitulé « 40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui »¹⁷²¹ tend à favoriser un meilleur accès de l'enfant aux dossiers contenant les informations ayant justifié les mesures prises pour assurer sa protection¹⁷²² en soulignant que la consultation du dossier judiciaire d'assistance éducative est déjà prévue par les dispositions de l'article 1187 du Code de procédure civile¹⁷²³.

915. Un auteur relève que « l'exclusion de l'article 1187, alinéa 4, constitue une atteinte importante au principe du contradictoire qui aurait pu être évitée par l'instauration de la représentation obligatoire dans la procédure d'assistance éducative »¹⁷²⁴.

916. Dans la plupart des pays européens, l'enfant exposé à un danger peut saisir lui-même le juge des enfants ou son équivalent¹⁷²⁵. Il serait d'ailleurs profitable aux droits de l'enfant de s'inspirer du Portugal qui rend obligatoire la nomination d'un avocat pour l'enfant lorsque ses intérêts ou ceux de ses représentants légaux sont conflictuels¹⁷²⁶.

¹⁷¹⁹ A. GOUTTENOIRE, « Répertoire de procédure civile – Droit des mineurs », juin 2015.

¹⁷²⁰ CEDH, 10 mai 2001, T.P. et K.M. c/ Royaume-Uni, req. n° 28945/95.

¹⁷²¹ Le groupe de travail, Protection de l'enfance et adoption, présidé par Adeline Gouttenoire, avec pour rapporteur Isabelle Corpart, a rendu public son rapport intitulé « 40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui » remis début février 2014 à Mme Bertinotti, ministre déléguée à la famille.

¹⁷²² Proposition n° 13 du rapport.

¹⁷²³ E. DURAND « Brèves observations d'un juge des enfants sur les quarante propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui », Dr. fam. 2014

¹⁷²⁴ A. GOUTTENOIRE, « Répertoire de procédure civile- Droit des mineurs », *op. cit.*

¹⁷²⁵ A. GOUTTENOIRE, « Dessine moi une procédure ou le statut procédural de l'enfant en Europe », *op. cit.*

¹⁷²⁶ *Ibid.*

917. **Conclusion de chapitre.** L'incapacité du mineur à agir en justice est édictée dans un but de protection, des exceptions sont prévues dans ce but aussi. Cette incapacité cède du terrain au profit de nouvelles sphères d'autonomie. Le mineur peut notamment être émancipé, il accède ainsi à une majorité quasi absolue, le mineur est représenté par ses parents, ses intérêts sont ainsi supposés coïncider avec les leurs, mais le mineur peut être représenté par un administrateur *ad hoc* lorsque ces mêmes intérêts apparaissent être divergents. La nomination d'un administrateur *ad hoc* étant alors un palliatif à l'éviction de l'enfant des procédures. L'élargissement de la fonction de l'administrateur *ad hoc* a conduit à étendre son domaine d'intervention dans toutes les hypothèses de protection générale de l'intérêt de l'enfant et surtout des hypothèses où l'enfant est partie dans une procédure à celles où il ne l'est pas. L'enfant acquiert une certaine autonomie à l'égard des titulaires de l'autorité parentale. Une évolution de l'approche des droits de l'enfant conçus comme devant être exercés de manière autonome est perçue. La volonté de renforcer la participation de l'enfant aux procédures judiciaires n'est ainsi plus à démontrer. Surtout que le mineur peut être acteur de la procédure le concernant dans des cas précis. On reconnaît au mineur le droit de saisir lui-même le juge afin d'assurer sa protection, car même si le mineur n'est pas partie dans les litiges relatifs à l'autorité parentale, une place particulière lui est reconnue dans la procédure spécifique de l'assistance éducative. Par ailleurs, si un des droits fondamentaux de l'enfant est violé, il peut saisir directement le juge des droits de l'homme. On écarte l'enfant d'une procédure judiciaire pour le protéger, parallèlement, il peut saisir le juge pour être protégé.

918. On assiste à une réduction du domaine de l'incapacité qui conduit à l'évolution du régime de protection du mineur en l'associant aux procédures judiciaires dans lesquelles il peut être amené à participer.

919. L'enfant dynamise ainsi ses juges car l'enfant d'autant qu'il bénéficie d'un droit absolu, celui d'être entendu dans toutes procédures le concernant.

Chapitre 2 : L'enfant entendu

920. Il aura fallu plus de vingt siècles « pour parvenir à dépasser en justice l'étymologie d'*infans* : celui qui ne parle pas »¹⁷²⁷. Un mouvement en faveur de la parole de l'enfant et surtout de la place de cette parole a vu le jour et « cette évolution commencée dans le cadre psychanalytique a gagné la sphère juridique où elle a trouvé son couronnement dans la Convention internationale relative aux droits de l'enfant »¹⁷²⁸. La tendance actuelle est d'associer autant que faire se peut l'enfant aux décisions susceptibles d'influer sur sa situation personnelle à travers l'audition définie comme l'« action d'entendre ou d'être entendu en justice »¹⁷²⁹. L'audition est ainsi l'expression d'un droit substantiel conféré à tout mineur capable de discernement.

921. L'audition de l'enfant en justice repose sur deux sortes de fondements : les conventions internationales et européennes relatives aux droits de l'enfant et les textes de droit interne relatifs à la participation judiciaire du mineur. Cette évolution contemporaine des droits de l'enfant aussi bien nationale, européenne qu'internationale met en lumière l'idée que l'enfant ne peut subir des décisions des adultes le concernant¹⁷³⁰, principalement en cas de conflit parental, mais pas seulement. La France, dès la loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce¹⁷³¹, a créé une petite révolution juridique en permettant aux juges de tenir compte des sentiments exprimés par un mineur et de l'entendre le cas échéant¹⁷³². La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 relative aux enlèvements d'enfants organise la participation de l'enfant au processus judiciaire en faisant du refus de ce dernier de retourner dans son pays d'origine un motif pour le juge de ne pas ordonner son retour, le principe après un enlèvement illicite¹⁷³³.

922. S'en sont suivies sur le plan national de nombreuses ébauches de réformes, avec par exemple la loi du 22 juillet 1987 dite MALHURET¹⁷³⁴, qui obligeait les juges à l'audition de tous les enfants âgés de plus de 13 ans dans le cadre du divorce de leurs

¹⁷²⁷ J. BIGOT, « Les dangers de l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales », AJ fam. 2009, p. 394.

¹⁷²⁸ C. MARCHAL, L. MICALLEF-NAPOLY, « La place de l'enfant dans les procédures familiales », AJ fam. 2009, p. 472.

¹⁷²⁹ Le Robert, « Dictionnaire de la langue française », V^o « Audition ».

¹⁷³⁰ A. GOUTTENOIRE, « Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires », Dr. fam. 2006. 7.

¹⁷³¹ Loi n°75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, J.O. du 12 juillet 1975.

¹⁷³² A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, « Droit des mineurs », Dalloz, 2 éd., 2014, n° 1074.

¹⁷³³ A. GOUTTENOIRE, « La parole de l'enfant enlevé », in H. Fulchiron (dir.), Les enlèvements d'enfants à travers les frontières, Bruylant, 2004, p. 349.

¹⁷³⁴ Loi n°87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale, J.O. du 24 juillet 1987.

parents¹⁷³⁵. Sous l'influence de la convention internationale des droits de l'enfant, la loi n° 93-22 du 9 janvier 1993 a inséré l'article 388-1 dans le Code civil et a permis au mineur discernant d'être entendu dans toutes procédures le concernant. L'audition était alors une faculté pour le juge.

923. La Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant de 1996 émanant du Conseil de l'Europe entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2000 a insisté sur la nécessité d'associer l'enfant aux débats. L'article 24 de la Charte des droits fondamentaux signée le 7 décembre 2000 et dont la force contraignante est issue de l'application du traité de Lisbonne du 1^{er} décembre 2009 consacre de manière générale la possibilité pour les enfants d'exprimer librement leur opinion¹⁷³⁶.

924. L'article 371 du Code civil dispose depuis la loi du 4 mars 2002¹⁷³⁷ que les parents doivent associer l'enfant aux décisions le concernant selon son âge et son degré de maturité. Cette loi et celle du 26 mai 2004 relative au divorce¹⁷³⁸ ont accordé une place importante aux notions d'intérêt et de protection de l'enfant¹⁷³⁹. La Convention sur les relations personnelles concernant les enfants du 15 mai 2003 préconise la participation du mineur dans le cadre de la séparation parentale. Le règlement Bruxelles II *bis* du 27 novembre 2003¹⁷⁴⁰, devenu le droit commun des États membres de l'Union européenne, dispose dans son article 23 b que les décisions sur la responsabilité parentale ne peuvent être reconnues que si l'enfant a eu la possibilité d'être entendu. Les articles 41 et 42 du règlement disposent que le juge doit veiller à ce que l'enfant ait eu la possibilité d'être entendu. L'audition de l'enfant est donc une condition même de la circulation des décisions dans l'Union européenne¹⁷⁴¹. Le règlement subordonne la force exécutoire dans les pays de l'Union d'une décision rendue dans un État membre à la possibilité donnée à l'enfant d'être entendu¹⁷⁴².

¹⁷³⁵ Antérieurement à la loi du 8 janvier 1993, la loi du 22 juillet 1987 prévoyait le caractère quasi systématique de l'audition des enfants âgés de plus de 13 ans, son absence devant faire l'objet d'une décision motivée du juge. Pour les enfants âgés de moins de 13 ans, elle était facultative.

¹⁷³⁶ F. PICOT, F. BURGOGRGUE-LARSEN, (dir.), « Commentaire de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Article 24 relatif aux droits de l'enfant », Bruylant, 2005, p. 332.

¹⁷³⁷ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, J.O. du 5 mars 2002.

¹⁷³⁸ Loi n° 2004-439 relative au divorce, J.O. du 27 mai 2004.

¹⁷³⁹ J.R. DEMARCHI, « Une justice familiale en mutation, bilan de l'évolution législative relative à l'audition de l'enfant », LPA, 17 mars 2010, p. 3.

¹⁷⁴⁰ Cons. UE. règl. n° 2201/2003, 27 novembre 2003, dit « Bruxelles II bis ». A. BIGOT, « Le nouveau règlement communautaire du 27 novembre 2003 en matière matrimoniale et responsabilité parentale », Dr. fam. 2004, chron. 8.

¹⁷⁴¹ A. RICHEZ-PONS, « La parole de l'enfant et la circulation des décisions judiciaires en Europe », Dr. fam. 2006. 15.

¹⁷⁴² A. GOUTTENOIRE, « Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires », *op. cit.*

925. La convention de New York, directement applicable en droit français depuis un arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 2005¹⁷⁴³, a posé dans son article 12 le droit de l'enfant d'être entendu « dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié », les opinions de l'enfant étant, selon la Convention, « dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité ».

926. Depuis l'importante loi n° du 5 mars 2007 sur la protection de l'enfance, le mineur peut être entendu, et son audition est de droit lorsqu'il le demande¹⁷⁴⁴. Cette loi a en effet modifié en profondeur les articles 388-1 du Code civil et suivants afin de les rendre conformes aux exigences européennes et internationales. Tous les partisans des droits de l'enfant se sont réjouis de cette réforme de l'audition de l'enfant en justice,¹⁷⁴⁵ celle-ci n'est plus une simple faculté pour le juge, c'est un véritable droit fondamental reconnu au mineur. Aux termes de l'article 388-1 du Code civil : « Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande ».

927. La convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, du 25 janvier 1996, désormais intégrée à notre droit par la loi n° 2007-1155 du 1^{er} août 2007¹⁷⁴⁶, donne en outre le droit à l'enfant d'être informé, d'exprimer son opinion et d'être assisté par une personne appropriée de son choix dans les procédures l'intéressant¹⁷⁴⁷. Mais pratiquement, la consécration des modalités de participation de l'enfant est intervenue à travers le décret du 20 mai 2009¹⁷⁴⁸ relatif à l'audition de l'enfant en justice. Ce décret particulièrement attendu depuis la loi du 5 mars 2007 relative à la protection de l'enfant précise ainsi le régime du recueil de la parole de l'enfant en justice désormais contenu aux articles 338-1 à 338-12 du Code de procédure civile. La Recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur la participation des enfants et des jeunes de moins de 18 ans, du 28 mars 2012 demande aux gouvernements d'États membres « de veiller à ce que tous les enfants et les jeunes puissent exercer leur droit d'être entendus, d'être pris au sérieux et de participer à la prise de décisions dans tous les domaines les concernant, leurs opinions étant dûment prises en considération eu égard à leur âge et à leur degré de maturité ».

¹⁷⁴³ Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, n° 02-20.613, R., p. 415 ; AJ fam. 2005. 274, obs. Fossier; D. 2005. 1909, note V. Égéa, RTD civ. 2005. 585, obs. Hauser.

¹⁷⁴⁴ <http://www.juris-dialog.com/Audition.de.lenfant.pdf>.

¹⁷⁴⁵ L. FRANCOZ-TERMINAL, « Le nouveau régime de l'audition en justice de l'enfant concerné par une procédure judiciaire », Dr. fam. p.338.

¹⁷⁴⁶ Loi n° 2007-1155 du 1^{er} août 2007 autorisant l'approbation de la convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, J.O. du 2 août 2007.

¹⁷⁴⁷ Articles 2, 3 et 5.

¹⁷⁴⁸ Décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 relatif à l'audition de l'enfant en justice, J.O. du 24 mai 2009.

928. Le particularisme du droit des mineurs impose ainsi un accès approprié à la justice. « Il est bien apparu qu'au-delà des belles idées, le langage des mots n'est pas forcément celui de l'enfant et qu'il ne faut rien prendre au pied de la lettre. L'audition d'un enfant ne sera jamais celle d'un adulte »¹⁷⁴⁹.

929. Le droit pour l'enfant d'être entendu en justice consacre un peu plus son autonomie, être entendu du juge est devenu un droit absolu de l'enfant (Section 1), en dépit du fait qu'entendre la parole de l'enfant n'apparaît pas toujours comme une finalité pour le juge (Section 2).

Section 1 : La parole de l'enfant et le juge

930. L'article 388-1 du Code civil dispose que « dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet. Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande. Lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus. Il peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne. L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure. Le juge s'assure que le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat ».

931. Cet article consacre le droit de l'enfant à être entendu du juge (I), et ce droit est absolu (II).

I : Le droit de l'enfant à être entendu du juge

932. L'audition est de droit pour l'enfant qui en fait la demande, à moins que le juge n'estime qu'il ne dispose pas du discernement nécessaire (A) ou qu'il ne soit pas « concerné » par la procédure (B). Toutefois, pour que ce droit soit effectif, il faut que l'enfant en soit informé (C).

¹⁷⁴⁹ J. HAUSER, « Enfance et justice, propos conclusifs », Dr. fam. 2006. 33.

A) L'enfant doué de discernement

933. La Convention internationale des droits de l'enfant garantit, dans son article 12, à l'enfant qui est capable de discernement, la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié. L'article 388-1 du Code civil dispose « Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement [...]. L'audition de l'enfant est ainsi subordonnée à la constatation de la capacité de discernement du mineur. Néanmoins, la notion de discernement n'est pas définie par les textes, c'est même une notion floue (1), que les magistrats apprécient librement (2).

1) Le discernement, une notion floue

934. Le 20 novembre 2013 le rapport consacré à « L'enfant et sa parole en justice »¹⁷⁵⁰ tentait une définition de cette notion : « Si le discernement est communément entendu comme la capacité à apprécier avec justesse et clairvoyance une situation, sa détermination nécessite une appréciation subjective et commande de vérifier les capacités intellectuelles de l'enfant. La difficulté résulte de la nécessité de procéder à cette vérification avant l'audition, alors même que l'enfant est absent des débats et n'est donc pas connu du juge »¹⁷⁵¹. L'absence de discernement peut être déduite de l'âge de l'enfant notamment, mais ce critère ne doit pas uniquement s'apprécier en fonction de l'âge de l'enfant, cette donnée objective doit être « combiné »¹⁷⁵² avec une appréciation *in concreto* de son degré de maturité. Le discernement de l'enfant nécessite une vérification judiciaire des capacités mentales de l'enfant. La circulaire du 3 mars 1993, relative à l'application de la loi du 8 janvier 1993¹⁷⁵³ se référait au degré de compréhension et à la maturité du mineur. La maturité du mineur s'apprécie en fonction de l'intelligence et du milieu dans lequel évolue l'enfant. La Convention internationale des droits de l'enfant se réfère expressément à l'âge et au degré de maturité du mineur pour la prise en considération des sentiments de l'enfant.

¹⁷⁵⁰ D. BAUDIS et M. DERAÏN, Rapport du défenseur des droits 2013, « L'enfant et sa parole en justice », 20 novembre 2013.

¹⁷⁵¹ *Ibid*, p. 35.

¹⁷⁵² M. BRUGGEMAN, « L'audition de l'enfant en justice », *op. cit.*

¹⁷⁵³ Circ. n° JUSC9320134C, 3 mars 1993, relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant, J.O. du 24 mars 1993.

935. En droit pénal, le discernement est la « faculté de comprendre la portée de ses actes, qui conditionne la responsabilité pénale au titre de l'imputabilité »¹⁷⁵⁴.

936. Le rapport précité préconise de reconnaître une présomption de discernement à tout enfant qui demande à être entendu, le magistrat qui entend cet enfant à son initiative pouvant dès lors apprécier sa maturité et son discernement. Et la proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant préconise de supprimer cette référence au discernement à l'article 388-1 du Code civil¹⁷⁵⁵.

En toute état de cause, le discernement, condition de l'audition de l'enfant en justice est une question de fait qui relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

2) L'appréciation du discernement

937. Le juge dispose généralement de peu d'éléments pour apprécier le discernement d'un enfant, il a tendance à se référer à son âge. Ainsi, la cour d'appel de Montpellier, dans une décision du 6 octobre 2009¹⁷⁵⁶ concernant trois enfants respectivement âgés de 10, 8 et 6 ans a décidé que seuls les deux aînés étaient doués du discernement nécessaire pour être entendu. L'enfant de 6 ans apparaissait trop jeune.

938. Alors que certains magistrats préféreraient entendre aussi le plus jeune des enfants afin qu'il n'ait pas le sentiment d'être mis à l'écart de la fratrie. La Défenseure des enfants auprès du Défenseur des droits préconise justement, « lorsqu'un enfant est entendu, d'étendre cette audition à l'ensemble de la fratrie, quel que soit le degré de discernement de chaque enfant, sous réserve que cette audition soit acceptée par chacun des enfants concernés »¹⁷⁵⁷.

939. Deux avocates sensibilisées aux auditions d'enfants ont écrit « qu'en général, l'audition est réalisée lorsque les enfants ont plus de 7 ans, ce qui correspond à leur entrée en primaire et à l'apprentissage de l'écriture. Néanmoins certains juges ne souhaitent pas entendre les enfants avant leur entrée en 6^e, c'est-à-dire avant l'âge de 10 ou 11 ans¹⁷⁵⁸ »¹⁷⁵⁹. Pour Luc BRIAND, magistrat, trois tranches d'âge se distinguent, les enfants de moins de 10

¹⁷⁵⁴ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), « Lexique des termes juridiques », Dalloz, 22 édition, 2014-2015, p. 670, V° *Discernement*.

¹⁷⁵⁵ C. BRUNETTI-PONS, « La proposition de loi « Autorité parentale et intérêt de l'enfant », Gaz. Pal. 30 octobre 2014, n° 303, p. 5.

¹⁷⁵⁶ CA Montpellier, 6 octobre 2009, RG n° 08/04014.

¹⁷⁵⁷ M. DERAÏN, Interview au sein du dossier « Parole de l'enfant », AJ fam. 2014, p. 31.

¹⁷⁵⁸ L. BRIAND, « L'audition du mineur devant le juge aux affaires familiales : examen des arrêts d'appel », AJ fam. 2014, p. 22.

¹⁷⁵⁹ A. KARILA-DANZIGER, I. COPÉ-BESSIS, « Quelles pratiques juridictionnelles du juge aux affaires familiales en matière d'audition du mineur ? », AJ fam. 2014, p. 15.

ans se verraient opposer un refus d'audition, pour ceux de plus de 12 ans, les juges accepteraient très largement de leur reconnaître une capacité de discernement. Les juridictions seraient très partagées lorsqu'il s'agit d'entendre les enfants âgés de 10 et 11 ans¹⁷⁶⁰. Ainsi, une décision de la cour d'appel d'Agen du 30 juillet 2008 a refusé l'audition d'un enfant de dix ans au motif, « qu'il ne peut être considéré comme doué de discernement au sens de l'article 388-1 du Code civil »¹⁷⁶¹, et la même cour a refusé l'audition d'une enfant de douze ans¹⁷⁶².

940. À l'inverse, la Cour d'appel de Lyon dans une décision du février 2009 affirme à propos d'une jeune fille de quinze ans « qu'un quelconque débat sur l'opportunité ou l'absence d'opportunité d'entendre une adolescente de cet âge sur un problème qui la concerne directement apparaît totalement hors de propos, la maturité qui caractérise cette jeune femme en devenir excluant de faire l'économie du recueil de sa parole »¹⁷⁶³.

941. Dans son rapport de 2008, la Défenseure des enfants, constatait des écarts d'âge importants entre les juridictions, le discernement pouvant être reconnu à un enfant de 7 ans ou à un enfant de 12 ans¹⁷⁶⁴.

942. Un arrêt de la Cour de cassation définit la notion d'absence de discernement : « la cour d'appel, constatant sur cet enfant très jeune l'existence de pressions le plaçant au centre de conflits d'intérêts ne lui laissant pas la possibilité de faire librement choix d'un avocat, a ainsi fait ressortir son absence de discernement »¹⁷⁶⁵. Ainsi, l'âge ne peut à lui seul fonder l'absence de discernement, un enfant de 7 ans dont la parole est « inféodée » à celle de sa mère¹⁷⁶⁶, et un enfant de 10 ans lourdement handicapé ne sont pas capables de discernement¹⁷⁶⁷. Il ne suffit pas d'avoir dépassé « l'âge de raison » pour en être doué. Pour la Cour de cassation, le discernement implique que l'enfant prouve sa maturité intellectuelle en échappant au conflit d'intérêts dont il est le sujet. Ainsi n'en sont doués que les enfants capables d'effectuer librement des choix, en résistant aux pressions des adultes. Le discernement dans sa dimension positive consacre la pensée autonome du mineur. Sa dimension négative est révélée par le fait que l'enfant ne pense pas par lui-même : il

¹⁷⁶⁰ L. BRIAND, « L'audition du mineur devant le juge aux affaires familiales : examen des arrêts d'appel », op. cit.

¹⁷⁶¹ CA Agen, 30 juillet 2008, RG, n° 08/00163.

¹⁷⁶² CA Agen, 27 mars 2008, RG, n° 07/00362.

¹⁷⁶³ CA Lyon, 5 février 2009, RG, n° 08/03270.

¹⁷⁶⁴ Défenseure des enfants, « Enfants ou cœur des séparations parentales conflictuelles », rapport thématique, novembre 2008.

¹⁷⁶⁵ Cass. 1^{re} civ., 23 novembre 2011, n° 10-16.367, F-D, JurisData n° 2011-030679, Droit de la famille n° 2, Février 2012, comm. C. Neirinck.

¹⁷⁶⁶ Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2014, n° 13-13.530, D. 2014. 1787, obs. A. Gouttenoire.

¹⁷⁶⁷ Cass. 1^{re} civ., 14 février 2006, n° 05-13.627, D. 2007. 2192, obs. A. Gouttenoire et L. Brunet.

n'exprime que les désirs de son entourage »¹⁷⁶⁸. Le Comité des droits de l'enfant des Nations unies considère que la détermination d'un seuil d'âge pour prendre en considération la parole de l'enfant pourrait créer des inégalités, le Danemark s'est d'ailleurs vu reprocher de ne pas prévoir pour les enfants de moins de douze la possibilité d'être entendu. La Cour européenne des droits de l'homme a admis dans l'arrêt Mamousseau Washington du 6 décembre 2007 que le juge national pouvait refuser d'entendre un enfant de quatre ans¹⁷⁶⁹.

943. Dans certaines juridictions, lorsque l'audition de l'enfant est sollicitée par son avocat, ce dernier adresse une lettre au juge faisant état du discernement de l'enfant¹⁷⁷⁰. Il serait opportun de prévoir une convention de bonne pratique de l'audition de l'enfant, applicable à toutes les juridictions, qui garantirait quelque soit le lieu et le juge une égalité de traitement.

944. En tout état de cause, le juge qui s'oppose à l'audition de l'enfant en raison de son manque de discernement doit motiver sa décision. Ainsi la Cour de cassation a censuré les juges d'appel ayant rejeté la demande d'audition d'un mineur âgé de 9 ans et donc incapable de discernement : « Qu'en se déterminant ainsi, en se bornant à se référer à l'âge du mineur, sans expliquer en quoi celui-ci n'était pas capable de discernement, et par un motif impropre à justifier le refus d'audition, la cour d'appel a privé sa décision de base légale »¹⁷⁷¹.

B) L'enfant concerné

945. Le droit de l'enfant d'être entendu dans toute procédure le concernant est consacré de manière générale à l'article 388-1 du Code civil (1) auquel s'ajoutent des textes particuliers imposant l'audition dans des procédures particulières mettant ainsi en lumière le pluralisme juridictionnel concernant l'enfant (2).

1) Le principe consacré à l'article 388-1 du Code civil

946. Selon l'alinéa 1^{er} de l'article 388-1 du Code civil « Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet ». Cet article consacre un

¹⁷⁶⁸ Cass. 1^{re} civ., 23 novembre 2011, *op. cit.*

¹⁷⁶⁹ CEDH 6 décembre 2007, Mamousseau Washington, req. n° 39388/05, Dr. fam. 2008. Étude 14, obs. A. Gouttenoire ; AJ fam. 2008. 83, obs. Boiché.

¹⁷⁷⁰ G. BARBIER, « La pratique bordelaise de l'audition d'enfant », AJ fam. 2012. 498.

¹⁷⁷¹ Cass. 1^{re} civ., 18 mars 2015, n° 14-11.392, AJ fam. 2015. 282, obs. S. Thouret.

droit général pour l'enfant d'être entendu dès que la procédure le concerne. Cela remet même en cause l'utilité d'autres textes.

947. L'article 338-4 du Code de procédure civile subordonne le refus d'audition de l'enfant à son absence de discernement ou sur le fait que la procédure ne le concerne pas. Le Code de procédure civile ne détaillant pas les domaines concernés, pas plus que l'article 388-1 du Code civil.

948. Ainsi, on comprend que l'enfant a la faculté de demander à être entendu dans toute procédure qui aura une influence sur ses conditions de vie, l'appréciation devant se faire au cas par cas. Il n'y a guère de doute que tous les contentieux relatifs à l'exercice de l'autorité parentale constituent autant de procédures qui concernent l'enfant. À la lumière du droit international des droits de l'enfant, « l'intérêt de l'enfant ne doit pas s'entendre comme l'intérêt à agir dans le procès parental, mais comme l'intérêt à participer à la procédure familiale »¹⁷⁷². Comme le précise d'ailleurs la circulaire du 3 juillet 2009¹⁷⁷³, la liste qu'elle dresse des affaires dans lesquelles le mineur est concerné n'est pas exhaustive. On admet ainsi que l'enfant mineur est concerné par toutes les procédures relatives aux modalités d'exercice de l'autorité parentale, celles relatives au changement de prénom de l'enfant, la procédure d'adoption, celles relatives à la filiation et aux subsides, ou encore en matière de changement de régime matrimonial, les actions tendant à la liquidation des successions dans lesquelles l'enfant a des droits, dans tous les litiges relatifs à des libéralités susceptibles de lui profiter, par toutes les requêtes présentées à un juge des tutelles par ses parents administrateurs légaux ou par son tuteur, par toutes les réunions de son conseil de famille, sans parler des procédures tendant à la réparation d'un préjudice que l'enfant a pu subir, ainsi que dans les procédures tendant à fixer le montant de la pension alimentaire due pour l'entretien de l'enfant.

949. La Défenseure des droits relève qu'il n'est toutefois pas opportun d'entendre l'enfant lorsque les désaccords sont d'ordre purement financier¹⁷⁷⁴. Alors que justement, permettre l'évolution de l'approche de l'autonomie de l'enfant consisterait à ne pas limiter les matières et les procédures.

¹⁷⁷² E. BAZIN, « De l'audition du mineur dans les procédures relatives à l'autorité parentale », *Gaz. Pal.* 19 juillet 2014, n° 200, p. 9.

¹⁷⁷³ Circulaire d'application du décret du 20 mai 2009, n° CIV/10/09, 211-7 C1/2-2-7/MLM du 3 juillet 2009 ; J. MASSIP « Quelques remarques à propos de l'audition de l'enfant en justice », *Dr. Fam.* 2010, étude 22.

¹⁷⁷⁴ M. DERAÏN, *op. cit.*

2) Les textes particuliers relatifs à l'audition de l'enfant

950. L'enfant doué de discernement doit être entendu du juge aux affaires familiales lorsqu'il en fait la demande dans les procédures relatives à l'autorité parentale, préalablement à la réunion du conseil de famille lorsque le mineur est sous tutelle¹⁷⁷⁵ ou encore avant l'émancipation¹⁷⁷⁶ (a). Le juge des enfants doit entendre le mineur dans le cadre de l'assistance éducative¹⁷⁷⁷ (b) alors que le juge du Tribunal de grande instance et le juge aux affaires familiales se partagent le recueil du consentement (c) ou de adhésion de l'enfant (d).

a) L'audition par le juge aux affaires familiales

951. En matière d'exercice de l'autorité parentale, l'article 373-2-11 alinéa 2 du Code civil enjoint au juge aux affaires familiales de tenir compte des sentiments exprimés par l'enfant dans les conditions prévues à l'article 388-1 du Code civil. Cette disposition constitue donc pour le juge aux affaires familiales un rappel, ce n'est pas une obligation de provoquer l'audition, le juge ne doit pas en prendre l'initiative. Cette disposition non sans affirmer le principe du droit pour l'enfant d'être entendu dans les procédures relatives à l'autorité parentale, incite le juge aux affaires familiales à apprécier les sentiments exprimés par l'enfant. Toutefois, le magistrat n'a pas l'obligation d'entendre le mineur si celui-ci ne sollicite pas du juge cette possibilité d'audition. Dans un arrêt du 14 janvier 1998, la Cour de cassation a considéré qu'« il est satisfait aux exigences de l'article 290-3 [texte ancien] lorsque le juge, qui, en l'absence de demande du mineur à cette fin, n'a pas à écarter son audition par une décision spécialement motivée, constate que l'enfant a été entendu au cours de l'enquête sociale »¹⁷⁷⁸.

952. Le décret du 5 décembre 2008 relatif à la protection juridique des mineurs et des majeurs et modifiant le Code de procédure civile¹⁷⁷⁹ reprend les dispositions de la loi du 14 mai 1998 relative à la participation de l'enfant orphelin aux réunions du conseil de famille dans la tutelle¹⁷⁸⁰ qui avait été supprimées par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant

¹⁷⁷⁵ Article 477 du Code civil ; V. n° 655 et s.

¹⁷⁷⁶ Article 411 du Code civil.

¹⁷⁷⁷ Articles 1182 et 1184 du Code de procédure civile.

¹⁷⁷⁸ Cass. Civ. 2^e, 14 janvier 1998, n° 96-15327, JCP 1999. I. 101, obs. Y. Favier.

¹⁷⁷⁹ Décret n° 2008-1276 du 5 décembre 2008, relatif à la protection juridique des mineurs et des majeurs et modifiant le Code de procédure civile, J.O. du 7 décembre 2008.

¹⁷⁸⁰ Loi n° 98-381 du 14 mai 1998 relative à la participation de l'enfant orphelin aux réunions du conseil de famille dans la tutelle, J.O. du 19 mai 1998.

réforme de la protection juridique des majeurs¹⁷⁸¹. L'article 1234 du Code de procédure civile permet au mineur âgé d'au moins seize ans de solliciter la réunion du conseil de famille auprès du juge. Celui-ci ne pourra pas s'y opposer. Si l'enfant, doué de discernement, est âgé de moins de seize ans, le juge aux affaires familiales peut refuser de convoquer le conseil de famille à la demande de l'enfant r par une décision spécialement motivée. Par ailleurs, l'article 1236 du Code de procédure civile impose au juge d'entendre le mineur doué de discernement préalablement à la réunion du conseil de famille, dans les conditions prévues à l'article 388-1 du Code civil. Enfin, l'article 1234-7 du Code de procédure civile donne au mineur la possibilité d'assister à la réunion du conseil de famille, à titre consultatif, sauf si le juge des tutelles l'estime contraire à son intérêt. Ces différentes dispositions permettent d'éviter que les droits de l'enfant sous tutelle soient exercés sans qu'il ne puisse en être informé, et surtout sans qu'il puisse exprimer son avis.

953. Concernant l'émancipation de l'enfant mineur, l'article 413-2 du Code civil dispose dans son alinéa 2 qu'« après audition du mineur, cette émancipation sera prononcée ». Le juge aux affaires familiales ne peut émanciper un enfant qu'après l'avoir entendu, le texte édicte une véritable obligation. Et il l'oblige à prendre l'initiative de l'audition, mais uniquement s'il décide d'émanciper le mineur. Le jugement rejetant la demande n'est pas subordonné à l'audition du mineur. En tout état de cause, l'enfant a la possibilité sur le fondement de l'article 388-1 du Code civil de solliciter son audition.

b) L'audition par le juge des enfants dans le cadre de l'assistance éducative

954. L'article 1182 alinéa 2 du Code civil enjoint au juge des enfants d'entendre le mineur capable de discernement dans le cadre de l'assistance éducative. La Cour de cassation a, à de nombreuses reprises, rappelé que l'audition du mineur dans la procédure d'assistance éducative est de droit, la Cour l'a même qualifiée de mesure d'ordre public¹⁷⁸². L'audition de l'enfant concerné par la mesure d'assistance éducative est ainsi une obligation pour le juge. Afin de l'écarter, le juge devait, avant l'entrée en vigueur du décret du 15 mars 2002¹⁷⁸³, motiver sa décision. Les motifs du refus d'audition faisaient l'objet d'une jurisprudence fournie et extensive. Le juge disposait du pouvoir d'écarter l'audition lorsqu'elle serait trop

¹⁷⁸¹ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, J.O. du 7 mars 2007.

¹⁷⁸² Cass. 1^{re} civ., 30 juin 1981, Gaz. Pal. 1982, 1, 391, note J. Massip ; Cass. Civ. 1^{re}, 25 juin 1991, nos 90-05006 et 90-05015, Bull. civ. I, n° 210 ; D. 1992. 51.

¹⁷⁸³ Décret n° 2002-361 du 15 mars 2002 modifiant le nouveau Code de procédure civile et relatif à l'assistance éducative, J.O. du 17 mars 2002.

difficile à supporter pour le mineur, si son âge ou son état l'empêchait. Le risque de traumatisme était alors le critère retenu par le juge¹⁷⁸⁴, l'appréciation de l'état de l'enfant avait par ailleurs été jugé en adéquation avec la Convention européenne des droits de l'homme par la Cour de cassation¹⁷⁸⁵. Le décret du 15 mars 2002 a non plus conditionné l'audition de l'enfant à son état, mais à son discernement. Le juge n'a plus la possibilité d'écarter l'audition en raison de l'âge ou de l'état de l'enfant. L'article 1189 du Code de procédure civile permet toutefois un aménagement du principe, l'enfant, dans son intérêt, peut être dispensé de l'audition, car celle-ci ne doit pas être « maltraitante »¹⁷⁸⁶.

955. En somme, le point le plus important est cette obligation pour le juge d'entendre l'enfant, le juge doit provoquer de manière systématique l'audition du mineur sans que ce dernier n'ait besoin de la solliciter, contrairement à l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales. La cassation est encourue s'il apparaît dans le dossier que l'enfant n'a pas été entendu par les juges du fond, « qui par ailleurs n'ont pas constaté l'existence de circonstances rendant cette audition inopportune »¹⁷⁸⁷.

c) Les hypothèses de nécessité du consentement de l'enfant

956. Le consentement donné par l'enfant garantit sa participation à la procédure le concernant. Bien que non partie, son consentement pourra être requis et ce à partir de l'âge de 13 ans¹⁷⁸⁸. C'est le cas en matière d'adoption et de changement de prénom ou de nom. L'exigence de ce consentement « repose sur une présomption de discernement quasi-irréfragable »¹⁷⁸⁹.

957. Le changement du prénom de l'enfant de plus de 13 ans ne peut être réalisé sans son consentement¹⁷⁹⁰, consentement que recueillera le juge aux affaires familiales. Le changement du nom de l'enfant de plus de 13 ans suppose son consentement, sauf s'il résulte de l'établissement ou d'une modification d'un lien de filiation¹⁷⁹¹ et ce sera le juge du Tribunal de grande instance qui sera compétent.

958. S'agissant de la procédure d'adoption, la participation de l'enfant varie selon son âge et sa faculté de discernement. Si le mineur a plus de 13 ans, le consentement donné au

¹⁷⁸⁴ J. HAUSER, « L'audition de l'enfant dans l'assistance éducative », RTD civ 1991, p. 728.

¹⁷⁸⁵ Cass. 1^{re} civ., 26 juin 2001, JCP 2002. I. 101, obs. Th. Fossier.

¹⁷⁸⁶ E. DURAND, « Brèves réflexions d'un juge des enfants sur l'audition de l'enfant en assistance éducative », AJ fam. 2014, p. 27.

¹⁷⁸⁷ Cass. 1^{re} civ., 8 juin 1999, n° 99-05.001, RJPf, 1999-7/23.

¹⁷⁸⁸ C. MARCHAL, *op. cit.*

¹⁷⁸⁹ A. GOUTTENOIRE, « Droit des mineurs », *op. cit.* n° 1164.

¹⁷⁹⁰ Article 60 du Code civil.

¹⁷⁹¹ Article 61-3 du Code civil.

Tribunal de grande instance est nécessaire tant pour l'adoption plénière¹⁷⁹² que pour l'adoption simple¹⁷⁹³. Si l'enfant est pupille de l'État et qu'il a la faculté de discernement, l'article L. 225-1, al. 2, du Code de l'action sociale et des familles impose qu'il soit préalablement entendu par le tuteur et par le conseil de famille. L'absence ou le vice du consentement du mineur entraîne la nullité de la décision¹⁷⁹⁴ mettant en exergue le caractère strictement personnel du consentement à l'adoption.

959. En matière de changement de régime matrimonial, l'alinéa 5 de l'article 1397 du Code civil dispose que « Lorsque l'un ou l'autre des époux a des enfants mineurs, l'acte notarié est obligatoirement soumis à l'homologation du tribunal du domicile des époux ». La protection des enfants mineurs est assurée par la nécessité de faire homologuer le changement de régime matrimonial par le tribunal. C'est le juge aux affaires familiales qui est alors chargé de veiller à la protection de l'enfant mineur et c'est à lui qu'il appartiendra, si cela lui semble opportun, de le faire entendre.

d) Le droit de *veto* de l'enfant

960. Bien que cela ne concerne pas le cadre procédural, l'enfant possède un droit de *veto* dans des circonstances particulières. « Il faut entendre par droit de veto le mécanisme selon lequel la décision est subordonnée à l'absence de refus de l'enfant »¹⁷⁹⁵. Ce mécanisme particulier protège l'enfant d'une décision qu'il rejette, l'opposition de l'enfant quant à la mesure empêche que cette dernière soit prise. Si l'enfant acquiesce ou ne répond rien, la décision sera prise. Le mineur doit de manière générale participer à la décision médicale qui le concerne et, de manière exceptionnelle, il peut prendre seul certaines décisions relatives à sa santé. Le mineur possède ainsi un droit de *veto* pour les actes qui ne sont pas indispensables à sa santé et pour lesquels il apparaît logique de lui laisser la possibilité de les refuser. Sont ainsi visés le prélèvement de moelle osseuse au profit d'un frère ou d'une sœur en vertu de l'article L. 1241-3 du Code de la santé publique, et la recherche biomédicale en vertu de l'article L.1122-2 du même Code¹⁷⁹⁶.

¹⁷⁹² Article 345 alinéa 3 du Code civil.

¹⁷⁹³ Article 360 alinéa 3 du Code civil.

¹⁷⁹⁴ CA Versailles, 26 novembre 1979, Gaz. Pal. 1980, 2, pan. 471.

¹⁷⁹⁵ Dalloz action, n° 236.101.

¹⁷⁹⁶ C. QUENESSON, « Les décisions relatives à la santé de l'enfant », AJ fam. 2015. 275.

C) L'enfant informé

961. L'audition ne sera possible que si le mineur concerné par une procédure est informé de son droit à l'audition. Cette information est de droit et s'inspire de la Convention du Conseil de l'Europe sur l'exercice des droits de l'enfant¹⁷⁹⁷. La Convention sur les relations personnelles concernant les enfants du 15 mai 2003 consacre également ce droit. L'information pertinente délivrée à l'enfant constitue le préalable de son droit à être consulté.

962. L'article 338-1 du Code de procédure civile dispose que le mineur capable de discernement est informé par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, le tuteur le cas échéant, par la personne ou le service en charge de l'enfant, de son droit d'être entendu et à être assisté d'un avocat dans toutes les procédures le concernant.

963. L'effectivité de cette information dépend donc de ses représentants légaux, la circulaire du 3 juillet 2009¹⁷⁹⁸ affirme que les personnes les plus aptes à informer l'enfant de ses droits sont ses représentants légaux, ils sont les plus capables d'adapter leur langage à leur enfant, le ministre de la Justice a estimé qu'il s'agit « d'inciter les parents à assumer pleinement leurs devoirs parentaux »¹⁷⁹⁹.

964. Lorsque les parents ne souhaitent pas que l'enfant soit informé de son droit d'être entendu, ils introduisent une demande de dispense de notification accompagnée des éléments qui fondent la demande. La décision finale reviendra au juge d'informer ou non l'enfant. Par ailleurs une pratique largement répandue consiste à ne pas exiger que l'information soit délivrée aux enfants lorsque les magistrats estiment qu'ils ne disposent pas du discernement nécessaire¹⁸⁰⁰.

965. Bien sûr il revient au magistrat de s'assurer que l'enfant a reçu l'information adéquate, mais cette vérification repose sur les déclarations des représentants légaux de l'enfant. L'article 388-1 *in fine* du Code civil enjoint au juge concerné de s'assurer que l'information a été délivrée au mineur. Le juge s'assure que l'information est donnée, « même si la portée de cette obligation a été relativisée par la Cour de cassation qui ne semble pas imposer au juge un contrôle systématique du respect de cette obligation »¹⁸⁰¹. Il suffit que le juge aux affaires familiales dans le cadre d'une procédure relative aux modalités de l'exercice de l'autorité parentale fasse figurer dans la convocation des parents qu'ils doivent informer

¹⁷⁹⁷ A. GOUTTENOIRE, « Dessine-moi une procédure ou le statut procédural de l'enfant en Europe », *op. cit.*

¹⁷⁹⁸ Circ. CIV/10/09, 3 juillet 2009.

¹⁷⁹⁹ Rép. Min. n° 36623, J.O. du 30 juin 2009, p. 6646.

¹⁸⁰⁰ L. BRIAND, « L'audition du mineur devant le JAF : examen des arrêts d'appel », AJ fam. 2014. 22.

¹⁸⁰¹ M. BRUGGEMAN, « L'audition de l'enfant en justice », AJ fam. 2014, p. 13. ; Cass. Civ. 1^{re}, 26 juin 2013, n° 12-17.275, Dr. fam. 2013, comm. 118, obs. C. Neirinck, avis C. Petit., RTD civ. 2013. 590, obs. J. Hauser.

leur enfant de son droit à être entendu¹⁸⁰². Ainsi, la Cour de cassation dans un arrêt de la première chambre civile du 28 septembre 2011¹⁸⁰³ a déduit de l'obligation faite aux parents d'informer leur enfant, l'impossibilité pour eux de contester l'effectivité de cette information. « Si le juge estime le mineur capable de discernement, il s'assurer que l'information a été délivrée, mais il n'intervient qu'à titre subsidiaire »¹⁸⁰⁴. Le juge n'est pas le débiteur de l'obligation, mais il en est le garant¹⁸⁰⁵.

966. Mais l'effectivité de l'information du mineur dépend aussi de la nature de l'acte introductif d'instance, car même si peu importe le mode d'introduction de la demande le caractère de l'information est obligatoire, cette information n'est pas toujours communiquée. En effet, lorsque la procédure est introduite par requête, la convocation à l'audience est accompagnée d'un avis rappelant les dispositions de l'article 388-1 du Code de procédure civile. Lorsque la procédure est introduite par assignation, cet avis est, en principe joint à celle-ci conformément aux dispositions de l'article 338-1 du Code de procédure civile, mais en pratique cette information n'est pas toujours communiquée. Les juges vérifient que la mention figure, mais son absence n'est pas sanctionnée par une nullité de procédure¹⁸⁰⁶. Le rapport propose d'insister auprès des acteurs judiciaires sur le caractère obligatoire de cette information¹⁸⁰⁷. Qui plus est, les dispositions de cette obligation ne sont pas assorties de sanctions hormis le cas particulier de l'enlèvement international d'enfant.

967. La circulaire précitée du 3 juillet 2009 facilite la preuve de cette information en précisant « qu'en absence de demande d'audition de la part du mineur capable de discernement, la preuve de ce qu'il a été bien destinataire des renseignements exigés par l'article 388-1 du Code civil pourra notamment être rapportée par un écrit signé des parents, mentionnant qu'ils ont informé le mineur de ses droits et que celui-ci ne souhaite pas en faire usage. Dans le cadre des procédures orales, le magistrat devra interroger les parties à l'audience et faire porter une mention sur ce point dans les notes d'audience ».

¹⁸⁰² E. BAZIN, « De l'audition du mineur dans les procédures relatives à l'autorité parentale », *Gaz. Pal.* 19 juillet 2014, p. 9.

¹⁸⁰³ Cass. 1^{re} civ., 28 septembre 2011, n° 10-23502, *Dr. Fam.* 2012. 2267, obs. A. Gouttenoire.

¹⁸⁰⁴ Cass. 1^{re} civ., 26 juin 2013, n° 12-17.275, *Dr. fam.* 2013, comm. 118, obs. C. Neirinck., avis. C. Petit.

¹⁸⁰⁵ J.-R. DEMARCHI, « Bilan de l'évolution législative relative à l'audition de l'enfant », *op. cit.*

¹⁸⁰⁶ A. KARILA-DANZIGER, I. COPÉ-BESSIS, « Quelles pratiques juridictionnelles du juge aux affaires familiales en matière d'audition des mineurs », *AJ fam.* 2014, p. 15.

¹⁸⁰⁷ F. EUDIER « L'enfant et sa parole en justice dans le rapport 2013 du Défenseur des droits », *RJPF* 2014.

II : Le droit absolu de l'enfant d'être entendu en justice

968. Si l'enfant dispose du discernement nécessaire et qu'il est concerné par la procédure, le juge ne peut lui refuser l'audition. L'audition est de droit lorsque l'enfant en fait la demande (A) elle relève de son seul souhait (B).

A) L'audition de l'enfant une contrainte limitée pour le juge

969. Si l'enfant concerné par une procédure souhaite être entendu du juge, ce dernier ne pourra lui refuser cette mesure (1), et adaptera son formalisme au particularisme du droit des mineurs (2).

1) L'audition, une mesure d'instruction imposée au juge

970. L'audition de l'enfant peut s'apparenter à une mesure d'instruction classique, en ce qu'elle est destinée à éclairer le juge, à porter à sa connaissance des éléments de fait et ce d'une manière contradictoire¹⁸⁰⁸. Cela relève de son classique pouvoir d'appréciation. Ainsi, le juge pouvait ainsi refuser d'entendre le mineur alors même que les conditions de l'audition étaient remplies, s'il estimait que la mesure était contraire à l'intérêt de l'enfant ou qu'elle n'était pas nécessaire à la résolution du litige. Ainsi, si la mesure venait perturber l'enfant ou si suffisamment de données avaient été recueillies¹⁸⁰⁹. Cet échappatoire accordé au juge n'apparaissait pas satisfaisant au regard de la protection des droits de l'enfant d'être associé à la procédure le concernant, « les juges s'abritant trop souvent derrière l'intérêt de l'enfant pour refuser de l'entendre »¹⁸¹⁰. Depuis la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection de l'enfance¹⁸¹¹, et le décret de 2009, un régime dérogatoire a été mis en place, l'audition demandée par l'enfant ne peut lui être refusée, elle s'impose alors au juge. « Rendre l'audition de droit aboutit à la faire échapper à tout contrôle d'opportunité »¹⁸¹². Le pouvoir d'appréciation du juge faisait l'objet de vives critiques, notamment comme pouvant faire obstacle à la reconnaissance d'un véritable droit pour l'enfant d'être entendu. Le juge perd tout pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité d'une audition. L'audition constitue ainsi

¹⁸⁰⁸ Articles 9 et 10 du Code de procédure civile.

¹⁸⁰⁹ L. BRIAND, même dossier 2014, p. 22.

¹⁸¹⁰ M. BRUGGEMAN, « L'audition de l'enfant en justice », AJ fam. 2014, p. 13.

¹⁸¹¹ Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection de l'enfance, J.O. du 6 mars 2007.

¹⁸¹² C. NEIRINCK, M. BRUGGEMAN, (dir.), « La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière ? », p. 108.

une étape procédurale à part entière, distincte des autres mesures d'instruction demandée par le juge telles que les enquêtes sociales et expertises. « Le nouveau dispositif fait de l'audition de l'enfant une mesure d'instruction qui ouvre une parenthèse dans la procédure »¹⁸¹³. Un auteur ne qualifie pas l'audition de mesure d'instruction, mais d'« expression d'un droit de l'enfant »¹⁸¹⁴. Le juge est contraint de procéder à l'audition de l'enfant même s'il dispose d'éléments nécessaires ou même si l'enfant a déjà été entendu. La jurisprudence a en effet précisé qu'il doit être fait droit à la demande d'audition de l'enfant dans le cadre de la procédure d'appel alors même qu'il a déjà été entendu en première instance¹⁸¹⁵. Pour refuser l'audition le juge doit établir que les conditions d'application du dispositif ne sont pas remplies, ce qui ne peut se révéler qu'exceptionnel du fait de la souplesse des dispositions. Il s'avère difficile pour le juge d'arguer que l'enfant auteur de la demande n'est pas concerné par la procédure ou ne dispose pas du discernement nécessaire, « alors que sa démarche tend à prouver qu'il se sent « concerné » et qu'il a conscience de ses droits »¹⁸¹⁶. Est-ce encore une mesure d'instruction ? il ne s'agit plus seulement de satisfaire le besoin d'information du juge, mais de répondre à un droit de l'enfant. Le juge doit d'ailleurs s'assurer que l'enfant a été informé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat. En tout état de cause, le pouvoir d'appréciation du juge s'efface devant le droit de l'enfant à être entendu, le droit pour le mineur de solliciter l'audition par le juge entraîne des garanties procédurales qui fixent au juge l'obligation de l'entendre.

971. Mais « L'article 388-1 du Code civil a exclusivement vocation à régir l'audition du mineur par le juge, de sorte qu'il est inapplicable en matière d'expertise. Le mineur n'a ainsi pas à être personnellement convoqué aux opérations d'expertise et informé de son droit à être assisté d'un avocat »¹⁸¹⁷. L'audition doit être distinguée de l'expertise judiciaire¹⁸¹⁸, elle « devrait être considérée comme une mesure au service de l'enfant et non au service des adultes » dans le cadre de la séparation parentale¹⁸¹⁹. L'audition est néanmoins appréhendée uniquement comme une mesure destinée à éclairer le juge, et lorsque le mineur

¹⁸¹³ L. FRANCOZ-TERMINAL, « Le nouveau régime de l'audition en justice de l'enfant concerné par une procédure judiciaire », Dr. fam. 2009, p. 30.

¹⁸¹⁴ C. NEIRINCK, M. BRUGGEMAN, (dir.), « La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière ? », p. 112.

¹⁸¹⁵ Cass. 1^{re} civ., 24 octobre 2012, n° 11-18.849, Procédures 2012, n° 358, comm. M. Douchy-Oudot, RJPf 2012-12/36, obs. F. Eudier ; Dr. fam. 2013, n° 9, obs. C. Neirinck.

¹⁸¹⁶ M. BRUGGEMAN, « L'audition de l'enfant en justice », *op. cit.* ; V. proposition n° 1, Rapport Défenseur des droits 2013 « reconnaître une présomption de discernement à tout enfant qui demande à être entendu ».

¹⁸¹⁷ Cass. 1^{re} civ., 23 mars 2011, n° 10-10.547, Dr. Fam 2011. 103, comm. I. Maria.

¹⁸¹⁸ Cass. Civ. 1^{re}, 28 septembre 2011, n° 10-23502, Dr. Fam. 2012. 2267, obs. A. Gouttenoire., RJPf 2011, obs. F. Eudier.

¹⁸¹⁹ Rapport Défenseur des droits 2013, « L'enfant et sa parole en justice » p. 31.

refuse d'être entendu, le juge a un pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de son audition. Cette audition est bien une mesure d'instruction.

2) L'audition peu formaliste

972. Au fil des réformes, l'audition d'un mineur a toujours obéi à un régime procédural relativement souple. L'article 338-2 du Code de procédure civile dispose que « La demande d'audition est présentée sans forme au juge par le mineur ou par les parties ». Cette absence de formalisme est la traduction de la volonté d'intégrer l'enfant aux procédures le touchant. Le particularisme du droit des mineurs implique de nouveau que la procédure s'adapte à la personne la plus vulnérable. Le juge se met ainsi à la portée de l'enfant.

973. Le mineur bénéficie ainsi d'une totale liberté pour choisir la forme de sa demande. Un arrêt de la Cour de cassation du 19 septembre 2007¹⁸²⁰ a affirmé que « la demande d'audition du mineur doit être présentée au juge par l'intéressé ». Cette tentative de restreindre la demande au seul mineur n'a pas été entendue.

974. L'enfant oblige le juge à l'entendre. L'enfant devient juge de l'opportunité de l'audition qu'il sollicite.

975. Plus discutée est la question du nombre de fois où l'enfant au cours d'un même litige peut être entendu. Certains arrêts de la cour d'appel de Lyon avaient considéré que si l'article 388-1 du Code civil accorde au mineur le droit d'être entendu dans toute procédure le concernant lorsqu'il en fait la demande, « il ne lui confère cependant pas la possibilité d'exiger une telle audition à chaque stade de l'instance ; qu'en l'espèce, l'enfant C. a déjà été entendu en cours de l'enquête sociale ordonnée, avant dire droit, par la juridiction du premier degré et qu'il n'y a donc pas lieu d'ordonner une nouvelle audition »¹⁸²¹, solution réitérée en l'espèce¹⁸²². La Cour avait relevé que l'enfant avait été entendue en première instance par les premiers juges. Un arrêt de la Cour de cassation du 24 octobre 2012 a donné un coup d'arrêt à cette jurisprudence lyonnaise tendant à considérer que si l'audition est bien de droit si le mineur la demande, ce n'est qu'autant qu'il n'aurait pas été entendu précédemment dans la même procédure. « Le droit d'audition du mineur lui confère la possibilité d'être entendu à tous les stades d'une même procédure ». Dans cet arrêt rendu le 24 octobre 2012¹⁸²³, est cassée la décision qui avait refusé l'audition d'une mineure de onze ans, déjà entendue trois

¹⁸²⁰ Cass. 1^{re} civ., 19 septembre 2007, n° 06-18.379, Dr. Fam. 2007, comm. n°192, obs. P. Murat, AJ fam. 2007, 43é, obs. J.-B. Thierry ; JCP 2008. I. 102, obs. Y. Favier.

¹⁸²¹ CA Lyon, 2 avril 2009, RG 07/00552. – CA Lyon, 5 février 2008, RG 07/02302

¹⁸²² CA Lyon, 21 mars 2011, n° 10/01771

¹⁸²³ Cass. 1^{re} civ., 24 octobre 2012, n° 11-18.849, op. cit/

ans auparavant, en présence de son avocat par le juge aux affaires familiales, au motif que l'article 388-1 du Code civil ne confère pas au mineur la possibilité d'exiger d'être entendu à tous les stades de la procédure. Pour imposer une nouvelle audition du mineur en appel, la Cour de cassation déduit de l'article 338-2 du Code de procédure civile, selon lequel la demande d'audition peut être présentée en tout état de la procédure, et même pour la première fois en cause d'appel, que le mineur ne peut voir sa demande d'audition rejetée au motif que celle-ci a déjà été satisfaite en première instance. Cette solution est tout à fait logique, car la première audition du mineur peut remonter, comme en l'espèce, à plusieurs années, au stade de l'appel, le mineur peut exprimer une opinion différente sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale le concernant. Qui plus est, le mineur entendu la seconde fois est, par hypothèse, plus âgé que lors de sa première audition et sa parole peut, de ce fait, revêtir un poids différent, la maturité aidant.

B) L'audition de l'enfant, une absence de reconnaissance

976. L'interlocuteur de l'enfant doit être le juge (1), mais l'enfant n'en devient pas pour autant partie à la procédure (2).

1) Le principe

977. Le juge doit être l'interlocuteur privilégié de l'enfant. Les textes ont incontestablement voulu ériger l'audition par le juge en véritable principe. Selon l'article 388-1 du Code civil l'enfant est entendu par le juge. Néanmoins, aucune disposition n'empêche le juge de s'allier un professionnel sensibilisé aux questions du droit des mineurs. Notamment, au sein du Tribunal de grande instance de Tarascon, des auditions ont pu être réalisées par le juge aux affaires familiales et un auditeur d'enfant ayant reçu une formation spécialisée¹⁸²⁴.

978. Ce ne sera donc qu'à titre exceptionnel, « quand l'intérêt de l'enfant le commande » que le juge pourra désigner une autre personne, chargée spécialement d'entendre le mineur, et conformément à la Convention internationale des droits de l'enfant puisque l'article 12 vise « la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale ». Le juge qui n'entend pas l'enfant lui-même doit motiver sa décision au regard de

¹⁸²⁴ M. JUSTON et E. TEISERA, « La co-audition de l'enfant dans les séparations familiales : une réponse adaptée à la protection de l'enfant », Dr. fam. 2012., étude n° 16.

l'intérêt de l'enfant « notamment en raison des pressions psychologiques ou la nécessité de faire intervenir un professionnel de l'écoute »¹⁸²⁵.

979. La délégation de son pouvoir, constitue pour le juge une mesure d'administration judiciaire, c'est une manifestation de son pouvoir d'appréciation, le juge estime qu'il est dans l'intérêt de l'audition de l'enfant de la déléguer.

980. Cette décision est en outre insusceptible de recours, les parties seront ainsi informées des modalités de l'audition, mais sans pouvoir les contester. La circulaire du 3 juillet 2009 invite les magistrats à choisir la personne déléguée parmi les enquêteurs sociaux¹⁸²⁶ ou psychologues. Le décret de 2009 exclut comme personne déléguée les avocats et condamne ainsi une pratique admise par la Cour de cassation¹⁸²⁷.

981. Le nombre croissant de demande d'audition entraîne la question de la spécialisation du juge aux affaires familiales¹⁸²⁸, nombreux sont les juges à s'interroger sur la bonne attitude à adopter face à un enfant, avoir la juste distance. C'est dans cette logique que le décret permet au juge de désigner une personne qualifiée pour procéder à l'audition de l'enfant. Malgré cela, la présence du magistrat à l'audition paraît essentielle, l'enfant lorsqu'il demande à être entendu demande à être entendu par la personne qui va prendre la décision qui le concerne¹⁸²⁹, par la personne la plus à même de prendre la décision la plus adaptée à sa situation.

982. L'alinéa 2 de l'article 388-1 du Code civil permet à l'enfant d'être entendu seul, mais aussi d'être accompagné d'un avocat ou d'une personne de son choix. Cet accompagnement n'est pas obligatoire, c'est une faculté pour l'enfant, mais qui en pratique se révèle être la règle. Une enquête menée au Tribunal de grande instance de Bordeaux en 2011 établit que dans 72,8 des auditions, l'enfant est accompagné, par un avocat, dans un 4 % par un tiers. Les professionnels semblent considérer qu'il est préférable que l'enfant soit accompagné d'un avocat¹⁸³⁰.

983. Le juge aux affaires familiales, le juge du Tribunal de grande instance, le juge des enfants peuvent être amenés à entendre l'enfant. Il est certain que chaque juridiction familiale possède ses propres modalités d'audition.

¹⁸²⁵ A. GOUTTENOIRE, Ph. BONFILS, « Droit des mineurs », *op. cit.*, n° 1186.

¹⁸²⁶ CA Agen, 26 juin 2008, RG n° 07/01670.

¹⁸²⁷ Cass. 1^{re} civ., 22 novembre 2005, Dr. fam. 2006, comm. n° 28, obs. A. Gouttenoire.

¹⁸²⁸ L. GEBLER, « Le nouveau bloc de compétences du juge aux affaires familiales », *op. cit.*

¹⁸²⁹ M. JUSTON et E. TEISERA, « La co-audition de l'enfant dans les séparations familiales : une réponse adaptée à la protection de l'enfant », *op. cit.*

¹⁸³⁰ *Ibid.*

2) La place de l'enfant

984. Le droit ne reconnaît que le mineur. « L'enfant est partout, mais il n'existe pas, seul le mineur existe, car notre droit lui reconnaît un statut même si celui-ci est étouffant »¹⁸³¹.

985. Le 20 novembre 2013 le rapport consacré à « l'enfant et sa parole en justice »¹⁸³² était remis au Président de la République et mettait notamment en exergue la vision de cette parole en justice, parole qui a été « sacralisée »¹⁸³³ au lieu d'être contextualisée en fonction du développement cognitif et affectif du mineur¹⁸³⁴.

986. Après quelques hésitations quant à la place à accorder à l'enfant entendu, le législateur de 1993 a souligné que le mineur n'est pas partie à la procédure du fait de son audition. Dans un arrêt du 12 juillet 2012¹⁸³⁵, la cour d'appel de Douai a clairement affirmé que, « si l'article 388-1 du Code civil prévoit que le mineur peut être entendu dans toute procédure le concernant, son audition ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure ; de sorte que les conclusions de Manon X. en intervention volontaires déposées en son nom sont irrecevables ».

987. La demande d'audition ne confère pas la qualité de partie à l'enfant, elle ne constitue pas une prétention, mais a comme point commun avec une prétention que le juge doit l'examiner. Le magistrat saisi de la procédure n'est pas tenu de prendre l'initiative de l'audition, mais il a la possibilité de le faire s'il estime que l'audition de l'enfant est opportune. Une enquête menée à Bordeaux révèle que 10,4 % des auditions sont ordonnées d'office par le juge¹⁸³⁶. Ainsi, en matière de déplacement international illicite d'enfant, l'audition est souvent ordonnée d'office en raison des brefs délais imposés par les conventions internationales. La demande d'audition n'est donc pas un préalable nécessaire à l'audition du mineur. Il n'en reste pas moins qu'en l'absence d'initiative de l'enfant, l'audition ne sera pas une obligation pour le juge. Dans ses observations finales relatives à la France émises en juin 2009¹⁸³⁷, le Comité des droits de l'enfant, s'il souligne l'apport de la loi

¹⁸³¹ H. HAMADI, « Le statut européen de l'enfant », in *Le droit et les droits de l'enfant*, L'Harmattan, coll. « Champs libres », 2005, p. 161.

¹⁸³² D. BAUDIS et M. DERAÏN, Rapport du défenseur des droits 2013, « L'enfant et sa parole en justice », 20 novembre 2013.

¹⁸³³ Les dérives de la sacralisation de la parole de l'enfant ont été mises en lumière lors de l'affaire dite d'Outreau, voire notamment A. GARAPON et D. SALAS « Les sorcières de Salem », éd. Du Seuil, 2006.

¹⁸³⁴ Rapport p. 18 et s. ; F. EUDIER « L'enfant et sa parole en justice dans le rapport 2013 du Défenseur des droits », RJPF 2014.

¹⁸³⁵ CA Douai, 12 juillet 2012, RG n° 11/04503.

¹⁸³⁶ G. BARBIER, « La pratique bordelaise de l'audition d'enfant », *AJ fam.* 2012. p. 498.

¹⁸³⁷ Nations Unies, Comité des droits de l'enfant, 22 juin 2009, CRC/C/FRA/CO4, observations finales du Comité des droits de l'enfant, France, § 9 – V. <http://www.dei-france.org/rapports>

du 5 mars 2007 pour ce qui concerne l'audition, se dit une nouvelle fois préoccupé par le fait que, pour pouvoir exercer son droit d'être entendu, l'enfant doit en faire personnellement la demande. Dès lors, afin de nous conformer aux exigences du Comité, il faudrait admettre que la demande d'audition puisse émaner d'un représentant de l'enfant. Le droit espagnol, par exemple, prévoit que le mineur peut exercer son droit d'être entendu, lui-même, ou par l'intermédiaire d'un représentant, à condition qu'il ait un « jugement suffisant »¹⁸³⁸.

988. L'article 388-1 du Code civil dispose que l'enfant « peut être entendu » et envisage son initiative comme l'une des possibilités, mais pas la seule. L'initiative de l'audition peut provenir, comme c'est fréquemment le cas en pratique, des parents de l'enfant. Le décret du 20 mai 2009 a clarifié le régime de la demande d'audition des parties à la procédure, c'est-à-dire, en général, des parents de l'enfant, laquelle ne contraint pas le juge à entendre le mineur. Celui-ci dispose en effet dans cette hypothèse d'un pourvoi d'appréciation lui permettant de refuser l'audition s'il « ne l'estime pas nécessaire à la solution du litige ou si elle lui paraît contraire à l'intérêt du mineur »¹⁸³⁹. Dans un arrêt du 18 décembre 2012¹⁸⁴⁰, la cour d'appel de Rennes a rejeté la demande d'audition de l'enfant présentée par le père de celui-ci en affirmant que si l'article 338-2 du Code de procédure civile prévoit que les parties peuvent présenter une demande d'audition, l'article 388-1 du Code civil, qui permet au mineur capable de discernement d'être entendu par le juge dans toute procédure le concernant, confère à l'enfant, un droit, non une obligation¹⁸⁴¹.

989. Si l'on considère que le droit de l'enfant d'être entendu constitue un droit subjectif – celui de donner son avis dans une procédure qui le concerne –, le mineur a le droit de se taire. Même si l'article 388-1 du Code civil envisage l'audition de l'enfant en dehors d'une demande en ce sens de celui-ci, il semble que l'audition de l'enfant a pour objectif de le faire participer au processus d'élaboration de la décision qui le concerne. L'audition ne peut donc être qu'acceptée par le mineur qui ne peut être tenu de parler au juge. Il est alors très regrettable que selon l'article 388-1 du Code civil « lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus ». En pratique, le juge apprécie le sens du refus de l'enfant qui souhaite certainement rester en dehors du conflit parental ou qui ne souhaite pas avoir à choisir avec lequel de ses parents il va vivre. Le juge doit ainsi s'assurer que le refus de l'enfant est bien l'expression de sa propre volonté et ne pas le contraindre à parler.

¹⁸³⁸ Nations Unies, Comité des droits de l'enfant, 12 novembre 2001, CRC/C/70/Add. 9, § 652, rapports périodiques des États parties devant être présentés en 1999, Espagne

¹⁸³⁹ Article 338-4 du Code de procédure civile.

¹⁸⁴⁰ CA Rennes, 18 décembre 2012, RG n° 11/05482.

¹⁸⁴¹ CA Rennes, 9 mai 2012, RG n° 11/04466.

L'audition a bien pour but de permettre à l'enfant, juridiquement incapable et n'ayant pas la qualité pour être partie à la procédure, de donner un avis sur une décision le concernant parce qu'il souhaite que sa volonté soit exprimée. Elle permet d'associer l'enfant à une procédure dont les conséquences sur son mode de vie seront importantes : il ne peut s'agir que d'un droit et en aucun cas d'une obligation.

990. Dans le cadre des procédures relatives à l'autorité parentale, « devenir une arme entre des parents perdus dans une séparation très conflictuelle place l'enfant ou l'adolescent dans un tiraillement permanent, un conflit de loyauté qui fausse son expression, celle de ses sentiments et désirs »¹⁸⁴². La place de l'enfant est de plus en plus importante en cas de séparation parentale, il se rajoute au conflit.

991. Contrairement aux cas de séparation parentale, la procédure d'assistance éducative est construite autour de la personne de l'enfant, son objectif étant sa protection et obtenir son adhésion à la mesure. L'article 1182 du Code de procédure civile dispose que « Le juge donne avis de l'ouverture de la procédure au procureur de la République ; quand ils ne sont pas requérants, il en donne également avis au père, à la mère, au tuteur, à la personne ou au représentant du service à qui l'enfant a été confié. Il entend le père, la mère, le tuteur, la personne ou le représentant du service à qui l'enfant a été confié et le mineur capable de discernement et porte à leur connaissance les motifs de sa saisine. Il entend toute autre personne dont l'audition lui paraît utile. ». Le juge des enfants pouvant toutefois décider dispenser l'enfant de l'audition, la Cour de cassation rappelle en effet qu'il résulte « des articles 1188, alinéa 2, 1189 et 1193 du Code de procédure civile que la convocation, la présence et l'audition des mineurs à l'audience ne sont que facultatives »¹⁸⁴³.

992. L'audition ne rend pas pour autant impossible toute hypothèse d'un mineur partie à la procédure. En effet, l'article 388-1 du Code civil affirme que le mineur peut être entendu et ce sans préjudice de son intervention. Il est donc concevable que l'audition se conjugue avec le statut de partie dans la procédure. Il en est ainsi, notamment, dans le cadre de l'assistance éducative, tout en précisant que l'enfant est partie indépendamment de son audition, celle-ci ne conditionnant pas son statut. Dans un arrêt du 23 octobre 2013, la Cour de cassation a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité à propos de l'impact de l'audition sur le statut de partie du mineur, « la question posée ne présente pas de caractère sérieux en ce que la disposition contestée permet l'audition du mineur capable de discernement dans les procédures le concernant, sans préjudice des dispositions prévoyant son

¹⁸⁴² « L'enfant et sa parole en justice », Rapport *op. cit.* p. 19.

¹⁸⁴³ Cass. 1^{re} civ., 1^{re}, 28 novembre 2006, n° 04-05.095.

intervention ou son consentement ; qu'ainsi, étant sans incidence sur la qualité de partie à la procédure du mineur, laquelle dépend de la nature de l'instance et résulte de dispositions expresses, elle ne porte pas atteinte aux droits de la défense de ce dernier »¹⁸⁴⁴.

993. L'enfant est présent, mais ne bénéficie d'aucun droit d'action, il est à « la périphérie de l'instance », il peut prendre part à la discussion judiciaire quant à son émancipation, il peut donner son avis sur l'exercice d'un droit de visite et d'hébergement, mais son statut exclut toute relation procédurale avec les parties. Il est entendu par le juge dans toutes procédures le concernant mais cette audition ne lui confère aucun droit, surtout pas celui de devenir partie à la procédure

Section 2 : Le juge et la parole de l'enfant

994. La portée du droit d'être entendu sera différente selon le texte sur lequel se fonde l'audition du mineur. Si le mineur est à l'origine de la demande le juge ne peut refuser alors que si les parents en font la demande le juge peut refuser. La parole de l'enfant n'a pas de portée contraignante pour le juge même s'il doit en être tenu compte, le juge retrouve sa liberté d'appréciation.

995. L'audition de l'enfant en justice emporte des conséquences, elle doit être connue des parties, (I), mais son poids n'apparaît pas déterminant, la parole de l'enfant ne lie pas le juge (II).

I : La diffusion de la parole de l'enfant

996. L'audition de l'enfant en justice lui permet d'être associé à la procédure, cela n'a d'intérêt que lorsque le juge retranscrit cette parole. C'est pourquoi le juge a pour obligation de rendre compte de l'audition de l'enfant (A), et ce compte-rendu doit respecter le principe du contradictoire, principe sensiblement adapté au particularisme du droit des mineurs (B).

A) L'obligation pour le juge de rendre compte de l'audition

¹⁸⁴⁴ Cass. 1^{re} civ., 1^{re}, 23 octobre 2013, n° 13-40054, RLDC 2013, n° 110, p. 45, obs. K. Ducrocq-Pauwels.

997. Le décret précité du 20 mai 2009 a règlementé la retranscription de la parole de l'enfant en mettant un terme à la diversité des pratiques antérieures. L'article 338-12 du Code de procédure civile impose au juge de faire un compte-rendu contradictoire de l'audition de l'enfant.

998. Ce compte-rendu doit tenir compte des spécificités du droit des mineurs, ce n'est pas un procès-verbal au sens strict. Il n'est ainsi pas obligatoire ni même souhaitable que soient retranscrits intégralement les propos de l'enfant au cours de l'audition. La circulaire du 3 juillet 2009 va dans ce sens en considérant que « le magistrat ou le tiers ne sont donc pas tenus de rapporter *in extenso* les dires de l'enfant. Il peut s'agir d'une synthèse, qui fait état de la teneur des sentiments exprimés par le mineur, dès lors qu'ils présentent une utilité par rapport à la prise de décision du juge. ». Néanmoins le juge ne peut « garantir à l'enfant la clandestinité de son audition ou la totalité du secret de ses déclarations »¹⁸⁴⁵.

999. En tout état de cause, le compte-rendu est fait dans l'intérêt de l'enfant, le juge conserve alors une marge de manœuvre. Ainsi, un simple compte-rendu oral satisferait même les exigences du texte¹⁸⁴⁶. Dans un arrêt du 20 juin 2012¹⁸⁴⁷ la Cour de cassation a répondu par l'affirmative à la question de savoir si le fait pour le juge de rendre compte oralement, lors de l'audience, de l'audition du mineur permet de satisfaire aux exigences du contradictoire tel que visé par l'article 338-12 du Code de procédure civile. La circulaire du 3 juillet 2009 précise que « la nature de la procédure est sans incidence sur la forme du compte-rendu, puisque dans le cadre d'une procédure écrite, il peut être rendu compte de l'audition oralement au cours d'une audience ». Il paraît toutefois délicat pour les parties d'assimiler dans un temps très court les informations transmises par le juge quant aux propos tenus par l'enfant et de faire « à chaud » les observations que ces informations sont susceptibles de provoquer. En tout état de cause, la rédaction d'un compte-rendu écrit semble privilégiée en pratique¹⁸⁴⁸.

B) Le respect du contradictoire, un contradictoire adapté à l'enfant

1000. Considéré comme le cœur du droit à un procès équitable, ce principe « repose sur une possibilité de discussion avec le juge, ainsi que sur la faculté de consulter et de

¹⁸⁴⁵ E. BAZIN, *op. cit.*

¹⁸⁴⁶ M. CREBASSA, « L'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales », AJ fam. 2009. 328.

¹⁸⁴⁷ Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2012, n° 11-19.377, Bull. civ. I, n° 135; D. 2012. 2267, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire.

¹⁸⁴⁸ G. BARBIER, « La pratique bordelaise de l'audition d'enfant », *Ibid.* l'étude de la pratique bordelaise fait état de 94 % de comptes rendus écrits.

critiquer le dossier de l'affaire »¹⁸⁴⁹. Les parties doivent avoir connaissance et doivent pouvoir discuter les éléments tirés de l'audition. L'article 338-12 du Code de procédure civile énonce que « Dans le respect de l'intérêt de l'enfant, il est fait un compte-rendu de cette audition. Ce compte-rendu est soumis au respect du contradictoire ». L'audition et le compte-rendu n'échappent pas au principe du contradictoire, exigence satisfaisante aux yeux de la Cour de cassation qui dans un arrêt du 3 décembre 2008¹⁸⁵⁰ a affirmé qu'il doit ressortir de la décision attaquée ou du dossier de la procédure que les parents des enfants ou leurs conseils ont été avisés de l'audition de l'enfant par le juge. En 2010 la Cour avait notamment posé comme règle que les juges doivent faire mention de l'audition de l'enfant¹⁸⁵¹.

1001. Comme l'affirme la circulaire de 2009, « dès lors que le compte-rendu est soumis au principe du contradictoire, il semble opportun que le magistrat ou le tiers explique à l'enfant, préalablement à son audition, que les parties à la procédure auront connaissance du contenu de ses propos. » Une solution contraire aurait fragilisé la portée de l'audition de l'enfant en en faisant une « chambre noire »¹⁸⁵², certainement peu conforme aux droits de l'enfant et à son intérêt.

1002. Cependant, un arrêt de la Cour de cassation du 9 septembre 2012 affirme « qu'un compte-rendu oral, fait au cours de l'audience au fond, par le magistrat qui a entendu le mineur respecte le principe de la contradiction ». Le contradictoire paraît malmené, car pour qu'elle soit utile, l'audition doit permettre à l'enfant de s'exprimer librement. En effet, les quelques applications pratiques montrent que le compte-rendu est souvent assez succinct et contient un résumé du sentiment, souvent assez clair, de l'enfant quant à ses relations avec chacun de ses parents. Le compte-rendu peut comporter des précisions quant à l'attitude de l'enfant, l'impression d'ensemble qu'il donne, son état de nervosité, sa réserve voire son embarras. Ces indications, particulièrement importantes lorsque ce n'est pas le juge qui entend l'enfant, peuvent constituer des indices quant à l'état d'esprit dans lequel il se trouve¹⁸⁵³.

1003. L'article 338-12 du Code de procédure civile dans sa rédaction issue du décret du 20 mai 2009 dispose que l'audition est faite dans l'intérêt de l'enfant, ce qui fait dire à certains auteurs que ceci ouvre aux magistrats « une certaine marge de manœuvre permettant de ne pas faire figurer dans le compte-rendu des éléments qui porteraient atteinte à la

¹⁸⁴⁹ S. GUINCHARD, (dir.), « Droit et pratique de la procédure civile », Dalloz action, 2012/2013, n° 212.31.

¹⁸⁵⁰ Cass. 1^{re} civ., 3 décembre 2008, n° 07-11.552, Bull. civ. I, n° 279; D. 2008. 3086, obs. Granet-Lambrechts; Dr. fam. 2009. Comm. 27, obs. Murat; AJ fam. 2009. 31, obs. Robineau ; RTD civ. 2009. 110, obs. Hauser.

¹⁸⁵¹ Cass. 1^{re} civ., 20 octobre 2010, n° 09-67478.

¹⁸⁵² A. GOUTTENOIRE, Recueil Dalloz 2009 p. 1918 Droits de l'enfant juin 2008 — mai 2009 *op.cit.*

¹⁸⁵³ L. BRIAND, « L'audition du mineur devant le juge aux affaires familiales : examen des arrêts d'appel », *op. cit.*

protection de cet intérêt »¹⁸⁵⁴. Cela permettrait au juge d'édulcorer les propos tenus par l'enfant ou de ne pas insister sur les points qui pourraient porter atteinte à ses relations avec l'un de ses parents. Certains auteurs vont plus loin en affirmant que « dans le respect de l'intérêt de l'enfant, l'auditeur peut être amené à formuler ou résumer certains propos de l'enfant, voire à taire certaines déclarations que l'enfant a voulues confidentielles de telles manière qu'il ne soit pas victime de violences ou rétorsions à la suite du compte-rendu »¹⁸⁵⁵. La conciliation du principe du contradictoire et de l'intérêt de l'enfant semble cependant rendre difficile le fait de passer totalement sous silence un point déterminant de l'audition de l'enfant. Cette limite de l'intérêt de l'enfant permet de faciliter l'expression de la parole de l'enfant qui pourra à la fin de l'audition déterminer avec le juge, ou la personne qu'il a chargée d'entendre l'enfant, les termes du compte-rendu. Il est en effet sans aucun doute préférable que l'enfant soit associé à la rédaction du compte-rendu de l'audition : cela « permet à la fois au magistrat de s'assurer que les opinions qu'il retranscrit sont effectivement celles que l'enfant a voulu exprimer dans le cadre de leur entretien. Par ailleurs, l'enfant se trouve de son côté rassuré sur le contenu qui sera communiqué aux parents »¹⁸⁵⁶.

1004. Il peut aussi arriver que le mineur lui même refuse que certains de ses propos soient mentionnés dans le compte-rendu. Si ce n'est pas le juge qui entend l'enfant, la personne chargée de l'audition peut accéder à sa demande, mais en lui expliquant qu'elle ne peut alors transmettre ses propos au juge, le principe du contradictoire exigeant que les parties aient connaissance de tous les éléments transmis au juge. Si le juge entend lui même l'enfant, il devrait en théorie refuser de ne pas faire figurer dans le compte-rendu un propos de l'enfant dès lors que celui-ci peut exercer une influence sur sa décision. Il paraît en effet difficile pour le juge, de ne pas tenir compte d'un élément important révélé par le mineur dans sa décision au motif que l'enfant a refusé qu'il figure dans le procès-verbal. Le rôle du juge est dans ce cas précis très délicat.

1005. L'avocat de l'enfant est désormais tenu d'avertir l'enfant qui souhaite être entendu par le juge qu'un compte-rendu de l'audition sera rédigé et qu'il ne peut exiger le secret sur ses propos, ce dont certains déduisent que « la liberté de parole de l'enfant sera amoindrie »¹⁸⁵⁷, alors que d'autres à l'inverse considèrent que, « jusqu'à présent, ça n'a

¹⁸⁵⁴ L. FRANCOZ-TERMINAL, « Le nouveau régime de l'audition en justice de l'enfant concerné par une procédure judiciaire », Article précité

¹⁸⁵⁵ M. JUSTON et E. TEIXERA, « La co-audition de l'enfant dans les séparations familiales : une réponse adaptée à la protection de l'enfant », *Dr. fam.* 2012. Étude 16.

¹⁸⁵⁶ L. FRANCOZ-TERMINAL, « Le nouveau régime de l'audition en justice de l'enfant concerné par une procédure judiciaire », *Dr. fam.* 2009. Étude 30.

¹⁸⁵⁷ D. ATTIAS, « L'avocat d'enfants et l'audition de l'enfant devant le juge aux affaires familiales », *AJ fam.* 2009. 330.

jamais empêché [les enfants] de s'exprimer d'autant plus que ceux qui ont demandé leur audition directe par le juge sont presque toujours ceux qui revendiquent haut et fort leur positionnement et qui n'ont jamais dissimulé leurs sentiments à leurs parents »¹⁸⁵⁸.

1006. Il appartiendra alors au juge de trouver l'équilibre entre l'intérêt de l'enfant et l'impératif du principe du contradictoire¹⁸⁵⁹.

II : Le poids de la parole de l'enfant

1007. Les textes notamment l'article 388-1 du Code civil ne fournissent pas d'indications sur le poids donné à la parole du mineur recueillie par le magistrat ou la personne déléguée par lui. Ce silence du législateur revient à confier au magistrat un pouvoir souverain d'appréciation du poids à accorder à la parole du mineur (A) qui en tout état de cause n'est pas tenu par l'avis exprimé par l'enfant (B).

A) L'appréciation du juge

1008. Les propos tenus par l'enfant constituent des éléments de fait dont la prise en considération est soumise du juge. L'ensemble des dispositions relatives au mineur se réfèrent à l'intérêt de l'enfant et enjoignent au juge de fonder sa décision sur ce critère. L'audition constitue, sans nul doute, un moyen d'apprécier cet intérêt. Il n'empêche que cette opinion peut, selon le juge, ne pas correspondre à l'intérêt du mineur. Dans cette hypothèse, le magistrat doit faire prévaloir l'intérêt de l'enfant sur sa volonté. Toutefois, l'étude de terrain menée à Bordeaux fait apparaître que 70,4 % des jugements sont conformes à la volonté de l'enfant, un constat révélant « la cohérence et la logique des propos du mineur »¹⁸⁶⁰.

1009. L'audition est donc sans nul doute un outil procédural devenu primordial pour la prise de décision du juge et ce n'est que lorsque l'intérêt du mineur se distingue nettement de sa volonté que le juge ne s'y conforme pas. L'on voit bien le rôle tenu par la volonté de l'enfant, elle peut influencer sur la décision du juge, l'enfant dit le droit.

1010. L'article 373-2-11 du Code civil prévoit que le juge doit tenir compte d'un certain nombre d'éléments pour prendre sa décision, parmi lesquels les sentiments des

¹⁸⁵⁸L. GEBLER, « Le juge aux affaires familiales et la parole de l'enfant : et si on avançait ? », JDJ 2007, n° 1, p. 15.

¹⁸⁵⁹M. DOUCHY-OUDOT, « L'effectivité du droit de l'enfant à être entendu en droit positif », Petites affiches, 07 octobre 2010 n° 200, p. 12

¹⁸⁶⁰G. BARBIER, « La pratique bordelaise de l'audition d'enfant », AJ fam. 2012. 498

mineurs. Cet avis intervient en troisième position dans une liste évidemment non exhaustive. Les sentiments des enfants bénéficient de l'avantage d'être cités parmi les points que le magistrat doit aborder lors de sa réflexion. Toutefois, les dispositions de l'article 373-2-11 du Code civil n'imposent pas au juge de se conformer aux souhaits des enfants en ce qui concerne les modalités d'exercice de l'autorité parentale¹⁸⁶¹.

1011. La Convention internationale sur les droits de l'enfant, dans son article 12 alinéa 2, précise que « les opinions de l'enfant doivent être dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité ». Le critère est donc celui du développement psychologique du mineur. Le règlement Bruxelles II *bis* ne fournit, en revanche, aucune précision sur le poids que doit revêtir la parole de l'enfant, alors même qu'il impose aux États de donner à l'enfant la possibilité d'être entendu, plaçant implicitement sa parole au même rang que celle des adultes, c'est-à-dire constituant pour le juge un élément, parmi d'autres, destiné à éclairer sa décision.

1012. Le juge en tenant compte de la parole de l'enfant lui permet de dire le droit, et partant, la décision qu'il rendra sera une manifestation de la diversité de l'application de la règle de droit et donc, du pluralisme juridictionnel. Pourtant, l'avis de l'enfant n'est qu'une faculté pour le juge.

B) L'avis de l'enfant, une faculté pour le juge

1013. Les textes ne le précisent pas, cependant, l'avis exprimé par l'enfant ne saurait contraindre le juge¹⁸⁶² (1), car ce dernier a un devoir de protection envers l'enfant (2).

1) La liberté du juge

1014. Les différents textes instituant une obligation d'entendre le mineur imposent l'audition sans contraindre le magistrat à motiver sa décision par le désir exprimé de l'enfant. La Cour de cassation avait décidé, dans le cadre d'une procédure d'assistance d'éducative, qu'« aucune disposition légale n'impose de rapporter dans l'arrêt les propos [que le mineur] a pu tenir »¹⁸⁶³. Toutefois, la Haute cour par une décision du 20 novembre 1996¹⁸⁶⁴, a cassé un

¹⁸⁶¹ Cass. 2^e civ., 25 mai 1993, n° 91-21.248, *Bull. civ.* II, n° 185; *D.* 1993. IR 163.

¹⁸⁶² M. BRUGGEMAN « L'audition de l'enfant en justice », *op. cit.*

¹⁸⁶³ Cass. 1^{re} civ., 20 novembre 1985, *Gaz. Pal.* 1986. 2. 609.

¹⁸⁶⁴ J. Hauser, « Audition de l'enfant : application immédiate et motivation des décisions », *RTD civ.* 1997. 112 – P. Murat, « Précisions sur la portée processuelle de l'audition du mineur », *Dr. fam.* 1997, n° 2, p. 14 – Y. Benhamou, note s^s Cass. Civ. 2^e, 20 novembre 1996, n° 93-19.937, *Bull. civ.* II, n° 253; *D.* 1997. 192.

arrêt de la cour d'appel d'Amiens qui n'avait pas précisé « si elle avait tenu compte des sentiments exprimés par [le mineur] ». Cette exigence a été réitérée dans un arrêt du 10 juin 1998¹⁸⁶⁵ qui affirme, de manière générale, que le juge doit tenir compte des sentiments du mineur entendu. Selon la Cour de cassation, le juge doit d'une part prendre en compte les sentiments de l'enfant parmi les éléments fondant sa décision, d'autre part préciser qu'il a souscrit à cette obligation. Dans un arrêt du 20 octobre 2010¹⁸⁶⁶, la Cour de cassation déduit de l'article 373-2-11 du Code civil, selon lequel « lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération : [...] 2° Les sentiments exprimés par l'enfant mineur dans les conditions prévues à l'article 388-1 », l'obligation pour le juge qui a pris en compte les sentiments de l'enfant exprimés dans le cadre de son audition d'en informer les parties par une mention dans la décision. La cour d'appel s'étant contentée d'une référence à l'audition dans le dossier de procédure voit son arrêt cassé, au visa des articles 373-2-11 et 388-1 du Code civil, pour défaut de base légale.

1015. Le juge est libre de suivre ou non l'avis exprimé par l'enfant. Il n'a pas à suivre l'avis ni à expliquer si les sentiments exprimés par l'enfant ont ou non influencé sa décision, mais il doit mentionner dans sa décision qu'il a été tenu compte des sentiments exprimés par l'enfant. « Tenir compte n'est pas rendre compte ». L'exigence imposée par la Cour de cassation se limite à une exigence de forme : le juge doit faire part des éléments qui ont fondé sa décision et parmi eux, le cas échéant, l'audition de l'enfant, sans nécessairement mentionner les sentiments de l'enfant.

1016. L'autorité parentale est d'ordre public, les enfants mineurs ne peuvent refuser de voir leurs parents, la jurisprudence est constante¹⁸⁶⁷. La Cour de cassation veille à ce que le juge ne délègue son pouvoir de décision en matière de fixation du droit de visite et d'hébergement à l'accord de l'enfant¹⁸⁶⁸. Dans un arrêt du 3 décembre 2008¹⁸⁶⁹, la Cour précise que le juge aux affaires familiales ne saurait déléguer ses pouvoirs en subordonnant sa décision relative au droit de visite et d'hébergement du père à la volonté des enfants. Ce rappel de la Cour de cassation traduit la résistance des juges du fond¹⁸⁷⁰ qui, face à des adolescents en rupture avec l'un de leurs parents, peuvent difficilement leur imposer l'exercice par ce dernier d'un droit de visite tout en répugnant, à l'inverse, à supprimer toutes

¹⁸⁶⁵ Cass. 2^e civ., 10 juin 1998, n° 96-15.327, NP; JCP 1999. 101, obs. Favier.

¹⁸⁶⁶ Cass. 1^{re} civ., 20 octobre 2010, n° 09-67.468; D. 2011. 1995, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire.

¹⁸⁶⁷ Cass. 2^e civ., 7 février 1990, n° 88-20367.

¹⁸⁶⁸ Cass. 2^e civ., 7 octobre 1987, nos 86-15.026 et 86-15.198, Bull. civ. II, n° 190 – Cass. Civ. 2^e, 11 octobre 1995, n° 93-15.415, Bull. civ. II, n° 232; D. 1995. IR 232.

¹⁸⁶⁹ Cass. 1^{re} civ., 3 décembre 2008, n° 07-19.767, Bull. civ. I, n° 276; AJ fam. 2009. 32; Dr. fam. 2008, n° 17, obs. Murat; D. 2009. 1918, obs. Gouttenoire et Bonfils.

¹⁸⁷⁰ P. MURAT, « Influence de la volonté des enfants sur les relations familiales », note s^s C A Bourges, 28 mars 1995 et CA Rennes, 18 juillet 1995, Dr. fam. 1997, n° 4, p. 14.

relations entre l'enfant et son parent. Un arrêt de la Cour de cassation rendu le 8 octobre 2014 a cassé un arrêt versaillais subordonnant l'exécution de sa décision à la volonté de deux grands adolescents ne souhaitant plus voir leur père¹⁸⁷¹.

1017. En somme, la Cour de cassation veille à ce que les juges aux affaires familiales appliquent la règle selon laquelle « Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent »¹⁸⁷², tout en prenant en considération les circonstances familiales et les sentiments exprimés par l'enfant.

1018. En matière d'assistance éducative, l'article 375-1 du Code civil sous-entend toutefois la nécessité pour le juge de prendre en considération l'avis de l'enfant en lui enjoignant de s'efforcer de recueillir l'adhésion de la famille et donc du mineur à la décision envisagée. Cependant, le juge peut, à défaut d'adhésion du mineur, lui imposer sa décision. Le juge reste libre et maître de la décision qu'il va rendre. S'il doit recueillir la parole de l'enfant, il n'est évidemment pas contraint de la suivre.

1019. Dans les procédures où l'issue du litige ne dépend pas de l'intérêt de l'enfant, comme en matière de filiation notamment, l'avis de l'enfant n'a alors aucune portée, mais le juge ne peut pas ne pas entendre l'enfant. Le juge est alors dans une position délicate. Il entend l'enfant, mais n'a pas à écouter son avis.

1020. Pour que la parole de l'enfant ait un poids véritable, il faudrait que son intervention lui confère la qualité de partie à la procédure. Il deviendrait ainsi un acteur à la procédure le concernant.

2) Le devoir de protection de l'enfant

1021. Si les propos de l'enfant sont sujet à discussion, le juge peut ne pas faire état de la teneur de ces propos tenus par l'enfant dans le corps de sa décision. C'est ainsi que dans un arrêt de la première chambre civile, la Cour de cassation a le 22 octobre 2014 précisé qu'une Cour d'appel n'a pas à préciser la teneur des sentiments exprimés par l'enfant au cours de son audition¹⁸⁷³. Cela ne signifie pas toutefois qu'il est fait abstraction des sentiments exprimés par l'enfant. La Cour considère ainsi que la parole de l'enfant « n'est pas gravée dans le marbre d'un jugement »¹⁸⁷⁴. Il faut éviter à l'enfant de porter le poids de la décision

¹⁸⁷¹ Cass. 1^{re} civ., 8 octobre 2014, n° 13-25632, EDFP, 2014, n° 10, obs. G. Raoul-Cormeil.

¹⁸⁷² Article 373-2 alinéa 2 du Code civil.

¹⁸⁷³ Note d'A. BATTEUR, sous Cass. 1^{re} civ., 22 octobre 2014, *op. cit.*

¹⁸⁷⁴ Note D. GARANCIA, sous Cass. 1^{re} civ., 22 octobre 2014, *op. cit.*

judiciaire, et de compromettre ses relations futures avec un de ses parents dans le cadre des modalités de l'exercice de l'autorité parentale. En outre, le juge doit veiller au possible risque d'instrumentalisation de l'enfant par son ou ses parents

1022. Le juge a un devoir d'équilibriste, prendre en considération les sentiments exprimés par l'enfant tout en refusant éventuellement de les satisfaire. Le juge doit ainsi faire la part des choses dans un conflit parental entraînant un conflit de loyauté. Le juge doit prendre du recul quant à la parole de l'enfant, dans son intérêt. Le juge doit ainsi protéger l'enfant des conséquences de son audition, qui pourrait l'exposer à des représailles parentales¹⁸⁷⁵.

1023. Ce devoir de protection invite les juges aux affaires familiales à défier la Cour de cassation et les textes règlementant l'exercice de l'autorité parentale en tenant compte de l'avis de l'enfant qui refuse un droit de visite et d'hébergement¹⁸⁷⁶.

1024. « En tout état de cause, l'audition de l'enfant en justice place le juge dans cette alternative impossible pour l'enfant : soit le juge va dans le sens des souhaits qu'il a exprimés, avec le risque de lui donner un sentiment de toute-puissance et donc de culpabilité, soit il refuse d'aller dans son sens, et l'enfant peut avoir l'impression de n'avoir été ni entendu, ni compris »¹⁸⁷⁷.

1025. Dans les situations les plus conflictuelles, il serait opportun de prévoir l'audition de l'enfant dans le cadre du processus de médiation familiale. L'enfant lorsqu'il serait à l'origine de la demande d'audition et qu'une médiation serait mise en place, pourrait être entendu par le médiateur, tiers expérimenté. Un magistrat relève que cette écoute serait certainement un facteur d'apaisement du conflit familial et lutterait contre le risque d'instrumentalisation de l'enfant par ses parents¹⁸⁷⁸.

¹⁸⁷⁵ M. JUSTON, « Les enfants peuvent-ils faire la loi ou dire leurs besoins ? », AJ fam. 2009, 320.

¹⁸⁷⁶ CA Paris, 17 septembre 2013, JurisData n° 2013-019877.

¹⁸⁷⁷ D. GARANCIA, « « L'audition de l'enfant et la médiation, pour une place nouvelle de l'enfant dans le processus de médiation familiale », AJ fam. 2009. 333

¹⁸⁷⁸ *Ibid.*

1026. **Conclusion de chapitre.** La protection de l'enfant et le développement de son autonomie ne pourront être effectives que s'il lui est permis de faire entendre sa voix dans le respect dû à sa personne. *L'infans* n'existe plus. L'enfant qui s'exprime et qui est entendu a pris sa place. Le droit impose aux juges saisis d'une question concernant l'enfant de l'entendre. Il est évident que les dispositions relatives à l'audition de l'enfant concerné par une procédure tiennent compte de la particularité du droit des mineurs, de la vulnérabilité de l'enfant. Il est attendu des magistrats qu'ils s'adaptent à l'enfant et non l'inverse. En quelque sorte l'enfant devient juge. Sa volonté peut influencer sur la décision judiciaire, l'enfant participe à l'acte de juger.

1027. Les pratiques juridictionnelles font alors preuve de mesure et de nuance et les juges doivent s'assurer de l'effectivité du droit de l'enfant à être entendu. Il arrivera même au juge d'osciller entre l'obligation de faire apparaître les éléments déterminants de sa décision afin de respecter le principe du contradictoire et la volonté de protéger au mieux l'intérêt de l'enfant, personne vulnérable dans une procédure judiciaire.

Conclusion du titre 2

1028. La faiblesse et la vulnérabilité de l'enfant imposent que lui soit réservé un traitement procédural particulier, et un régime spécifique de protection. Mais il est certain que l'approche des droits de l'enfant a évolué. Ces droits sont de plus en plus conçus comme devant être exercés de manière autonome. La désignation d'un administrateur *ad hoc* en étant une illustration car par ce biais, l'enfant mineur acquiert de l'autonomie à l'égard de ses parents.

1029. Ainsi la place accordée à l'enfant dans les procédures familiales lui permet d'accéder à de nouveaux espaces d'autonomie. Le plus emblématique est sans conteste le droit qui lui est reconnu de pouvoir être entendu du juge sans que ce dernier ne puisse refuser. L'avis de l'enfant est entendu, et même s'il ne lie pas le juge, entraîne une manière différente d'appliquer la règle de droit. En effet, la volonté de l'enfant exerce une influence sur la décision du juge. L'enfant devient alors juge et accroît le pluralisme juridictionnel.

Conclusion de la deuxième partie

1030. Lorsque les autorités familiales ont échoué dans la protection de l'enfant, il revient aux autorités judiciaires d'assurer cette mission. Car l'enfant, personne vulnérable doit être protégé d'une manière plus spécifique que les autres membres de sa famille.

1031. Notre analyse aura montré combien la matière juridictionnelle concernant les mineurs est variée. Il est certain qu'afin de garantir l'effectivité de la protection de l'enfant, celle-ci doit être adaptée à chaque enfant. Protection entendue dans toutes ses facettes. Il faut protéger l'enfant contre un danger, d'origine familiale notamment, et protéger l'enfant en favorisant le développement de son autonomie. La satisfaction des différents besoins de l'enfant, dans toutes les situations de sa vie conduit dès lors au maintien de juges spécialisés. L'intérêt de l'enfant commande un pluralisme juridictionnel. Le fondement même du pluralisme juridictionnel concernant l'enfant est sa protection. Il est demandé à l'ensemble des juges de la famille de s'intégrer dans les affaires familiales, de faire entendre leur voix, mais pas seulement à travers l'autorité conféré par leur fonction mais aussi avec leur humanité. Avec souplesse et flexibilité. Cela prend un sens encore plus particulier concernant l'enfant.

1032. La vision des droits de l'enfant a évolué. La volonté de l'enfant, comme tout les membres de la famille, est prise en compte. L'intérêt de l'enfant permet alors la meilleure application de la norme, et ce, pour tel enfant dans telle situation.

1033. En effet, si l'enfant est particulièrement protégé des magistrats c'est en raison des potentialités dont il est porteur, la dynamique est indéniablement du côté de l'enfant.

Conclusion générale

1034. Le législateur du 19^e siècle ne connaissait la famille qu'au travers des questions du mariage et de la propriété. La famille n'apparaissait pas comme un phénomène suffisamment spécifique, le traitement des contentieux familiaux par le droit commun et par le juge de droit commun n'appelait pas de discussions, leurs spécificités n'étant pas révélées. La crainte de l'immixtion du juge dans l'intimité des familles était bien prégnante, son intervention n'était pas souhaitée. L'idée par ailleurs que l'on peut traiter séparément un contentieux sans que cela n'ait de conséquences au fond est bien présente. Il n'y a pas réellement de volonté de la part des pouvoirs publics de permettre une emprise du droit sur les problèmes familiaux.

1035. Un début d'évolution se fait sentir grâce au traitement de l'enfance délinquante de l'ordonnance du 2 février 1945, le juge des enfants est créé et le droit familial accède à un début d'autonomie. Le juge des tutelles apparaît ensuite sur la scène juridictionnelle le 10 décembre 1964. À cette même époque marquée par les revendications égalitaires entre les membres du couple, se fait jour l'idée que les crises conjugales mériteraient l'attention du juge. Le juge aux affaires matrimoniales est créé en 1975 et le lien entre la forme et le fond du droit est expressément avoué : selon la forme de divorce, ni la procédure ni le juge ne seront identiques.

1036. Le mouvement égalitaire étant à l'œuvre, égalité des enfants, des couples, au juge aux affaires matrimoniales, uniquement juge du couple marié, succède le juge aux affaires familiales par la loi du 8 janvier 1993 entre les mains duquel est regroupé l'essentiel du contentieux familial. Des simples affaires liées au mariage, le juge connaît des affaires de la famille dans son ensemble. Le juge aux affaires familiales devient le protecteur des membres de la famille, tout particulièrement s'agissant des enfants et ce quelle que soit la nature de l'union de leurs parents. D'une absence de spécificité du traitement du contentieux de la famille, on est passé à une diversité de juges et partant une prise en compte des spécificités du droit de la famille. Le fond du droit a évolué. Il connaît une pluralité de familles, mais traitées de manière égale.

1037. La pluralité des vies familiales entraîne inéluctablement une pluralité de conflits. À chaque nouveau contentieux semble être créé un nouveau juge. Le constat est un éclatement des compétences. Mais cela implique surtout que chaque juge, s'il connaît d'un contentieux en particulier, prononce un jugement adapté à chaque situation contentieuse. Le

droit positif se caractérise aussi bien par la flexibilité dans l'application de la règle de droit que par le pluralisme. Le pluralisme juridictionnel est ainsi non seulement la coexistence d'une pluralité de juridictions œuvrant dans un même système de justice familiale, mais aussi s'entend de la pluralité d'application de la règle de droit. Ainsi, le droit contemporain de la famille s'est construit autour du triptyque liberté, égalité, mais aussi pluralisme. La plus grande égalité et la plus grande liberté des membres de la famille ont abouti à un pluralisme des formes de vie familiale. Et le juge doit prendre en compte cette diversité. La diversité des modes de vie en famille s'oppose au statut unitaire des enfants notamment au regard de la filiation, même si le caractère pluraliste de la filiation n'est pas à démontrer. Les questions de filiation ont été « dématrimonialisées » avec l'égalité consacrée entre les filiations. Les questions de conjugalité ont peu à peu été dissociées des questions de parenté. Les exemples les plus pertinents sont trouvés dans l'égalité des filiations et à l'article 373-2 du Code civil qui précise que « la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale ».

1038. L'enfant est devenu peu à peu l'objet de toutes les attentions, le développement de son autonomie est un défi relevé par les autorités judiciaires. Le développement de l'autonomie de l'enfant dynamise le juge. Il lui doit protection et il lui doit écoute.

1039. Cependant d'aucuns espèrent que l'ensemble du contentieux familial ne soit connu que d'un seul juge. Nous leur répondons que ce pluralisme juridictionnel en droit de la famille n'est pas inopportun, il est même cohérent. Conçu autour du couple parental et conjugal, l'office du juge aux affaires familiales possède sa propre cohérence. En outre, les juges spécialisés en charge des autres contentieux paraissent mieux qualifiés, voire chevronnés, que le juge aux affaires familiales pour les traiter. Ainsi, le Tribunal de grande instance, gardien traditionnel de l'état des personnes réservera la collégialité de sa juridiction aux questions particulièrement techniques du droit de la filiation et des successions et les questions sensibles de retrait de l'autorité parentale. Concernant le juge des tutelles, son rôle de juge des tutelles-majeurs est de protéger le majeur en assurant le plus possible son autonomie, ce qui distingue son office de celui du juge chargé d'organiser la tutelle d'un mineur. En outre, dans la moitié des cas, cette protection n'est pas organisée au sein de la famille, mais passe par un mandataire judiciaire. L'office du juge des tutelles-majeurs doit s'exercer au plus près des personnes protégées, afin de garantir la facilité d'accès au juge, l'effectivité de la protection et celle du contrôle. L'échelle du Tribunal d'instance y est plus adaptée que celle du Tribunal de grande instance. Concernant le juge des enfants, les

différences d'avec le juge aux affaires familiales apparaissent irréductibles, le contexte de leurs interventions, comme leurs modalités, leur sont propres. La dimension éducative de la fonction du juge des enfants en est un exemple pertinent. La justice des mineurs, compte tenu de sa spécificité, a développé des modes de travail qui rompent largement avec les traditions de la magistrature. Les juges des enfants ont ainsi construit des partenariats avec les structures de l'aide sociale à l'enfance, des coopérations étroites avec les travailleurs sociaux de la Protection judiciaire de la jeunesse. Les juges de l'enfant doivent avoir à l'esprit que seul le dialogue entre eux permettra une justice effective.

1040. Le droit juridictionnel contemporain de la famille s'illustre par une pluralité de juges, maintenue malgré la spécialisation du juge aux affaires familiales. Le pluralisme juridictionnel est trouvé dans la coexistence d'organes judiciaires différents, dans la spécificité des traitements judiciaires. Chaque juge est ainsi le technicien spécialisé d'un contentieux. Les juridictions acquièrent une géométrie variable : « de leur noyau dur statuant en formation collégiale, sont détachés des satellites, gravitant à la périphérie plus ou moins proche, sortes d'avant-postes ou de bastions avancés, destinés à répondre de manière simple, rapide et appropriée à une demande sociale particulière »¹⁸⁷⁹. Les juges uniques favorisent un accès facilité au juge, une proximité. Grâce à cette proximité naissent des métiers de juge différents, cohabitant avec la formation collégiale du Tribunal de grande instance. D'autant que la souplesse, la flexibilité se font davantage sentir dans l'application de la règle de droit par les juges uniques, au moyen de notion « standard » tel l'intérêt de la famille ou l'intérêt de l'enfant.

1041. Ainsi, cette pluralité de juges entraîne inévitablement une pluralité de décisions judiciaires. Le pluralisme juridictionnel admet ainsi que la multiplicité des juridictions traduise des manières différentes d'appliquer une règle de droit. La règle de droit se transforme, elle incorpore même dans ses dispositions la participation des personnes. On tient compte de l'avis de tous les membres de la famille, même de l'enfant. L'intérêt des personnes au sein de la famille joue un rôle, la fonction de juger s'enrichit de la participation des personnes. On peut dire que le pouvoir discrétionnaire du juge diminue devant la capacité d'autorégulation des justiciables. Il n'en demeure pas moins que le jugement est un acte nécessaire, et c'est un acte d'option entre plusieurs intérêts¹⁸⁸⁰. Le juge, dit-on, est le serviteur

¹⁸⁷⁹ L. CADIET, « Le juge unique en question », *in* Les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux, C. Bolze et Ph. Pédrot (dir.), p. 9.

¹⁸⁸⁰ M. BANDRAC, « De l'acte juridictionnel, et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas », *in* « Le juge entre deux millénaires », Mélanges offerts à Pierre Drat, Dalloz, 2000, p. 171.

du droit et le garant des intérêts des plaideurs. Affirmation d'autant plus vraie en droit de la famille. Le jugement est une manifestation de volonté du juge, en vue de produire des effets de droit¹⁸⁸¹. Ce droit est « non le droit dans la situation, mais le droit de la situation, le bon droit des plaideurs »¹⁸⁸². La règle de droit n'est alors qu'un moyen de parvenir à la solution du litige. Et par le sens qu'il donne aux textes, le juge contribue aux transformations sociales. La société dans son ensemble devient créatrice de droit. La réponse donnée par le droit s'ajuste à la réalité sociale, le droit se démocratise. Il entre dans le rôle des pouvoirs publics de proposer aux membres de la famille le mode de résolution le plus approprié à leur conflit. Ainsi, le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits permet au justiciable de créer la règle de droit la plus adaptée à sa situation, la plus à même d'être appliquée par lui car il l'aura choisie. Le pluralisme lié aux modes alternatifs de règlement des conflits se traduit en terme d'efficacité car la solution n'aurait pu être obtenue par les modes traditionnels de résolution des conflits. Le citoyen s'approprie le droit. Cette justice « négociée », en associant les parties au processus judiciaire, leur permet de devenir juge, ils participent à l'acte de juger. Ce pluralisme des acteurs permet au système de justice familiale de gagner en efficacité et en effectivité. Ce pluralisme répond à une atteinte précise, ce sont les intéressés eux-mêmes qui interviennent, ils suscitent la jurisprudence. L'ordre public connaît alors un relâchement, les droits sont plus disponibles. La liberté conventionnelle permet un nouvel espace de liberté dans la création du droit.

1042. La volonté privée est consacrée et la reconnaissance de la nature juridictionnelle des décisions gracieuses ne fait plus de doute car le juge remplit la fonction attendue par les parties qui le saisissent, celle de dire le droit. L'acte juridictionnel est à la fois une manifestation de volonté des parties et une manifestation de volonté du juge.

1043. Le pluralisme juridictionnel devient un outil d'enrichissement de la réponse judiciaire en matière familiale. Le juge de la famille agit dans l'intérêt des personnes, et réserve une protection plus particulière à l'enfant. Le pluralisme juridictionnel s'impose alors pour l'enfant. Il permet de trouver la meilleure application de la règle de droit pour l'enfant. La justice familiale doit tenir compte des attentes dont elle fait l'objet. La décision judiciaire doit être adaptée à chaque situation particulière à laquelle elle doit répondre. « Pour être juste, la décision d'un juge [...] doit non seulement suivre une règle de droit [...], mais elle doit l'assumer, l'approuver en confirmant la valeur par un acte d'interprétation réinstaurateur, comme si la limite de la loi n'existait pas auparavant, comme si le juge l'inventait lui-même à

¹⁸⁸¹ G. WIEDERKEHR, « Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires », *op. cit.* p. 885.

¹⁸⁸² *Ibid.*

chaque cas »¹⁸⁸³. Le rôle du juge ne se résume pas uniquement à dire le droit. Au travers du conflit, le juge s'approprie la règle de droit, l'interprète, l'adapte à chaque situation qui lui est soumise. Le conflit familial procède de dissensions dans la sphère intime, et « touche plus que tout autre à l'humain »¹⁸⁸⁴. La recherche de la meilleure réponse se trouve finalement renforcée par la pluralité de juges, la variété de décision de justice en résultant représente bien une forme de pluralisme juridictionnel et non pas d'une simple nuance dans l'interprétation d'une règle. Chaque réponse judiciaire est une réponse précisément adaptée à chaque difficulté, à chacun, et est ainsi pérenne.

1044. Le droit contemporain cherche à juguler le contentieux, en raison notamment du manque de moyens de la justice étatique. Mais les raisons sont bien plus profondes, nous sommes à la recherche d'une « justice douce »¹⁸⁸⁵, et d'une justice effective. Le droit permet une jurisprudence plus pragmatique il devient plus spontané. Le juge de la famille, plus que tout juge, dit le droit mais sa mission est complexe, on attend de lui qu'il applique le juste droit, c'est-à-dire qu'il dégage la meilleure application de la règle de droit à la personne du justiciable. « Alors tout juge qui se respecte doit apprendre à rechercher le juste droit, c'est-à-dire la meilleure application de la règle au cas humain qui se pose à lui. Viser le juste droit, c'est d'abord reconnaître chez le justiciable quelqu'un qui aspire à la pleine justice, celle qui fait de lui un être humain complet, riche de toute sa signification puisqu'il a une existence, une présence, un sens pour autrui. Un être humain compris, regardé pour lui-même et non comme un cas d'espèce »¹⁸⁸⁶. Le pluralisme juridictionnel en droit de la famille participe pleinement à la recherche du juste droit.

¹⁸⁸³ J. DERRIDA, « Force de loi », Gallilée, 2005, p. 83.

¹⁸⁸⁴ M. JUSTON, « L'aléa dans le contentieux familial est-il une fatalité ? », *Dr. fam.* 2010, p. 23.

¹⁸⁸⁵ S. GUINCHARD, « L'évitement du juge civil », *in* Les transformations de la régulation juridique, G. Martin (dir.), LGDJ 1998, Droit et société, p. 221.

¹⁸⁸⁶ G. CANIVET, « Audience solennelle du 6 janvier 2006 », *courdecassation.fr*.

Bibliographie

I – Traités et ouvrages généraux

ATIAS Christian, *Philosophie du droit*, PUF, 2012, 360 pages.

BARRIÈRE-BROUSSE Isabelle et DOUCHY-OUDOT Méлина (dir.), *Les contentieux familiaux, droit interne, international et européen*, Lextenso éditions, coll. Les intégrales, 2013, 638 pages.

BATTEUR Annick, *Le guide du divorce*, 2^e édition, Dalloz, 2007, 350 pages.

BATTEUR Annick (dir.), *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, 2012, LGDJ, Lextenso éditions, 618 pages.

BÉNABENT Alain, *Droit civil, droit de la famille*, Montchrestien Lextenso éditions, coll. Domat droit privé, 3^e édition 2014, 635 pages.

BONFILS Philippe, GOUTTENOIRE Adeline, *Droit des mineurs*, 2^e édition, 2014, Dalloz, 1277 pages.

BONNET Vincent, *Droit de la famille*, Larcier, Paradigme, 4^e édition, 2014, 345 pages.

CADIET Loïc, JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, Paris, édition Litec, 7^e édition 2013, 884 pages.

CADIET Loïc, NORMAND Jacques, AMRANI-MEKKI Soraya *Théorie générale du procès*, PUF, coll. Thémis, 2^e édition 2013, 1024 pages.

CARBONNIER Jean

— *La famille, l'enfant, le couple*, Droit Civil Tome 2, 21^e édition refondue, PUF 2002, 756 pages.

— *Les personnes*, édition PUF, 2002, 11^e édition 2004, coll. Thémis — *Droit et passion du droit sous la Ve*, Flammarion, 1996 pages.

CLAUX Pierre-Jean et DAVID Stéphane, *Droit et pratique du divorce*, Dalloz référence, Dalloz, 2^e édition 2013/2014, 1074 pages.

COLOMBET Claude, *La famille*, PUF, Droit fondamental, 6^e édition, 1999, 400 pages.

CORNU Gérard

— *Vocabulaire juridique*, par l'association Henri CAPITANT, Paris, édition PUF, 10^e édition 2014, 986 pages.

— *Droit civil, Tome 2, La famille*, 9^e édition, 2006, Montchrestien, 654 pages.

CORNU Gérard, FOYER Jean, *Procédure civile*, Paris, édition PUF, 1997, coll. Thémis, 906 pages.

COUCHEZ Gérard, *Procédure civile*, Paris, édition Sirey, 17^e édition, 2014, 528 pages.

COURBE Patrick, *Droit de la famille*, Dalloz, Sirey, 5^e édition, 2008, 536 pages.

COURBE Patrick, GOUTTENOIRE Adeline, *Droit de la famille*, Sirey, 6^e édition, 2013, 574 pages.

DASTE Adeline et MORGEN-GUILLEMIN Aude, *Divorce, séparation de corps et de fait*, 20^e édition, Delmas 2007, 390 pages.

DELMAS-MARTY Mirelle, *Le droit de la famille*, Paris, édition PUF, 1972, 342 pages.

DOUCHY-OUDOT Mélina, *Procédure civile*, 4^e édition, 2010, Gualino éditeur, 390 pages.

FENOUILLET Dominique, *Droit de la famille*, 3^e édition, 2013, Cours Dalloz, 604 pages.

GHESTIN Jacques, GOUBEAUX Gilles, *Traité de Droit Civil*, 4^e édition, 1994, LGDJ, 891 pages.

GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, HILT Patrice, *Droit de la famille*, Presses universitaires de Grenoble, 5^e édition, 2015, 228 pages.

GUINCHARD Serge, DEBARD Thierry (dir.), *Lexique des termes juridiques 2014*, 21^e édition, Dalloz, coll. « Lexiques », 2014, 911 pages.

GUINCHARD Serge, CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, *Procédure civile*, Dalloz, 32^e édition, 2014, 1585 pages.

GUINCHARD Serge, MONTAGNIER Gabriel, VARINARD Gabriel, DEBARD Thierry, *Institutions juridictionnelles*, 13^e édition, Dalloz, 2015, 1098 pages.

GUINCHARD Serge, BANDRAC Monique, LAGARDE Xavier, DOUCHY-OUDOT Mélina, *Droit processuel — droit commun et droit comparé du procès équitable*, Paris, édition Dalloz, 6^e édition, 2011, 1422 pages.

HÉRON Jacques, LE BARS Thierry, *Droit judiciaire privé*, Paris, édition Montchrétien, 6^e édition 2015, 958 pages.

KERNALEGUEN Francis, *Institutions judiciaires*, Paris, édition Litec, 5^e édition 2012, 280 pages.

LEMOULAND Jean-Jacques, *Droit de la famille*, Cours magistral, Ellipses, 2014, 590 pages.

LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, édition PUF, 1996, coll. Droit fondamental, 475 pages.

LEVENEUR Laurent, *La famille, Leçons de droit civil*, Montchrestien, 7^e édition, 1996. 1108 pages.

MALAURIE Philippe, AYNÉS Laurent, *Régimes matrimoniaux*, Defrénois, 4^e édition, 2013, 416 pages.

MALAURIE Philippe, FULCHIRON Henri, *La famille*, Droit civil Defrénois, 4^e édition, 2011, 748 pages.

MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, *Leçons de droit civil, T1*, 3^e volume, La famille, 7^e édition par LEVENEUR Laurent, 1995, Montchrestien, 866 pages.

MURAT Pierre (Dir.), *Droit de la famille*, 6^e édition, 2013, 1983 pages.

PLANIOL Marcel et RIPERT Gérard, *Traité pratique de droit civil français, t. II, La Famille*, par ROUAST André, Paris, édition LGDJ, 2^e édition 1952

PUTMAN Emmanuel, RINGEL Françoise, *Droit de la famille*, Aix-en-Provence, édition PUAM, 1996.

RENAUT Marie-Hélène, *Histoire du droit de la famille*, Ellipses 2003, 95 pages.

SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, édition PUF, 9^e édition 2008, 944 pages.

TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, *Droit des obligations*, Précis Dalloz, 11^e édition, 2013, 1608 pages.

II – Ouvrages spéciaux, thèses et monographies

ARIES Philippe, *Histoire des populations françaises et de leur attitude devant la vie depuis le XVIII^e siècle*, Ed Seuil, 1971, 412 pages.

AVRAMO Audrey, *Les conditions de vie du couple, essai sur les obligations conjugales*, Thèse de doctorat, Université de Toulon, 2004, 519 pages.

AZAVANT Marc, *L'ordre public et l'état des personnes*, Thèse de doctorat, Université de Pau et des pays de l'Adour, 2002, 849 pages.

BABY Wilfried, *Les effets patrimoniaux du pacte civil de solidarité, l'invention d'une nouvelle forme de conjugalité*, Defrénois, TOME 51, 2013, 555 pages.

BENALCAZAR (de) Sébastien, *PACS, mariage et filiation, étude de la politique familiale*, Collection de Thèses dirigée par Bernard BEIGNIER, Defrénois, TOME 27, 2007, 505 pages.

BÉTALLOLE-GONTHIER Françoise, *La capacité naturelle*, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux IV, 1999, 459 pages.

BIANCO Jean-Louis et LAMY Pascal, *Aide à l'enfance demain. Contribution à une politique de réduction des inégalités*, Ministère de la Santé et de la sécurité sociale, 1980, 218 pages.

LE BOURSICOT Marie-Christine, *L'enfant sujet de droit. Filiation, patrimoine, protection*, Lamy, Axe Droit, 2010, 332 pages.

BRUN Anne-Sophie, *Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple*, Thèse de doctorat, Université de Grenoble II, 2003, 684 pages.

BRUNETTI-PONS Clotilde (dir.), *La notion juridique de couple*, Paris, Economica, 1998, 154 pages.

CADIET Loïc, JEULAND Emmanuel, CLAY Thomas, Dir. *Médiation et arbitrage. Alternative dispute resolution. Alternative à la justice ou justice alternative*, Paris, édition Litec, 2005, 442 pages.

CARBONNIER Jean,

— *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 1995, 2^e éd, 336 pages.

— *Sociologie juridique*, édition PUF 2004, Quadriga, 415 pages.

— *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996, Forum, 276 pages.

— *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e édition 2014, 493 pages.

COMMAILLE Jacques, *L'esprit sociologique des lois. Essais de sociologie politique du droit*, PUF, 1994, Droit éthique société, 275 pages.

COMMAILLE Jacques, de SINGLY François (sous la direction) *La question familiale en Europe*, L'Harmattan, 1997, 335 pp, ISBN 2-7384-4975-1

COUDOING Nadège, *Les distinctions dans le droit de la filiation*, Thèse de doctorat, Université de Toulon et du Var, 2007, 350 pages.

DAGENAIS Daniel, *La fin de la famille moderne, la signification des transformations contemporaines de la famille*, Presses Universitaires de Rennes, Collection le sens social, 2000, 249 pages.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise,

— *Les droits de l'enfant*, PUF, 2004, Que sais-je ? ; 6^e édition, 128 pages.

— *La séparation dans tous ses états*, Lamy Axe droit, 2010, 346 pages.

DELAPORTE-CARRÉ Christelle, *L'articulation des institutions de protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Dalloz, Coll. « Nouvelle bibliothèque de Thèse de doctorat », 2008, 360 pages.

DELFOSE-CICILE M.-L., *Le lien parental*, édition Panthéon-Assas, Droit privé, 2003, 634 pages.

DELMAS-GOYON Pierre, *Le juge du 21^e siècle, Un citoyen acteur, une équipe de justice*, Rapport, 2013, doc. fr. 384 pages.

DESNOYER Christine, *L'évolution de la sanction en droit de la famille*, 2001, L'Harmattan, 428 pages.

DEMESLAY Isabelle, *Parents déchus, étude juridique et judiciaire*, Thèse de doctorat, Université de Nantes, 1995, 463 pages.

DUARD-BERTON Christine, *L'ordre public dans le droit de la famille*, Thèse de doctorat, Université de Paris II Panthéon-Assas, 2004, 624 pages.

DOST Caroline, *Collégialité et juge unique en droit judiciaire français*, Thèse de doctorat dactylographiée, Bordeaux IV, 1999, 452 pages.

DURKHEIM Émile,

— *Textes, (Religion, Morale, Anomie)*, Les éditions de minuit, 1975, Le sens commun, Tome 2, 507 pages.

— *Textes, (Fonctions sociales et Institutions)*, Les éditions de minuit, 1975, Le sens commun, Tome 3, 568 pages.

ESCHYLLE Jean-Florian, (Dir.), *Droit de l'enfant et de la famille*, Hommage à Marie-Josèphe Gebler, Presses Universitaires de Nancy, 1998, 185 pages.

ÉGÉA Vincent,

— *L'impératif en droit de la famille*, Mémoire DEA de droit privé, dir. Anne Leborgne, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille III, 2002, 141 pages.

— *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, 2010, Tome 43, 540 pages.

FENOUILLET Dominique, DE VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal (dir.), *La contractualisation de la famille*, Etudes juridiques, Economica, 2001, 327 pages.

FERRY Luc, *La sagesse des mythes, apprendre à vivre-2*, Plon, 2008, 408 pages.

FULCHIRON Hugues, *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, 300 pages.

GARAPON Antoine, ALLARD Julie, GROS Frédéric, *Les vertus du juge*, Dalloz, 2008, 184 pages.

GARAPON Antoine, PERDRIOLLE Sylvie, BERNABÉ Boris, KADRI Charles, *La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXI^e siècle*, Rapport, 2013, doc. fr., 218 pages.

GILISEN John (dir.), *Le pluralisme juridique*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1972, 332 pages.

GOUTTENOIRE Adeline, *L'enfant et les procédures judiciaires*, dir. Université Jean Moulin, Lyon III, 1994, 508 pages.

GUINCHARD Serge, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Rapport de la Commission sur la répartition des contentieux*, Paris, La documentation française, 2008, 344

pages.

HAMADI Hakim, *L'ordre public familial*, Thèse de doctorat, Université de Toulon, 2009, 871 pages.

HAUSER Jean, HUET-WEILLER Danièle, *La famille Fondation et vie de la famille* 2e édition, LGDJ, 1993, 943 pages.

HENRI Michel, PICAL Daniel, *Protection judiciaire de la jeunesse*, Vaucresson, 1984, 155 pages.

HUBERT-DIAS Gwenaëlle, *L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale. Etude de droit européen comparé*, Université de Reims, Champagne Ardennes, 2014, 410 pages.

L'HUILLIER Odile, *L'intervention du juge dans la vie familiale*, Thèse de doctorat, Université de Strasbourg 1971, 331 pages.

LE GUIDEZ Raymond, *La notion d'intérêt de l'enfant en droit civil français*, Thèse dactylographiée, Université de Nantes, 1973.

INCOLLINCO-MONA Henriette, *La Normativité et le droit de la famille*, Thèse de doctorat, Université de Toulon, 2000, 536 pages.

JARROSSON Charles, *La notion d'arbitrage*, Dalloz, Coll. « Nouvelle bibliothèque de Thèse de doctorat, 1987, Tome 198, 408 pages.

KIMMEL Anne, *Le juge de l'autorité parentale. Compétence et pouvoirs*, Thèse de doctorat, Université de Toulouse I Capitole, 1996, 461 pages.

LABBÉE Xavier, *Le droit commun du couple*, PU Septentrion, 2010, 217 pages.

LACAMP-LAPALÉ Odile, *Le juge spécialisé en droit judiciaire privé*, Thèse de doctorat, Université de Toulouse I Capitole, 603 pages.

LAUER Mélanie, *Obligations procédurales et droit au divorce*, Thèse de doctorat, Université de Toulon, 2008, 543 pages.

LEGUY Yves, *L'intérêt personnel de l'enfant et les relations familiales*, Thèse de doctorat, Université de Rennes I, 1973, 441 pages.

LEMOULAND Jean-Jacques, *La condition juridique du mineur. Aspects internes et internationaux. Questions d'actualité*, Carré Droit, Litec, 2004, 135 pages.

LÉONETTI Jean, *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droit des tiers*, Rapport, doc. fr., 2009, 106 pages.

MAGENDIE Jean-Claude,

— *Célérité et qualité de la justice, la gestion du temps dans le procès*, Doc. fr., 2004, 186 pages.

— *Célérité et qualité de la justice devant la Cour d'appel*, Doc. fr., 2008, 88 pages.

MALAURIE Philippe *Anthologie de la pensée juridique* Cujas, 2e édition, 2001, 376 pages.

MARSHALL Didier, *Les juridictions du XXIe siècle, une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice*, Doc. fr. 2013, 476 pages.

MATTEI Gaël, *Fonction du juge et médiation familiale étude des systèmes français et anglo-saxons*, Thèse de doctorat, Université de Strasbourg, 2002, 423 pages.

MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse,

— *La personne, la famille et le droit. Trois décennies de mutations en Occident (1968-1998)*, LGDJ-Bruylant, 1999, 589 pages.

— (dir.) *Familles et justice, Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, Bruyant Bruxelles, LGDJ Paris 1997, 639 pages.

MIKALEF-TOUDIC Véronique, *Le ministère public, partie principale dans le procès civil*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006, 403 pages.

MILLARD Éric, *Famille et droit public. Recherches sur la construction d'un objet juridique*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », 1995, 484 pages.

NAUDET-SENECHAL Marie, *Le juge unique. Essai d'une théorie générale*, Thèse de doctorat, Université de Paris II Panthéon-Assas, 2000, 774 pages.

NEIRINCK Claire (sous la direction), *La Famille que je veux, quand je veux ? Evolution du droit de la famille, co-auteurs*, 2003 Enfance & parentalité, 200 pages.

NIBOYET Frédérique, *L'ordre public matrimonial*, LGDJ, 2008, Bibliothèque de droit privé, Tome 494, 444 pages.

PAILLET Elisabeth, *Infidélité conjugale et continuité familiale*, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux I, 1979, 672 pages.

PEDROT Philippe, *L'intervention judiciaire dans la protection de l'enfant en droit civil français*, thèse, Nice, 1985, p. 109

PETOT Pierre, *La famille*, Éditions Loysel, 1992, Histoire du droit privé français, Tome 1, 528 pages.

PLESSIX-BUISSET Christiane, *Ordre et désordre dans les familles*, Presses Universitaires de Rennes, 2002, 226 pages.

POMART Cathy, *La magistrature familiale*, L'Harmattan, 2008, 575 pages.

RACINE Jean-Baptiste (dir.) *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit*, L'Hermès, 2002, 317 pages.

RAYMOND Guy, *Ombres et lumières sur la famille*, Bayard, 1999, 279 pages.

ROMANO Santi, *L'ordre juridique*, Dalloz, 1975, Philosophie du droit, traduction de la 2^e édition de *l'Ordinamento giuridico*, 174 pages.

ROULAND Norbert, *L'État français et le pluralisme, histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792*, Éditions Odile Jacob, 1995, 377 pages.

ROY Odile (dir.) *Réflexions sur le pluralisme familial*, Nanterre, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2008, 242 pages.

SAVATIER René, *Le Droit, l'amour et la liberté*, L.G.D.J., 2^e édition 1963, 180 pages.

SERVEL Jean-Pierre, *La notion d'intérêt de l'enfant. Essai sur les fondements de l'autorité et des décisions parentales*, Thèse de doctorat, Université Aix-Marseille, 1978, 476 pages.

SIFFREIN-BLANC Caroline, *La parenté en droit civil français, étude critique*, PUAM, 2009, 679 pages.

STRICKLER Yves (dir.), *Le prix de la rupture. Au cœur des contentieux familiaux.*, L'Harmattan, 2013, 109 pages.

THURILLET-BERSOLLE Angélique, *Droits européens et droit de la famille, contribution à l'étude de la dynamique de rapprochement*, Thèse de doctorat, Université de Bourgogne, 2011, 600 pages.

THÉRY Irène, *Le démariage, justice et vie privée*, Éditions Odile Jacob, 2001, 469 pages.

THÉRY Irène, LEROYER Anne marie, *Filiation, origines, parentalité, le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport, Doc. fr. 2014, 547 pages.

TODD Emmanuel, *La troisième planète, structure familiales et systèmes idéologiques*, Édition du Seuil, 1983, Empreintes, 251 pages.

WEILLER Laura (Dir.), *Les transformations du contentieux familial*, PUAM, 2012, 108 pages.

III– Articles, études, chroniques

ADONON Akuavi, PLANCON Caroline et VERSINI-CAMPINCHI Pauline, *Variations sur le pluralisme juridique, au carrefour de trois cheminements*, dans E. Le Roy (dir.), *Les pluralismes juridiques*, Cahiers d'anthropologie 2003, du droit, p.71.

ALLAER Claude, *L'expérience lilloise de la chambre de la famille et de la jeunesse*, JCP éd G. 1968 I, p. 2201.

ALMAIRAC Georges, *Des conflits familiaux et de leur solution dans notre droit actuel*, Gaz. Pal. 21 avril 1973, p. 214.

ALT-MAES Françoise, *Le discernement et la parole du mineur en justice*, JCP, éd. G. 1996, I, n° 3913.

AMRANI-MEKKI Soraya, *La déjudiciarisation*, Gaz. Pal., 05 juin 2008 n° 157, p. 2.

ANCEL Bruno,

— *L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions, le Règlement Bruxelles II bis*, Revue critique de droit international privé 2005, p. 569.

— *L'intérêt supérieur de l'enfant, entre paternalisme et autonomie*, LPA, 27 mars 2014 n° 62, p. 6.

ANDREU Lionel, *Vers un alignement du régime du Pacs sur celui du mariage ?*, Recueil Dalloz 2014, p. 968.

ATIAS Christian, LINOTTE Didier, *Le mythe de l'adaptation du droit au fait*, Recueil Dalloz Sirey, 1977, 35^{ème} Cahier, chronique 41, p. 251.

ATIAS Christian

— *A propos de la rétroactivité de la jurisprudence, Sur les revirements de jurisprudence*, RTD Civ. 2005, p. 298

— *D'une vaine discussion sur une image inconsistante, la jurisprudence en droit privé*, RTD Civ. 2007, p. 23.

— *L'introuvable question de droit*, RTD Civ. 2010, p. 243.

ATTIAS Dominique,

— *L'avocat d'enfants et l'audition de l'enfant devant le juge aux affaires familiales*, AJ fam. 2009, p. 330.

— *Les nouveaux droits de l'enfant sont-ils compatibles avec sa protection et ne mettent-ils pas en danger l'autorité parentale ?* LPA, 09 mars 2012 n° 50, p. 51

ATIBACK Aline, *Intérêt de l'enfant dans les procédures d'assistance éducative*, Dr. Fam., 2006, études n° 18, p. 4.

AUTEM Delphine,

— *La nouvelle physionomie de la délégation d'autorité parentale*, RJPF 2003, p. 6.

— *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.

— *La reconnaissance de la compétence exclusive du juge des enfants pour fixer les modalités des relations entre l'enfant placé et les tiers*, Cass. 1^{re} civ., 9 juin 2010, LPA, 31 mai 2011 n° 107, p. 6.

AVENA-ROBARDET Valérie,

— *Les beaux-parents aux oubliettes ?*, AJ. fam. 2009, p. 415.

— *Droit de la famille, les réformes à venir*, AJ fam. 2010, p. 58.

— *Incertitudes autour des nouvelles compétences du juge aux affaires familiales*, AJ fam. 2010, p. 102.

— *Nouveauté, la mesure judiciaire d'investigation éducative*, AJ fam. 2011 p. 126.

AYNÈS Laurent, *Le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, trop ou trop peu*, D. 2012, p. 2750.

BANDRAC Monique, *L'action en justice, droit fondamental*, in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mél. R. PERROT, Édition Dalloz, 1995, p. 1.

BARIBIER Geoffrey, *La pratique bordelaise de l'audition de l'enfant*, AJ. fam. 2012,

p. 498.

BARRIÈRE Claude-Philippe, *Les compétences territoriales et d'attribution du conciliateur de justice*, Gaz. Pal, 15 septembre 2004, p. 7.

BARRIÈRE-BROUSSE Isabelle,

— *L'enfant et les conventions internationales*, Journal du droit international, n° 4, octobre 1996, p. 848.

— *Le nouveau droit international privé des incapacités et la loi du 5 mars 2007*, Droit de la famille, n° 2, février 2009, p. 15.

— *La vie du couple du majeur protégé*, Revue Lamy droit civil, n° 83, juin 2011, p. 74.

BATIFFOL Henri, *Existence et spécificité du droit de la famille*, ARSP, n° 20, 1975, p. 7.

BATTEUR Annick,

— *L'interdit de l'inceste, Principe fondateur du droit de la famille*, RTD Civ. 2000 p. 759

— *Recherche sur les fondements de la filiation depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005*, LPA, 19 juin 2007 n° 122, P. 6

— *L'obligation alimentaire, d'entretien et d'éducation de l'enfant à l'épreuve de la filiation et de l'autorité parentale*, LPA, 24 juin 2010 n° 125, p. 30

BAUDOIN Jean-Marie, *La collégialité est-elle une garantie de sûreté des jugements ?*, RTD Civ. 1922, p. 532.

BAZIN Éric,

— *Les nouveaux pouvoirs du juge aux affaires familiales en matières de violences au sein des couples*, JCP, éd. G n° 39, 27 septembre 2010.

— *La fidélité dans les couples*, Gaz. Pal., 23 février 2012 n° 54, P. 9.

— *De l'audition du mineur dans les procédures relatives à l'autorité parentale*, Gaz. Pal., 19 juillet 2014 n° 200, P. 9

BEAUDOUIN Christophe, *La loi française peut-elle contribuer au renversement du consensus européen ?*, AJ famille juin 2013, p. 366.

BEIGNIER Bernard,

— *Le divorce, le juge, l'avocat et le notaire*, Droit de la famille, n° 4, avril 2008, étude 12, p. 28.

— *A chacun son couple, à chacun son droit*, Droit de la famille, n° 7, Juillet 2010, entretien 1, p. 11.

— *L'apparence du mariage*, Dr. Famille., Repère, mai 2010, p. 1.

BELVAL(De) Bertrand, *Petite réflexion sur le développement des modes alternatifs de règlement des litiges par rapport au droit*, Gaz. Pal. 8 mai 2012, n° 129, p. 11.

BÉNABENT Alain, *La justesse par le verbe*, Jean CARBONNIER, Recueil Dalloz 2010 p. 2443

BÉNABENT Alain, SIEKLUCKI Jean-Michel, *La preuve dans le droit de la famille*, JCP éd. G, 28 septembre 1995, p. 3.

BENALCAZAR (de) Isabelle, *Une nouvelle filiation, l'homoparentalité*, Gaz. Pal., 10 décembre 2020, p. 18.

BENHAMOU Yves,

— *Réflexions en vue d'une meilleure défense en justice de l'enfant*, Recueil Dalloz 1993 p. 103.

— *Plaidoyer pour le retour en grâce des juges*, Recueil Dalloz 2009, p. 1040.

BENICHOU David, *Internet et la famille, pour le meilleur ou pour le pire*, Actualité Juridique Famille 2008, p. 194.

BENICHOU Michel, *Quelles familles pour demain*, Gaz. Pal., 30 octobre 202, p. 39.

BENMBAREK Kenza, COCHEZ Caroline, *Regard actuel sur les fiançailles et la promesse de mariage*, LPA, 20 décembre 2007, n° 254, p. 10.

BENSIMON Stephen, *La médiation*, AJ fam. juin 2010, p. 258.

BÉRARD Anne, *Interview, Accords en matière familiale*, AJ fam. juin 2010, p. 267.

BERDEAUX-GACOGNE Florent, *La discrète reconnaissance du « parent social »*, AJ famille juin 2013, p. 346.

BERNARD-XÉMARD Clara,

— *Les concubins se passent de la loi, mais ils peuvent avoir besoin du juge*, Revue Lamy droit civil, mai 2009, p. 37.

— *Quand le droit des obligations ébranle les obligations du mariage*, Revue Lamy droit civil, juin 2012, p. 3.

— *La famille homosexuelle en Europe*, Revue Lamy droit civil, novembre 2012, p. 59.

BICHERON Frédéric, *L'illicéité de la preuve en droit de la famille*, in Mélanges en l'honneur de Gérard CHAMPENOIS, *Liber Amicorum*, Lextenso édition, p. 123.

BIGOT Josiane,

— *L'accès à la justice des mineurs*, Actualité Juridique Famille 2003, p. 376.

— *Les droits de l'enfant, la vision du Conseil de l'Europe*, LPA 9 mars 2012, n° 50, p. 21.

BIGOT Josiane, SHAUDER Claude, *Les dangers de l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales*, AJ. fam. 2009, p. 324.

BLÉRY Corinne,

— *L'impartialité du juge, entre apparence et réalité*, Recueil Dalloz 2001 p. 242.

— *Plaidoyer pour une simplification des règles internes de compétence en matière judiciaire*, Procédures, n° 3, mars 2008, p. 7-10.

— *Rapport Magendie, propositions pour un nouvel office des parties du juge*, Procédures, n° 8, août 2008, p. 2.

— *Loi de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, aspects d'organisation judiciaire du contentieux familial*, Procédures 2009, p. 38.

BOISMAIN Corinne, *Le refus non justifié par l'intérêt de la famille de l'article 217 du Code civil et les juges du fond*, LPA, 11 septembre 2013, p. 4.

BONFILS Philippe, *Justice pénale des mineurs délinquants et répartition des compétences*, Actualité Juridique Famille 2009, p. 481.

BONNET Vincent, *Co-maternité, entre désir et réalité*, Recueil Dalloz 2011, p. 1060.

BOULANGER David,

— *Droit patrimonial du couple et contractualisation*, LPA, 20 décembre 2007, n° 254, p. 34.

— *Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ?*, JCP éd. G. 1993, I, 3665.

BOULENOUAR AZZEMOU M, *Recueil légal (kafala) et droit(s) positif(s)*, Dr. fam. 2009, étude n° 3.

BOURGUES-HABIF Catherine, *Fonctionnement du droit collaboratif, la négociation raisonnée et l'écoute active*, AJ fam. juin 2010, p. 259.

BRAZIER Marcel,

— *Réflexions et propositions sur l'actuelle procédure de divorce*, Gaz. Pal., 18 février 1997, p. 2.

— *Réforme du divorce, Améliorer ou trahir la loi de 1975*, Gaz. Pal. 6 juin 1999, p. 8.

— *Le nouveau divorce, l'échec conjugal sans faute*, Gaz. Pal. 17 février 2002, p. 2.

BRIAND Luc,

— *Le juge peut-il fixer certaines modalités d'exercice de l'autorité parentale ?*, AJ fam. 2010, p. 179.

— *La question prioritaire de constitutionnalité devant le juge aux affaires familiales*, AJ fam. 2010, p. 127.

— *Résidence alternée et conflit parental*, AJ famille 2011, p. 570.

BRIDGE Christine, *Le nouveau droit communautaire du divorce, favor divorti et risques d'insécurité juridique*, Revue Lamy droit civil, février 2013, p. 37.

BRUGGEMAN Maryline,

— *La parole portée en justice, un nouveau droit de l'enfant ?*, RTD sanit. soc. 2006, p. 349.

— *L'administrateur ad hoc, reddition sans condition de la Cour de cassation*, Dr. fam. 2006, p. 28

— *Procédure familiale, une coopération nouvelle entre les juges du mineur ?* Droit de la famille n° 5, mai 2009, alerte 39, p. 65.

— *Adaptation de la procédure aux transferts de compétence en matière de protection juridique des mineurs et des majeurs*, Droit de la famille n° 2, février 2010, alerte 10, p. 12.

— *Procédure familiale, un allègement partiellement constitutionnel*, Droit de la famille n° 1, janvier 2012, alerte 4, p. 41.

BRUNETTI-PONS Clotilde,

— *L'émergence d'une notion de couple civil*, RTD. Civ janvier 1999. p. 27.

— *Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille*, Droit de la famille, mai 2003, p. 10.

— *Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille, deuxième partie*, Droit de la famille, juin 2003, p. 4.

— *La distinction de l'homme et de la femme, approche pluridisciplinaire*, Revue de la recherche juridique, droit prospectif, janvier 2004, p. 589.

— *L'intérêt supérieur de l'enfant, une définition possible ?*, Revue Lamy droit civil, novembre 2011, p. 27.

— *La proposition de loi « Autorité parentale et intérêt de l'enfant »*, Gaz. Pal. 30 octobre 2014, n° 303, p. 5

BRUNETTI-PONS Clotilde, FASQUELLE Daniel, *Pour la protection des personnes dans l'âge fragile et vulnérable de l'enfance et de l'adolescence*, Droit de la famille n° 4, avril 2014, étude 5,

BRUSORIO-AILLAUD Marjorie,

— *Nouvelle physionomie du divorce*, La Semaine Juridique Edition notariale et immobilière n° 39, 24 septembre 2004, p. 1425.

— *Résidence de l'enfant, le juge aux affaires familiales peut la confier à un tiers mais ne peut pas être saisi par un tiers*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 19, 6 Mai 2009, II 10076.

— *Chronique de droit du divorce-Décembre 2012 (Précisions sur les pouvoirs et devoirs du juge aux affaires familiales)*, Lexbase Hebdo — Edition Privée Générale, décembre 2012, n° 509,

BUFFELAN-LANORE Yvaine, *Le mariage du droit canonique au droit contemporain*, in Mélanges Gérard CHAMPENOIS, Liber amicorum, Lextenso édition, p. 122.

BUTRUILLE-CARDEW Charlotte, *Le processus de droit collaboratif*, AJ fam. juin 2010, p. 254.

CADIET Loïc

— *A la recherche du juge de la famille*, in Familles et justice, MEULDERS-KLEIN (Dir) Bruylant et LGDJ 1997, p 235.

— *Les métamorphoses de la juridiction familiale*, in Mélanges en l'honneur de H.BLAISE, Travaux et recherches de l'Université de Rennes I, Paris, Economica, 1995, p. 33.

— (dir.) *Droit judiciaire privé*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 22, 30 Mai 2011, p. 666.

CALDERON-BRUNEAU Delphine, *La médiation familiale*, Dr. fam. 2011, prat. 1.

CARBONNIER Jean,

— *Le mariage par les œuvres ou la légitimité remontante dans l'article 197 du Code civil*, in Mélanges G. Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 255

— *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille*, in Les notions à contenu variable en droit, Perelman (C.) et Vander Elst (R.) (dir.), éd. Bruxelles. E. Bruylant, 1984, p. 99.

— *Terre et ciel dans le droit français du mariage*, in Études offertes à Georges Ripert, LGDJ, 1950, T. I, p. 325-345, reproduit dans Écrits, PUF, 2009, p. 202.

— *Le droit de la famille, état d'urgence*, JCP éd. G. Semaine Juridique, n° 50, décembre 1998, p. 2151.

CARON-DÉGLISE Anne,

— *La nouvelle juridiction des tutelles, entre scission et rattachement au réseau famille*, AJ Famille 2008, p.324.

— *La loi du 12 mai 2009 modifie les règles de procédure applicables au droit des personnes et de la famille*, RJPF juillet 2009, p. 12.

CASEY Jérôme,

— *Quelle formation en droit familial pour les juges ?* Gaz. Pal., 19 novembre 2011 n° 323,

p. 7

— *Liquidation et pouvoirs du JAF, une circulaire discrète mais ferme !*, Gaz. Pal., 11 septembre 2010 n° 254, p. 7

— *Quel avenir pour le mariage ?* Gaz. Pal., 15 septembre 2012 n° 259, p. 9

— *Qui veut la peau de la justice familiale ?*, Gaz. Pal., 24 août 2013, n° 236, p. 7.

CASEY Jérôme, MULON Élodie,

— *Pauvres juge aux affaires familiales*, Gaz. Pal., 11 septembre 2010 n° 254, p. 2

— *La justice familiale, une justice en mal de vivre...* Gaz. Pal., 05 février 2011 n° 36, p. 3

— *L'aléa judiciaire, un peu, mais pas trop..* Gaz. Pal., 28 mai 2011 n° 148, p.3

CATALA Pierre,

— *Les métamorphoses du droit de la famille, in 1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Paris, édition Dalloz, 2004, p.341.

CHABAULT-MARS Caroline, *A propos de la médiation familiale, vers une judiciarisation du dialogue ?* Recueil Dalloz 2012, p. 43

CHAMPENOIS Gérard,

— *Vincent ÉGÉA, La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, RTD Civ. 2011 p. 826.

— *L'adoption et la loi du 17 mai 2013*, *Deffrénois*, 15 juillet 2013, n° 13-14, p. 731.

CHABERT Cyril, *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois*, PUAM, 2001, p. 41.

CHAUVIN Francis, *Le juge administratif et la famille, Essai d'interprétation de la jurisprudence*, Mélanges Henri-Daniel COSNARD, Paris, Economica, 1990, p. 269.

CHÉNÉDÉ François,

— *Conformité de la faculté d'opposition au mariage du procureur de la République aux droits et libertés garantis par la Constitution*, AJ Famille juillet 2012, p. 466.

— *Le droit à l'épreuve des droits de l'homme*, in Mélanges Gérard CHAMPENOIS, *Liber amicorum*, Lextenso édition, p. 34.

— *La nouvelle leçon de démocratie du Conseil constitutionnel*, AJ famille 2013, p. 332

CHOPIN Michèle, CADARS BEAUFOUR Céline, *La résidence alternée, état du droit, bilan et jurisprudence*, AJ fam. 2010 p. 21.

COHENDET Marie-Anne, *Synthèse et conclusion*, in *Droit et pluralisme*, Bruylant, 2007, p. 371.

COMBRET Jacques, BAILLON-WIRTZ Nathalie, *Liquidation et partage après divorce, une réforme urgente s'impose*, Dr. famille 2013, étude 6.

COMMAILLE Jacques,

— *La justice familiale comme problème politique*, in *Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, Dir. MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, Bruxelles et Paris, édition Bruylant et LGDJ, 1997, p.68.

— *Les aspects sociologiques*, LPA, 01 octobre 1997 n° 118, p. 9-13.

— *Une sociologie politique du droit de la famille des référentiels en tension, émancipation, institution, protection*, in *Liber Amicorum Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN*, Droit comparé des personnes et de la famille, Bruylant, 1998, p. 83-102.

CORNELOUP Stéphane, *Les règles de compétence relatives à la responsabilité parentale*, in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dir. Henri FULCHIRON, Paris, édition Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, p. 69.

CORNU Gérard, *Les principes directeurs du procès civil par eux mêmes (fragments d'un état des questions)*, Études offertes à Pierre BELLET, 1991, p.83.

CORPART Isabelle,

— *Tutelle des mineurs, un régime exceptionnel et complexe*, AJ fam. 2010, p. 414.

— *La Cour de cassation élargit le pouvoir du juge de statuer sur le nom de l'enfant en cas d'établissement judiciaire d'un second lien de filiation*, Revue juridique personnes et familles, décembre 2010, p. 12.

— *Simplification et amélioration de la qualité du droit, le droit des personnes entre toilettage et modernisation*, Revue juridique personnes et familles 2011, p. 8.

— *Les revendications parentales des couples homosexuels, de l'homoparentalité à l'homoparenté*, RJPF 2012, p. 4.

— *Accueil d'une demande de changement de nom d'enfants nées à Haïti ayant bénéficié d'une adoption simple*, RJPF 2012 p. 11.

— *Le volet patrimonial de la protection des personnes vulnérables*, in *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité*, p. 5.

— *Transcription d'un acte d'état civil dressé à l'occasion d'une gestation pour autrui, avancée ou incongruité ?* RJPF 2012, p. 18.

— *Le Droit des personnes et des catastrophes à la croisée des chemins*, RISEO, octobre 2012, p. 38.

— *La controversé délivrance de certificats de nationalité aux enfants nés à l'étranger après une gestation pour autrui*, RJPF 2013, p. 31.

— *Le mariage pour tous et ses incidences sur le sort des enfants*, AJ famille juin 2013, p. 341.

— *Les familles recomposées en quête de repères*, AJ Famille septembre 2013, p. 5.

COSTA-LASCOUX Jacqueline, *Les familles multinationales*, LPA, 01 octobre 1997 n° 118, p. 18.

COUDOING Nadège, *Le rejet du tout biologique en matière de filiation*, répertoire du notariat Defrénois, 15 février 2012, p. 139.

COULON Jean-Marie, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, coll. « Les rapports officiels », Paris, La documentation française, 1997, p. 169.

COUSIN Anne, BUAT-MÉNARD Éloi, *Les créances entre concubins*, AJ fam. 2013, p. 47.

COUZIGOU-SUHAS Nathalie, LEVIER (le) Yves, *Les habilitations judiciaires entre époux, une figure libre d'assistance à la personne vulnérable à promouvoir*, AJF 2006, p. 198

CREBASSA Muriel, *L'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales et le juge des enfants*, AJ fam. 2009, p. 328.

CRESP Marie, *Le développement des marc en droit positif de la famille, prémices d'une*

privatisation de la justice familiale en droit prospectif ?, Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, n° 3, décembre 2012, p. 1445.

CRESENT Aurore, PICAL Tiphaine, REIN-LESCASTEREYRES Isabelle, ROBBE-PHAN Charlotte, *Le droit collaboratif de A à Z*, AJ fam. juin 2010, p. 260.

CROZE Hervé, *Autorité parentale et assistance éducative, naissance du défenseur des enfants*, Procédures, avril 2000, p. 10.

CROZE Hervé et NOURISSAT Cyril, *Le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile*, JCP édition G. 2004, actu. n° 459.

DÉCAMPS Jacqueline, *Le Ministère Public gardien des libertés en droit des personnes et de la famille*, Droit de la famille juin 2000, p. 7.

DEHARO Gaëlle, *Processus d'ensemble et sanction de la fraude, le cas de la gestation pour autrui*, Gaz. Pal. 24 octobre 2013, n° 297, p. 5.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise

— *Impressions de recherche sur les fautes causes de divorce*, D. 1985, Chr., p. 219.

— *Familles éclatées, familles reconstituées*, Recueil Dalloz, 1992, Chr. p. 133.

— *Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille*, RTD Civ. 1995 p. 249.

— *Couple et cohabitation*, in *La notion juridique de couple*, Dir. BRUNETTI-PONS (C.), Paris, édition Economica, 1998, coll. Etudes juridiques, vol. 4, p. 61.

— *A propos du pluralisme des couples et des familles*, LPA, 28 avril 1999, n° 84, p. 29.

— *Rénover le droit de la famille, Proposition pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport remis au Garde des Sceaux, Ministre de la justice, La Documentation Française, Paris, 1999

— *Codifier le droit de la famille ? in Le Code civil, Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2004, p. 219 et s., p. 226.

— *Présentation générale de la réforme du divorce, esprit de la loi* » Revue Lamy Droit Civil, Supplément au n° 13, Février 2005, p.63.

— *Modèles et normes en droit contemporain de la famille*, in *Mélanges Christian MOULY*, Litec, 1998, p. 280.

— *PACS et famille, Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé*, RTD Civ. Septembre 2001, p. 529.

— *Le lien parental*, LPA, 1^{er} juillet 2004, p. 70.

— *Le nouveau droit de la filiation, pas si simple !*, RLDC 11/2005, p. 34.

— *La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation*, in *Approche critique de la contractualisation*, Dir. CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.), Paris, édition LGDJ, 2007, coll. Droit et société ; recherches et travaux, p. 167.

— *La loi du 16 janvier 2009 sur la filiation, bien plus qu'une simple ratification !*, RLDC 03/2009, p. 37.

— *Réflexions critiques d'une juriste sur la « parentalité »*, in *Mélanges Jean Hauser*, Dalloz, 2012, p. 41.

— *L'actualité du droit de la famille*, Revue Lamy droit civil, supplément au n° 99, décembre 2012, p. 5. Actes des rencontres Lamy droit civil, Aix-en-Provence, 14 septembre 2012.

DEHARO Gaëlle, *Processus d'ensemble et sanction de la fraude, le cas de la gestation pour*

autrui, Gaz. Pal. 24 octobre 2013, n° 297, p.5.

DELECRAZ Yves, *Le régime patrimonial du PACS*, AJ. fam. 2004, p. 269.

DELMAS SAINT-HILAIRE Philippe,

— *Couples, patrimoine, les défis de la vie à deux*, Defrénois, 30 juin 2010 n° 12, p. 1319.

— *Reconstruire le couple autour de la trilogie, mariage, pacs, concubinage*, JCP éd. G., n° 24, juin 2010, p. 1224.

— *Les détournements intrafamiliaux de nature patrimoniale*, Droit et patrimoine, n° 209, décembre 2011, p. 44.

DEMARCHI Jean-Raphael, *Une justice familiale en mutation (Bilan de l'évolution législative relative à l'audition de l'enfant)*, LPA, 17 mars 2010 n° 54, p. 3.

DEPADT — SEBAG Valérie, *La situation juridique de l'enfant au sein des nouvelles configurations familiales*, LPA 9 mars 2012, n° 50, p. 26.

DESBOLIN Annick, *La médiation dans le processus de droit familial collaboratif*, AJ fam. juin 2010, p. 265.

DESLOGES Philippe, *La compétence du juge des enfants en matière de réglementation du droit de visite*, AJ Famille 2010, p. 530.

DESPRÉS Isabelle, *La compétence du juge aux affaires familiales, quelques problèmes de technique législative*, in *Études offertes au Doyen Philippe SIMLER*, Dalloz, 2006, p.85.

DERAIN Marie, *La mesure judiciaire d'investigation éducative et l'intérêt de l'enfant*, AJ. fam. 2013, p. 480.

DEVERS Alain,

— *Retour sur l'incompétence du JAF pour attribuer le droit aux prestations familiales*, Droit de la famille n° 1, Janvier 2010, comm. p. 11.

— *L'office du juge aux affaires familiales en matière matrimoniale*, Gaz. Pal., 6 janvier 2012, p. 37.

DOUCHY-OUDOT Méлина

— *L'arbre se juge à ses fruits... Réflexions à partir d'une actualisation en droit de la famille et en droit des personnes*, Revue de recherche juridique, droit prospectif, n° 1, janvier 2000, p. 25.

— *Ministère public, état civil et gestation pour le compte d'autrui*, Procédures n° 2, février 2009, p. 21.

— *L'audition de l'enfant en justice*, Procédures 2009, étude 7.

— *L'effectivité du droit de l'enfant à être entendu en droit positif*, LPA 7 octobre 2010, n° 200, p. 12.

— *Contentieux familial, janvier 2009— décembre 2009*, Recueil Dalloz 2010, p. 989.

— *L'autonomie du contentieux familial unifié par la procédure*, D. 2010. p. 989.

— *Espace judiciaire civil européen*, Revue trimestrielle de droit européen 2010, p. 421.

— *Nouvelle compétence du juge aux affaires familiales, l'ordonnance de protection*, Procédures 2010, alerte 37.

— *Activité judiciaire en matière familiale*, Procédures n° 1, Janvier 2011, comm. 16.

— *Convention de procédure participative*, Procédures n° 3, Mars 2011, comm. 99

- *Contentieux familial, janvier 2011— décembre 2011*, Recueil Dalloz 2012, p. 1033.
- *Aménagement des règles procédurales*, Procédures n° 2, Février 2012, comm. 43
- *Pouvoirs du juge du divorce*, Procédures n° 1, janvier 2013, p. 25.
- *Filiation, action en contestation de paternité exercée par le ministère public*, Procédures n° 11, Novembre 2013, comm. 315.
- *Le lien familial en dehors du droit civil de la famille – La procédure civile*, in *Le lien familial hors du droit civil de ma famille*, (dir.) Ingrid MARIA et Michel FARGE, Institut Universitaire Varenne, 2014, p. 131.
- *L'office du juge dans le contentieux familial*, Procédures n° 1, Janvier 2015, dossier 4.

DREIFFUS-NETTER Frédérique, *Adoption ou assistance médicale à la procréation, quelles familles ?*, Recueil Dalloz 1998, p. 100.

DURAND Édouard,

- *Autorité parentale entre parents désunis, des propositions pour améliorer les prérogatives du père*, Dr. fam. 2012, alerte 64.
- *Brèves observations d'un juge des enfants sur les quarante propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui*, Droit de la famille n° 9, septembre 2014, dossier 7, p. 31

ÉGÉA Vincent,

- *L'impératif en droit de la famille*, Revue de la recherche juridique, droit prospectif, 2004/02, p. 651.
- *De quelques précisions relatives au droit de l'enfant de s'exprimer dans la procédure*, Recueil Dalloz Sirey, 07/2005, p. 1909.
- *L'essor de la médiation familiale, un modèle pour les modes alternatifs de règlement des conflits*, revue Lamy droit civil, 12/2011, p. 53.
- *Un an de droit procédural*, Dr. Famille 2013, chron. 1, spéc. n° 10.
- *La protection de l'enfance bientôt réformée*, Proposition de loi, Sénat, n° 799, 11 septembre 2014, Droit de la famille, n° 11, novembre 2014, alerte 51.

ELIACHEFF Caroline, HUERRE Patrice, *Le juge aux affaires familiales et l'enfant*, AJ fam. 2009, p. 323.

EUDIER Frédérique,

- *Seul le juge aux affaires familiales peut statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la résidence de l'enfant*, RJPF n° 2, février 2008, p. 25.
- *Le juge aux affaires familiales, juge des référés*, RJPF n° 2, février 2010, p. 26.
- *Le suivi des enfants en danger par la transmission des informations*, RJPF n° 5, mai 2012, p. 25
- *Fixation par le juge de l'exercice du droit de visite ou des modalités de la remise de l'enfant dans un espace de rencontre*, RJPF, janvier 2013, p. 3.

FABRE-MAGNAN Muriel,

- *Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant, à propos de la gestation pour autrui*, Recueil Dalloz, 2015, p. 224.

FAIVRE Raphaële, *Vulnérabilité et ordre public matrimonial*, in *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité*, Bruylant 2011.

FARGE Michel,

- *L'adoption simple de l'enfant de la concubine de même sexe n'est pas contraire à l'ordre public international français*, Droit de la famille, septembre 2010, p. 42.
- *Les jumelles Mennesson issues d'une gestation pour autrui, quand la promotion internationale de l'ordre public français aboutit à une situation boiteuse inadmissible*, Droit de la famille, septembre 2010, p. 23.
- *La prorogation de compétence du juge du divorce pour statuer sur le sort de l'enfant, illustration de la limite fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant*, Droit de la famille n° 5, mai 2011, comm. 85.

FASQUELLE Daniel, et Clotilde BRUNETTI-PONS, *Pour la protection des personnes dans l'âge fragile et vulnérable de l'enfance et de l'adolescence*, Droit de la famille n° 4, Avril 2014, étude 5.

FENOUILLET Dominique,

- *La suppression du divorce pour faute ou feu le pluralisme en droit de la famille !*, AJ fam. 2001, p. 82.
- *La fin des bonnes mœurs et l'ordre public philanthropique*, in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle, études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 487 et s.
- *Le droit civil de la famille hors du Code civil*, LPA, 21 septembre 2005, n° 188, p. 3.
- *Le détournement de l'institution familiale*, in *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de Philippe MALAURIE*, Paris, édition Defrénois, 2006, p. 237.
- *Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ?*, LPA, 24 février 2010 n° 39, P. 7.

FONTAINE Lauréline, *Le pluralisme comme théorie des normes*, in *Droit et pluralisme*, Bruylant, 2007, p. 34.

FOSSIER Thierry et D. GUIHAL, *Un exemple de l'activité civile des parquets, la protection des majeurs*, JCP 1990. I. p. 3439.

FOSSIER Thierry,

- *Le réseau famille*, AJ fam. 2008, p. 319.
- *La loi du 5 mars 2007, une véritable réforme*, LPA, 4 novembre 2010, p. 5-9.
- *Protection juridique des mineurs et des majeurs, à propos du décret du 5 décembre 2008 modifiant le Code de procédure civile*, JCP 2008. Actu. 732.

FRAISSINIER Virginie, *L'intérêt de la famille, une notion « standard » à contenu variable*, LPA, 28 décembre 2007 n° 260, p. 4

FRANCOZ-TERMINAL Laurence, *Le nouveau régime de l'audition en justice de l'enfant concerné par une procédure judiciaire*, Droit de la famille n° 9, Septembre 2009, étude 30.

FRÉMEAUX Sandrine, *Les notions indéterminées du droit de la famille*, RRJ, 1998-3, p. 865.

FRICERO Natalie

- *Rendre la justice civile plus lisible et plus proche du justiciable, l'adapter aux évolutions de la société*, JCP éd. G. 2008, I, 162.
- *Accord des parties, homologation, octroi de la force exécutoire, quel rôle pour le juge ?*, Revue juridique Personnes et famille, janvier 2010, p. 8.
- *Protection des victimes de violences au sein des couples, le cadre procédural*, Revue juridique Personnes et famille novembre 2010, p. 8.

- *Le décret du 20 janvier 2012, vers une résolution thérapeutique des contentieux familiaux par la procédure participative assistée par avocat*, AJ fam. Février 2012, p. 66.
- *Les procédures judiciaires*, Gazette du palais, 24 mars 2012, n° 84, p. 13.
- La convention de procédure participative appliquée au contentieux familial, in *Les transformations du contentieux familial*, p. 75.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, *Les offices du juge*, Écrits à Jean Foyer, Mélanges Jean Foyer, édition PUF 1997, p. 463.

FRYDMAN René, *Les procréations médicalement assistées (PMA) face à la diversité des demandes*, in Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte Rose « La diversité du droit » (dir) Catherine PUIGELIER, p. 539.

FULCHIRON Hugues,

- *L'exercice de l'autorité parentale en cas de décès d'un des parents*, JCP éd. G. 1990, I, p. 3452.
- *Mariage couple et différence des sexes, une question de discrimination ?*, *Des concubinages — Droit interne, droit international, et droit comparé*, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 29.
- *Quel avenir pour la pacs*, Defrénois 2005, p. 1286.
- *Existe-t-il un modèle familial européen ?*, Defrénois 2005, p. 1461 et s.
- *Du couple homosexuel à la famille monosexuée ? Réflexions sur l'homoparentalité*, AJ fam. 2006, p. 392.
- *Vers un divorce sans juge*, Recueil Dalloz 2008, p.365
- *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité, métamorphose ou rupture ?*, in *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009.
- *Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ?*, *Statut des tiers et/ou statut des familles homosexuelles*, LPA 24 fév. 2010, n° 39, p. 17
- *Le partenariat est-il soluble dans le mariage (et réciproquement) ?*, in Mélanges J. Hauser, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 125
- *Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013*, JCP éd. G. 2013, octobre 658.
- *La reconnaissance de la famille « homosexuelle », étude d'impact*, D. 2013, p. 100.

FULCHIRON Hugues, MALAURIE Philippe, *Evolution du droit français de la famille*, Répertoire du notariat Defrénois, 15 juillet 2009 n° 13, p. 1347.

G'SELL-MACREZ Florence, *Vers la justice participative ? Pour une négociation « à l'ombre du droit »*, Recueil Dalloz p. 2450.

GABORIAU Simone,

- *Ombre et lumières*, AJ fam. 2008, p. 334 et s.
- *Déjudiciarisation et administration de la justice Promouvoir la « juridiversité »*, LPA, 14 juin 2012 n° 119, p. 3-25.

GAC-PECH (le) Sophie, *Halte aux bouleversements du droit de la famille*, RJPF n° 11, novembre 2012, p. 52.

GALLMEISTER Ines,

— *Le principe de coparentalité*, AJ. fam. 2009, p. 148. — Enlèvement international d'enfant, exécution de l'ordre de retour, D. 2010, p. 2062.
— *Gestation pour autrui, transcription de l'état civil et conséquences sur la filiation*, Dalloz actualité, 17 septembre 2013.

GANANCIA Danièle,

— *Justice et médiation familiale, Un partenariat au service de la co-parentalité*, Gaz. Pal. n° 189, 8 juillet 1999, p. 2.
— *La justice familiale dans l'air du temps*, Gaz. Pal. n° 143, 23 mai 2001, p. 3.
— *Enfin un divorce du XXIème siècle*, Gaz. Pal. n° 322, 18 novembre 2001, p. 2.
— *L'audition de l'enfant et la médiation Pour une place nouvelle de l'enfant dans le processus de médiation familiale*, AJ fam. 2009, p. 333.
— *Le juge écartelé dans les séparations conflictuelles*, AJ Famille 2013, p. 264.

GARAPON Antoine,

— *La question du juge*, Revue Pouvoirs 1995, n° 74, p. 13.
— *Comment sortir de la « crise » de la justice familiale ? in Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, Dir. MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, Bruxelles et Paris, édition Bruylant et LGDJ, 1997, p.60.

GARAUD Éric, *L'arrêt et l'après « Mazurek », dix ans de jurisprudence*, LPA, 08 décembre 2010 n° 244, p. 3.

GARÉ Thierry,

— *La réforme du divorce, entre innovations et droit constant*, RJPF mai 2004, n° 5, p. 6.
— *L'homoparentalité dans tous ses états...*, Revue juridique personnes et familles, octobre 2010, p. 23.
— *Compétence et pouvoirs du TGI en matière d'attribution du nom de l'enfant*, RJPF, janvier 2011, n° 1, p. 30.
— *Le juge aux affaires familiales ayant statué sur les mesures provisoires dans le cadre d'un divorce peut siéger dans la formation d'appel statuant sur le fond*, RJPF mars 2011 n° 3, p. 24.
— *Les modifications apportées au droit de la famille par la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011, relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles*, in Mélanges Jean Hauser, Dalloz 2012, p. 139.

GAUDEMET-TALLON Hélène,

— *De quelques paradoxes en matière de droit de la famille*, Revue trimestrielle de droit civil, 1981, p. 719.
— *Le pluralisme en droit international privé, richesses et faiblesses. (Le funambule et l'arc-en-ciel)*, Recueil des cours -Académie de droit international de La Haye, n° 312, janvier 2006 p. 13.

GAUMONT-PRAT Hélène, *L'intérêt de l'enfant et l'évolution du droit de l'autorité parentale. Diversité ou unicité en droit comparé*, in Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose, La diversité du droit, (dir) Catherine Puigelier, p. 555.

GEBLER Laurent

— *L'enfant et ses juges, approche transversale des procédures familiales*, AJ fam. 2007, p. 390.

- *Approches comparées des procédures familiales impliquant l'enfant mineur, juge aux affaires familiales, juge des enfants et juge des tutelles*, AJ fam. 2009, p.392.
— *L'impartialité du juge des enfants remise en question*, AJ fam. 2011, p. 391.

GENIN Régine, *L'enchevêtrement des compétences judiciaires en droit familial*, Annales Université Jean Moulin, Lyon III, 1979, Tome II, p. 15.

GERNEZ Véronique, *Pour un statut matrimonial unifié, libre, égal et solidaire pour tous*, Droit et patrimoine, février 1999, doct. p. 95.

GOUËZEL Antoine, *Les actions en contestation de filiation, nouveau champ d'intervention pour l'intérêt supérieur de l'enfant ?* Droit de la famille n° 4, Avril 2014, étude 6.

GOUTTENOIRE Adeline

- *Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Droit de la famille n° 5, Mai 2008, Étude 14
— *Enfance et justice, les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires*, Droit de la famille n° 7, juillet 2006, Étude 29.
— *La Convention internationale des droits de l'enfant a, enfin, trouvé grâce, aux yeux de la Cour de cassation !*, Dr. famille. 2005, comm. 156
— *L'enfant dans les procédures judiciaires, un statut en devenir*, AJ fam. 2003 p. 368.
— *Les nouvelles procédures de divorce (1)*, Defrénois n° 07/05, article 38137, p 547.
— *Le statut juridique de l'enfant*, Revue Lamy droit civil, 2011, n° 80 supplément.
— *La capacité usuelle du mineur*, Mélanges Jean Hauser, Lexis-Nexis, 2012. p. 163.

GOUTTENOIRE Adeline, BONFILS Philippe,

- *Droit de l'enfant*, D. 2008, p. 1854.
— *Droit de l'enfant*, D. 2009, p. 1918.
— *Droit de l'enfant*, D. 2010, p. 1904.
— *Droit des mineurs*, D. 2011, p. 1995.
— *Droit des mineurs*, D. 2012, p. 2277.
— *Droit des mineurs*, D. 2013, p. 2073.
— *Droits des mineurs*, D. 2014 p. 1787.

GOUTTENOIRE Adeline, MURAT Pierre,

- *L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant*, Dr. fam. n° 1, Janvier 2003, chron. 1.

GOUTTENOIRE Adeline, VÖLKER Marc, *La parole de l'enfant dans le règlement de Bruxelles II bis*, AJ. fam. 2005, p. 266.

GRANET-LAMBRECHTS Frédérique

- *Invitation au droit comparé de la famille, in Liber Amicorum Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN*, Droit comparé des personnes et de la famille, Bruylant, 1998, p. 297.
— *Convention de mère porteuse et filiation*, Recueil Dalloz 2002, p. 2902.
— *Ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation, les modifications*, AJ Famille 2009 p. 76.

GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, HAUSER Jean, *Le nouveau droit de la filiation*, Recueil Dalloz 2006, p. 17.

GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, HILT Patrice, Les incidences sur l'état civil des époux de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, *AJ famille* juin 2013, p. 333.

GRIDEL Jean-Pierre,

— *Le juge aux affaires familiales*, in *Les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux ?* Dalloz, thèmes et commentaires, 1996, p. 53.

— *Regards sur le juge aux affaires familiales*, in *Études offertes à Pierre CATALA*, *Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Litec, 2001, p. 207.

GROSLIERE Jean-Claude, *Le juge aux affaires matrimoniales (ou l'homme-orchestre du divorce)*, D. 1976, chron. p. 73.

GUEVEL Didier, *La famille incestueuse*, *Gaz. Pal.* 2004, n° 290, p. 2.

GUINCHARD Serge, *L'évitement du juge civil*, in *Les transformations de la régulation juridique*, G. Martin (dir.), LGDJ 1998, *Droit et société*, p. 221.

HAFTEL Bernard, *Gestation pour autrui*, éclairage de droit international privé, *AJ fam.* 2011 p. 265.

HAMADI Hakim, *Le statut européen de l'enfant*, in *Le droit et les droits de l'enfant*, L'Harmattan, coll. « Champs libres », 2005, p. 161.

HAOULIA Naima, *Un enfant nommé désir*, réflexions sur les enjeux et risques de l'affirmation d'un droit à l'enfant, *LPA*, 11 octobre 2013, n° 204, p. 7.

HAUSER Jean

— *Vers une théorie générale du droit familial ?* Recueil Dalloz, 1991, p.56.

— *Autorité parentale et représentation de l'enfant en justice*, *RTD Civ.* 1992, p. 749.

— *Le contentieux familial en France, la forme et le fond*, in *Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, (Actes du Congrès International organisé par le centre de Droit de la Famille de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, 5-8 juillet 1994) Dir. MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, Bruxelles et Paris, édition Bruylant et LGDJ, 1997, p. 28-48.

juillet 1994

— *Obligations des juges du fond, bis repetita*. *RTD Civ.* 1994, p. 331.

— *La représentation, l'intervention et l'audition du mineur devant les juridictions*, *RTD Civ.* 1996, p. 597.

— *Un nouveau-né, l'enfant conventionnel ?*, D 1996, p. 182.

— *La famille, le temps et la durée*, in *Annales de droit de Louvain*, vol. 59, Bruylant, 1999, n° 1-2, p. 191.

— *Le juge homologateur en droit de la famille*, in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends* (Dir. P. ANCEL et M.-C. RIVIER), édition Economica, 2001, coll. *Études juridiques*, t. 10 p. 114-127.

— *Rapport de synthèse en droit français*, in *Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié ? Droit français, droit belge* (dir..) J. Hauser et J.-L. Renchon, Bruylant, LGDJ, 2005, p. 540.

— *La loi, le juge et la volonté dans les réformes du droit de la famille*, in *Études offertes au Doyen Philippe SIMLER*, Dalloz, 2006, p. 155.

— *Retrait de l'autorité parentale*, *RTD civ.* 2007, p. 328.

- *Le droit de l'enfance n'existe pas !*, RTD Civ. 2008, p. 289.
- *Rapport de synthèse*, in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, p. 251 et s.
- *Assistance éducative et droit de visite, la guerre des juges pourrait reprendre !* RTD Civ. 2010, p. 546.
- *Le référé parental, ne pas confondre saisine en la forme des référés et juridiction des référés*, RTD Civ. 2010, p. 97.
- *Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille*, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 16.
- *Les limites d'ordre public*, AJ fam. 2011, p. 292.
- *Mariage et curatelle, concilier protection et liberté ? L'article 460 nouveau du Code civil est constitutionnel*, RTD Civ. 2012 p. 510.
- *Les bornes de la personnalité juridique en droit civil*, Droit de la famille n° 9, Septembre 2012,
- *La guerre des super-juges n'aura pas lieu, adoption, autorité parentale conjointe, et couple homosexuel*, note sous Cour européenne des droits de l'homme, 15 mars 2012, n° 25951/07, Aff. Gas et Dubois/France, RTD Civ. 2012, p.306.
- *L'accord forcé des parents et la démission du juge*, RTD Civ. 2013, p. 591.
- *L'externalisation de la fabrique des enfants*, JCP éd. G., 6 octobre 2014, n° 41, p. 1773.

HAUSER Jean, LEMLOULAND Jean-Jacques, *Ordre public et bonnes mœurs*, Répertoire civil Dalloz, 1993.

HONHON Yves, *Regard sur vingt ans d'application de la Convention internationale des droits de l'enfant par les juridictions françaises*, Lamy droit civil RLDC, n° 67, Janvier 2010, p. 39.

HUBERT Louis-Denis, *Opposabilité en France des décisions étrangères d'adoption, le rôle du parquet*, AJF janvier 12, p. 14.

JULIA Guilhem, *QPC en droit de la famille, l'effectivité emporte-t-elle efficacité ?* in *Mélange à la mémoire de Patrick COURBE*, Le droit entre tradition et modernité, p. 327.

JUSTON Marc,

- *La médiation familiale, une impérieuse nécessité dans les tribunaux*, Gaz. Pal, 26 septembre 2004, p. 2.
- *La médiation dans le contentieux familial, un changement de culture judiciaire*, Gaz. Pal, 28 décembre 2005, p. 2.
- *La pratique des droits de l'enfant devant le juge aux affaires familiales*, Les cahiers de justice, janvier 2007, p. 287.
- *Une médiation familiale peut-elle être imposée au titre du principe de précaution ?* Gaz. Pal. 27 juillet 2007, p. 6.
- *Divorce par consentement mutuel, l'avis d'un juge aux affaires familiales*, Gaz. Pal., 4 janvier 2008, p. 2.
- *L'intérêt de la médiation familiale pour l'enfant*, Droit de la famille, mars 2008, p. 12-16.
- *Le juge aux affaires familiales et l'évolution de la famille, nouvelles lois, nouvelles pratiques ?* Gaz. Pal., 24 mars 2008, p. 2.
- *Les enfants peuvent-ils faire la loi ou dire leurs besoins ?* AJ fam. 2009 p. 320.
- *La médiation, du principe à la réalité*, Gazette du palais, 31 juillet 2008 n° 213, p. 2.

- *Le juge aux affaires familiales, garant de la liberté et de l'altérité*, Gaz. Pal., 16 avril 2009 n° 106, p. 11.
- *L'aléa dans le contentieux de la famille est-il une fatalité ?* Droit de la famille, janvier 2010, p. 15.
- *Et si le juge aux affaires familiales et les avocats se saisissaient réellement de la médiation familiale dans l'intérêt des enfants et des couples qui se séparent ?* Gaz. Pal., 21 novembre 2012, p. 326.
- *La parole de l'enfant devant le juge aux affaires familiales, enfant-roi, enfant proie*, Gaz. Pal. 15 mars 2013, p. 11.

JUSTON Marc, COMBA Ghylaine, *Pratique de la médiation familiale*, AJ fam., Novembre 2005, p. 399.

KAN-BALIVET Chanméta, *Le juge aux affaires familiales*, JurisClasseur Procédures Formulaire, V° Juge aux affaires familiales, Cote, 01,2012, Fascicule 10.

KIMMEL-AICOVER Anne, *Les détournements de l'adoption*, in Parents de sang, Parents adoptifs. Approche juridique et anthropologique de l'adoption [France, Europe, USA, Canada], (dir.) A. FINE et C. Neirinck, vol. 29, coll. Droit et société, LGDJ, 2000.

KROSS Jean-Claude,

- Familles éclatées, procédures dispersées, Gaz. Pal. 1991. 2, doct. p. 756.
- De l'homme orchestre au virtuose ? Ou les impressions subjectives de la lecture de la loi du 8 janvier 1993, Gaz. Pal. 1993. 2, doct. p. 1154.

JALLAMION Carine, Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire, Gaz. Pal. 17 janvier 2009, n° 17, p. 3.

LABBÉE Xavier

- *Le droit du couple à l'heure de la déjudiciarisation*, AJ fam. 2008, p. 112.
- *Le couple en crise*, LPA, 20 décembre 2007 n° 254, p. 23.
- Pacte civil de solidarité et concubinage, quelques formules pour le juge aux affaires familiales, AJ fam. mars 2010, p. 108.
- *Le mariage homosexuel et l'union civile*, JCP éd. G. 2012, doct. 977.
- *Le mariage homosexuel est-il ouvert aux mineurs ?*, LPA, 30 janvier 2013, p. 7.

LABRUSSE-RIOU Catherine,

- *Les actions en justice intentées par un époux contre son conjoint*, *Revue international de droit comparé*, 1967, p. 431.
- *Le Juge et la loi, de leurs rôles respectifs à propos du droit des personnes et de la famille*, in études offertes à R. Rodière, Dalloz, 1982, p. 151.
- *Le désinvestissement du législateur, le flou des références légales*, in *Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, (Actes du Congrès International organisé par le centre de Droit de la Famille de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, 5-8 juillet 1994) Dir. MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, Bruxelles et Paris, édition Bruylant et LGDJ, 1997, p. 28.

LAGARDE Xavier, *L'office du juge et l'ordre public de protection*, JCP éd. G. 2001, I, n° 312.

LALOUBERE Myriam, *La phase de la conciliation*, AJ fam., janvier 2005. p. 31.

LAMARCHE Marie,

— *La loi de simplification et de clarification du droit, le surréalisme législatif*, Dr. famille 2009, alerte 46.

— *Que restera-t-il du mariage ?*, Droit de la famille n° 11, novembre 2010, alerte 72.

LA MESTA Marianne, LEBORGNE Juliette, BARBÉ Élise, *Communication des pièces entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles*, AJ fam. 2009, p. 38.

LAPÉROU-SCHENEIDER Béatrice, PHILIPPE Catherine, *Parents, enfants et maltraitance*, AJ Famille 2013, p. 570.

LARRIBAU-TERNEYRE Virginie

— *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.

— *L'amélioration du pacs, un vrai contrat d'union civile*, Dr. Famille. 2007, étude n° 1.

— *Les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales, cadrage ou verrouillage ?* Droit de la famille n° 1, janvier 2011, étude 5.

— *La centralisation des contentieux, le nouveau bloc de compétences du juge aux affaires familiales*, in *Les transformations du contentieux familial*, (dir. Laura Weiller) PUAM, 2012, p. 45.

— *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*, Droit de la famille n° 9, septembre 2009, étude 29.

— *A propos de la question prioritaire de constitutionnalité*, Droit de la famille n° 6, juin 2010, étude 13.

— *Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale*, Droit de la famille n° 5, Mai 2012, étude 12.

LASSALLE Jean-Yves, *L'assistance éducative*, in *Mélanges Jean-Louis MOURALIS*, PU Aix-Marseille, 2011, p. 155.

LASSERRE-KIESOW Valérie, *L'ordre des sources ou Le renouvellement des sources du droit*, Recueil Dalloz 2006 p. 2279.

LEBORGNE Anne

— *Les décrets de procédure et la matière familiale*, Procédures 2006, étude 12.

— *Saisie immobilière et logement familial*, AJ. fam. octobre 2008, p. 380.

— *Quand la preuve de l'existence d'un mariage permet l'admission d'une action en déclaration de nationalité française par filiation*, RJPF novembre 2010, p. 20.

— *Droits indisponibles, conflit de lois et office du juge, la première Chambre civile rappelle « sa doctrine »*, RJPF octobre 2011, p. 19.

— *L'évolution du rôle du ministère public*, in *Les transformations du contentieux familial*, Colloque Kayser, Aix-en-Provence 4 février 2011.

— *Le mariage, hier et aujourd'hui, permanence ou métamorphose ?*, in *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Mouralis*, PU Aix-Marseille, 2011, p. 175.

— *L'opposition à mariage du ministère public est conforme à la Constitution*, RJPF juillet 2012, p. 24.

— *Réflexion sur la diversité des modes de conjugalité*, in *Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, La diversité du droit, (dir) Catherine Puigelier, p.675-698.

— *Marions-les, marions-les*, RJPF juin 2013, p. 6.

LE BOURSICOT Marie-Christine

— *La phase judiciaire de l'adoption*, Droit et patrimoine, n° 85, septembre 2000, p. 50.

— *Homoparentalité, la décision appartient désormais au législateur*, RJPF, décembre 2010, p. 23.

— *Semer n'est pas récolter, les déboires des géniteurs ayant recours à une « mère porteuse »*, RJPF novembre 2013, p. 6.

LECHARNY Bénédicte, *Le caractère obligatoire de la règle de conflit, l'office du juge aux affaires familiales*, Dr. fam. n° 11, novembre 2008, p.14.

LEMOULAND Jean-Jacques

— *Le pluralisme et le droit de la famille, post modernité ou pré-déclin ?* D. 1997, p. 133-137.

— *Le couple en droit civil*, Droit de la famille, juillet 2003, p. 11.

— *La loi du 26 mai 2004 relative au divorce*, » D. 2004, n° 26.

— *La filiation de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée, une question de temps*, Recueil Dalloz 2005, p. 2125.

— *Vers un droit commun de la formation des couples ?* LPA, décembre 2007, p. 13.

— *Droit des couples*, janvier 2010— janvier 2011, Recueil Dalloz Sirey 2011, p. 1040-1051.

— *La diversité du droit contemporain de la famille, un trompe-l'œil*, in *Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 729.

LEMOULAND Jean-Jacques, MURAT Pierre, *Détournements, abus et Cie en droit des personnes et de la famille, aspects de droit civil extrapatrimonial*, Droit et Patrimoine, décembre 2011, p. 52.

LEMOULAND Jean-Jacques, VIGNEAU Daniel, *Droit des couples*, janvier 2011— janvier 2012, Recueil Dalloz Sirey 2012, p. 971.

LEQUETTE Yves,

— *Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille*, in *Mélange Gérard Champenois*, Defrénois, 2012 p. 523.

— *Le droit est la semence des mœurs*, in *Le discours et le Code. Portalis, 2 siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004.

LEROYER Anne-Marie, Décret n° 2005-460 du 13 mai 2005 relatif aux compétences des juridictions civiles, à la procédure civile et à l'organisation judiciaire, RTD Civ. 2005, p. 662.

LESIGNE Gérald, *Le rôle du parquet dans la protection des personnes vulnérables*, AJ fam. 2014, p. 170.

LEVENEUR Laurent, *Le choix des mots en droit des personnes et de la famille*, in *Les mots de la loi*, Dir. MOLFESSIS (N.), édition Economica, 1999, coll. Etudes juridiques, vol. 5., p. 11.

LICHTENBERGER Christine, *Le droit de la famille collaboratif*, Gaz. Pal., 24 juillet 2007 n° 205, p. 10.

LIENHARD Claude,

- *Regards sur l'état actuel des procédures de divorce en France*, in *Le droit de la famille en Europe*, PU de Strasbourg, 1992, p. 97.
- *La nouvelle procédure de divorce*, AJ fam. 2004, p. 208.
- *La nouvelle procédure de droit commun devant le juge aux affaires familiales*, AJ fam. N° 2/2005, Février 2005, p. 58.
- *Le juge aux affaires familiales*, Répertoire procédure civile Dalloz, 1997, p. 45
- *Le développement et la diversification des modes alternatifs de règlement des litiges*, Gazette du palais, 24 mars 2012, n° 84, p. 24.

LIGOT Fabienne, *Justice négociée, le rôle conciliateur du juge et la médiation*, in *Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, (Actes du Congrès International organisé par le centre de Droit de la Famille de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, 5-8 juillet 1994) Dir. MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, Bruxelles et Paris, édition Bruylant et LGDJ, 1997, p. 400.

LOBE LOBAS Madeleine,

- *La prévention et la répression des violences commises au sein du couple ou contre les mineurs*, LPA. 13 juillet 2006. p. 5.
- *La protection des victimes de violences conjugales au regard de l'article 8 de la Convention européenne*, RJPF-2012-12/42. p. 38.

MAILLARD Christian, *La réforme sur le juge aux affaires familiales*, LPA 29 avril 1994, p. 551.

MAIZY Marie-Bénédicte, *Extension des attributions du juge aux affaires familiales et nécessaire réorganisation en juridiction*, AJ. fam. 2010, p.106.

MALAURIE Philippe,

- *Anthologie de la pensée juridique*, Defrénois, 30 novembre 1995, p.62.
- *Couple, procréation et parenté*, Recueil Dalloz 1998, p. 127.
- *La mythologie et le droit*, Defrénois, 15 août 2003 n° 15, p. 951.
- *La pensée juridique de Jean Carbonnier*, Defrénois, 30 novembre 2005 n° 22, p. 1755.
- *Autorité parentale et droits des tiers, un avant-projet patchwork*, JCP éd. G., n° 14, avril 2009, p. 3.
- *Le mariage à la française*, LPA, 29 juin 2009 n° 128, p. 6.
- *Le déclin du droit*, JCP éd. G., n° 52, décembre 2010, p. 2422.
- *Le mariage homosexuel et l'union civile*, JCP éd. G., n° 42, octobre 2012, p.1866.

MARCHAL Cécile, *La place de l'enfant dans les procédures familiales*, AJ fam. 2009, p.

MARTEL David, *Les exigences économiques dans l'évolution du droit des successions*, in *La réforme des successions et des libéralités par la loi du 23 juin 2006*, Coll. Du 15 décembre 2006, (Dir. DONNIER [J.-B.]), centre Pierre KAYSER (Dir. LEBORGNE [A.]), édition PUAM, 2007.

MARTIN-LASSEZ Josée, *L'intérêt supérieur de l'enfant. États généraux du droit de la famille*, Dr. Famille n° 1, janvier 2007, étude 4.

MARTIN Raymond, *Régimes matrimoniaux et contrat*, in *La contractualisation du droit de la famille*, Dir. FENOUILLET (D.) et DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), Paris, édition Economica, 2001, p. 185.

MASSIP Jacques,

— *Les modifications apportées au droit de la famille par la loi du 8 janvier 1993*, Gaz. Pal., 19-21 septembre 1993, p. 2-34, spéc. n° 44.

— *La loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation*, Rép. Def. 2009, p. 591.

— *Quelques remarques à propos de l'audition de l'enfant en justice (observations sur le décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 et sa circulaire d'application)*, Dr. fam. 2010, étude 22.

— *Les nouvelles attributions du juge aux affaires familiales en matière de régimes matrimoniaux et d'indivision*, JCP, éd. N n° 7, 18 février 2011, 1086.

MATHEY Nicolas, *Circulaire Taubira. Entre illusions et contradictions*, JCP, éd. G, Edition Générale n° 7, 11 Février 2013, 162.

MATOCQ Olivier, *Les accords et conventions dans le nouveau droit du divorce*, AJ fam., janvier 2006, p. 17.

MATTEOLI Anne, *Désignation du Tribunal d'instance pour l'attribution préférentielle du droit au bail en cas de dissolution du Pacs, une limite procédurale au droit commun des couples*, RJPF 2015, n° 6.

MAUGER-VIELPAU Laurence,

— *A propos de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce, une réforme enfin adoptée*, JCP éd. N., édition notariale et immobilière, juin 2004, p. 937.

— *Un pas de plus vers l'uniformisation des modes de conjugalité*, LEDF, 10 février 2010 n° 2, p. 1

— *Les nouvelles compétences du JAF en matière de régimes matrimoniaux et d'indivisions*, LEDF, 15 mars 2011 n° 3, p. 6.

MÉCARY Caroline, *Délégation-partage de l'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel, évolution jurisprudentielle*, AJ. fam. 2011, p. 604.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN Bérengère, *L'homologation judiciaire en droit de la famille*, in Mélanges Jean Hauser, Dalloz 2012, p. 373.

MESTRE Jacques, *De l'acte notarié à la photocopie*, obs. in RTD Civ. 1996, p. 174.

MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse,

— *La Personne, la famille et la loi au sortir du XX^e siècle*, in Journal des tribunaux, numéro du centenaire, Bruxelles, 1982.

— *L'autonomie judiciaire du contentieux familial – Identification et délimitation d'un besoin*, in XI^e journées d'études juridiques Jean Dabin, L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économiques, social et familial – Approche comparative, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 957.

— *État des personnes et ordre public de protection*, in Droit civil, procédure, linguistique juridique, écrits en hommage à G. Cornu, PUF, 1994, p. 317.

— *Le démariage consensuel*, RTD Civ. Juillet 1995, p. 559.

— *Famille et justice, à la recherche d'un modèle de justice*, in Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé, Dir. MEULDERS-KLEIN (M.-T.), Bruxelles et Paris, édition Bruylant et LGDJ, 1997, p. 603.

— *Égalité et non-discrimination en droit de la famille. Le rôle des juges*, RTDH octobre 2003, p. 1185.

— *La place des « accords » dans le règlement des conflits familiaux, Du jugement au contrat*, in Mélanges VAN COMPERNOLLE (J.) Bruxelles, édition Bruylant, 2004, p.410-432.

MILLARD Éric, *La problématique des intérêts familiaux en droit public*, Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1996.

MIRKOVIC Aude,

— *La maternité pour autrui, à propos du rapport d'information de la commission des lois du Sénat, 25 juin 2008*, D. 2008, p. 1944.

— *Les revendications des personnes de même sexe en matière familiale. Retour sur un contentieux nourri en 2010 et 2011*, Revue Lamy droit civil, novembre 2011, p. 42-48.

— *L'intérêt de l'enfant au service des revendications des personnes de même sexe*, *AJ. fam.* 2011, p. 605. — Précisions de la Cour de

— *Le mariage, un service public à redécouvrir*, Revue Lamy droit civil, juin 2012, p. 55-58. cassation quant aux conséquences du recours à la GPA à l'étranger, *JCP éd. G.* 2013, I, n° 985.

MOLFESSIS Nicolas,

— *L'obligation naturelle devant la cour de cassation*, D. 1997, Chr., p. 85.

— *La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil constitutionnel*, JCP édition G. 2000, I, p. 2010.

— *La réécriture de la loi par le Conseil constitutionnel*, JCP éd. N., 2000, p. 270

— *Sur trois facettes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, avril 2011, p. 7

MONÉGER Françoise,

— *Rapport du Conseil d'État, Statut et protection de l'enfant*, *La Documentation française* (1991, 232 p.), Revue de droit sanitaire et social 1991, p 477.

— *La loi du 8 janvier 1993 et les droits de l'enfant*, Revue de droit sanitaire et social 1993, p. 223.

— *Enfants en danger et divorce des parents, Conflit de juridictions*, Revue de droit sanitaire et social, janvier 1995, p. 179.

— *Droit social et droit civil de la famille, fait avancer l'autre ?*, Revue de droit sanitaire et social, juillet 2008, p. 656.

— *Les couples homosexuels*, LPA, 24 février 2010, p. 15.

MORACCHINI-ZEIDENBERG Stéphanie, *L'autorité parentale et les tiers*, Dr. fam. n° 4, avril 2010, étude 7.

MOREAU Paul, *Penser le droit de la famille avec Michel Villey*, Archives de philosophie du droit, T. 49, 2006, p. 331.

MULON Élodie,

— *Le PACS, Un nouveau mode de conjugalité*, RJPF n° 4, 2007 p. 11.

— *Forme et force des accords en matière familiale*, Gaz. Pal. 18 novembre 2011, p. 10.

— *État des lieux des modes amiables de règlement des conflits en matière familiale*, Gaz. Pal., 05 février 2011 n° 36, p. 8.

MURAT Pierre,

- *Le caractère d'ordre public de l'autorité parentale*, *Dr. fam.* 2004, comm. 199.
- Ordonnance ou jugement*, *Dr. famille* 2005, repère 4.
- *Individualisme, libéralisme, légistique*, in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, p. 243.
- *Le recours au juge de l'exécution pour faire exercer le droit de visite*, *Droit de la famille*, mars 2009, p. 29.
- *L'actualité du point de vue du couple*, *Gaz. Pal.* 06 décembre 2009, p. 35.
- *CIDE ou n'aime ou on n'aime pas, mais on ne peut ignorer...*, *Dr. fam.* 2009, repère 10.
- *Reconstruire le couple autour de la trilogie, mariage, pacs, concubinage, entretien avec Ph. Saint-Hilaire*, *JCP* 14 juin 2010, p. 1224.
- *De la distinction entre une procédure en référé devant le JAF et une procédure devant le JAF en la forme du référé*, *Droit de la famille*, février 2010, p. 28.
- *Actualité des questions patrimoniales en droit de la famille*, *Gazette du palais*, 25 mars 2011, n° 84, p. 33.
- *Régimes matrimoniaux-PACS; Les régimes matrimoniaux et les régimes « pacsimoniaux » à l'épreuve de la rupture des couples*, *JCP éd. N.*, juin 2011, p. 34.
- *Quelques éléments de l'actualité patrimoniale en droit de la famille*, *Gaz. Pal.*, 24 mars 2012, n° 84, p.34.

NEFUSSY-VENTA Nathalie,

- *Plaidoyer pour la reconnaissance réelle d'un devoir unique d'entraide conjugale*, *LPA*, 24 décembre 2009, p. 3.
- *Convictions religieuses et ruptures familiales*, *AJ fam.* 2011 p. 39

NEIRINCK Claire,

- *La fonction de socialisation du droit de la famille*, *LPA*, 23 juin 1993, p. 16.
- *Homoparentalité et adoption*, in *Le droit privé à la fin du XXe siècle*, Mél. P. CATALA, Paris, édition Litec, 2001, p. 353.
- *Vers un droit commun de la rupture*, *LPA*, 20 décembre 2007, n° 254, p. 28-33.
- *Homoparentalité et ordre public*, *Revue de droit sanitaire et social*, décembre 2010, p. 11128.
- *Le couple et la contractualisation de la rupture*, *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, janvier 2011, p. 107.
- *La dénaturation de l'égalité en droit des personnes*, *Politeia*, avril 2011, p. 245.
- *La gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et l'état civil français de l'enfant qui en est né*, *Droit de la famille*, mai 2011, p. 14

NICOLETTI Maria, *La médiation familiale et le juge*, *LPA*, 30 juin 2009 n° 129, p. 4.

NOREAU Pierre, *La superposition des conflits, limites de l'institution judiciaire comme espace de résolution*, *Droit et société*, n° 40, 1^{er} septembre 1998, p. 585.

NORMAND Jacques, *Le rôle conciliateur du juge*, in *Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, Dir. MEULDERS-KLEIN (M.-T.), Bruxelles et Paris, édition Bruylant et LGDJ, 1997, p. 373.

OST François, *Jupiter, Hercule, Hermès, trois modèles du juge*, in *La force du droit*, (Dir. BOURETZ P.), édition Esprit, 1991, p. 241.

OULD AKLOUCHE Yassila, *Le juge des tutelles, acteur de la procédure*, Droit et patrimoine, décembre 2012, n° 220, p. 83.

PAILLET Elisabeth,

— *La dignité de la personne majeure protégée*, in *Ethique, droit et dignité de la personne*, Mélanges Christian Bolze, dir. Philippe Pédrot, Economica, 1999, p. 283.

— *Vieillesse, capacité, famille*, Droit et patrimoine, mars 2000, p. 54.

— *L'enfant incestueux, enfant-clone*, in « Le droit et les droits de l'enfant », L'Harmattan, 2007, p. 35.

— *Contentieux familial, prescription et gestion du contentieux*, Procédures, juillet 2010, p. 7.

— *Liens personnels, liens de famille*, in *Des liens et des droits*, Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde, Dalloz, p. 433.

PANIER Jean, *Le rôle et la coordination des acteurs dans la justice familiale contentieuse, entre contrôle juridictionnel et gestion assistée*, in *Familles et justice, Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, Dir. MEULDERS-KLEIN (M.-T.), Bruxelles et Paris, édition Bruylant et LGDJ, 1997, p. 361.

PANSIER Frédéric-Jérôme, *De la contractualisation du droit de la famille en général et du droit du mariage en particulier* Gaz. Pal. 1999, 1, doctrine 287

PARCHEMINAL Hervé,

— *Le juge aux affaires familiales et la protection de l'intérêt de l'enfant*, Revue de droit sanitaire et social 1994 p. 201-220.

— *Le juge aux affaires familiales, nouveau juge des conflits familiaux*, La semaine Juridique (JCP), édition G, n° 19. 1994, Doctrine, étude, I, 3762 p. 227-233.

PARICARD Sophie, *Le syndrome d'aliénation parentale reconnu par la Cour de cassation, les premiers pas d'une révolution dans le contentieux familial ?*, *Dr. fam.* 2013, comm. 152.

PÉCAUT-RIVOLIER Laurence, *La réforme des tutelles, suite et... fin ?*, *AJ fam.* 2010, p. 72.

PETERKA Nathalie,

— *Les libertés graduelles et résiduelles, entre rupture et continuité*, *D.* 2006, p. 2584.

— *La famille dans la réforme de la protection juridique des majeurs*, *JCP*, éd. G n° 1, 11 janvier 2010.

PERMINGEAT Jean-Michel, *Les compétences concurrentes du juge des enfants et du juge aux affaires familiales*, *AJ Famille* 2013, p. 280.

PERRIN Ségolène, *La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu, vers la fin d'une discrimination ?* *Droit de la famille* n° 6, juin 2010, étude 16.

PERROT Roger,

— *Le rôle du juge dans la société moderne*, *Gaz. Pal.* 1977, 1, doct. P. 91.

— *Le juge unique en droit français*, *R.I.D. Comp.* 1977, p. 659.

PHILIPPE Catherine,

— *Un droit de la famille résolument tourné vers la diversité*, *Droit de la famille* n° 1, Janvier 2007, étude 3.

— *Vers un droit commun des effets du contrat de couple*, P.A., 20 décembre 2007, p. 18.

PICAL Daniel, *Quelques aspects de l'évolution récente du droit de la famille*, Gaz. Pal. 20-21 mai 1994, p. 30.

PIÉRI-GAUTHIER Françoise, *Le rôle du juge des tutelles*, AJ fam. décembre 2002, p. 406.

POIVEY-LECLERCQ Hélène,

— *Le droit de la famille après la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009*, RJPF, juillet 2009, p. 8-11.

— *La procédure participative*, AJ fam. juin 2010, p. 257.

— *Un nouveau juge délégué aux affaires familiales*, AJ fam. 2008, p. 321.

POMART-NOMDÉDÉO Cathy,

— *La médiation et l'expertise au service de la vie familiale*, LPA 3 décembre 2009, n° 241, p. 38.

— *Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses*, Droit de la famille, septembre 2010, p.20.

DU PONTAVICE Emmanuel, *Droit de la famille et droit au bonheur*, in Mél. VOIRIN, Paris, édition LGDJ, 1967, p. 678.

POUSSON-PETIT Jacqueline, *La personne, La famille et le droit, trois décennies de mutations en occident, (1968-1998)*, LPA, 02 août 2000 n° 153, P. 16

RAOUL-CORMEIL Gilles, *Le ministère public et les filiations, à l'ombre et à la lumière du droit*, in Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte Rose « La diversité du droit » (dir) Catherine PUIGELIER, p. 1217-1252.

RAYNAUD Paul,

— *La puissance paternelle et l'assistance éducative*, in Mél. René SAVATIER, Paris, édition Dalloz, 1965, p. 807.

— *Le contentieux familial en droit français*, in L'évolution du droit judiciaire au travers du contentieux économique, social et familial, Actes des XIe journées d'études juridiques, J. Dabin ; Édition Bruylant, 1984, p. 89 et s.

REBOURG Muriel,

— *Les conventions homologuées en matière d'autorité parentale et de contribution à l'entretien de l'enfant*, Dr. famille. 2004, n° 17.

— *Les principes directeurs de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs*, Dr. fam. 2007, étude n° 180.

— *La prise en charge de l'enfant par son beau-parent pendant la vie commune*, AJ. fam. 2007, p. 290.

RENCHON Jean-Louis,

— *Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant*, LPA, 7 octobre 2010, n° 200, p. 29.

— *À propos du droit de l'enfant d'être entendu dans le litige entre ses parents*, in Mélanges Jean Hauser, Dalloz 2012, p. 601.

RENUCCI Jean-François,

— *Le droit pénal des mineurs entre son passé et son avenir*, Revue de science criminelle, 2000, p.39.

— *Les frontières du pouvoir d'interprétation des juges européens*, JCP éd G. 2007, actu., n° 120.

REYDELLET Michel, *La Convention des droits de l'enfant n'est pas un traité « hors jeu »*, LPA 26 janvier 1998, n° 11, p. 17 et s.

RIALS Stéphane, *Les standards, notion critique du droit*, in *Les notions à contenu variable en droit*, Perelman (C.) et Vander Elst (R.) (dir.), éd. Bruxelles. E. Bruylant, 1984, p. 39.

RICHEZ-PONS Anne, *La parole de l'enfant et la circulation des décisions judiciaires en Europe*, Dr. fam. 2006, étude 32.

RIGAUX François, *L'opacité du fait face à l'illusoire limpidité du droit*, Droit et société, n° 41, janvier 1999, p.85.

RINGEL Françoise, *Vie privée ? Vie familiale ? Les difficultés d'application de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme à l'homosexualité et au transsexualisme*, RRJ. 1999, p. 1049.

RIVOIRE Jean-Luc,

— *Droit de la famille, Quelle défense pour quel procès ?* Justices, décembre 2001, p. 54.

— *La mise en place du droit collaboratif en France s'organise*, AJ fam. juin 2010, p. 255.

ROCHFELD Judith,

— *Loi n° 2000-196 du 6 mars 2000 instituant un Défenseur des enfants (JO 7 mars 2000, p. 3536)*, RTD Civ. 2000 p. 414.

— *Le contrat de responsabilité parentale, une nouvelle figure du « contrat pédagogique »*, RDC 2006, p. 665.

— *Réforme du PACS*, RTD civ. 2006. p. 624

RONFANI Paola, *Déjudiciarisation du contentieux familial*, in *Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, (Actes du Congrès International organisé par le centre de Droit de la Famille de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, 5-8 juillet 1994) Dir. MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, Bruxelles et Paris, édition Bruylant et LGDJ, 1997, p. 43-59.

PERRIN Sophie, *La filiation de l'enfant issus d'un inceste absolu, vers la fin d'une discrimination ?*, Dr. fam. 2006, juin 2010, étude 16, p. 32.

ROBERT Philippe, *L'assistance éducative à travers la jurisprudence*, JCP éd. G. 1968, I, 2158.

RONGEAT-LOUDIN Federica

— *La médiation familiale, aspects juridiques et politiques*, Revue juridique personnes et familles, février 2010, p. 8.

— *Droit de la famille collaboratif et médiation familiale, union ou désunion ?* Revue juridique personnes et familles, février 2011, p.8.

ROSENCZVEIG Jean-Pierre, *Une rénovation de la protection de l'enfance au service des enfants*, AJ Famille 2007 p. 57.

ROY Odile,

— *Filiation légale et réalités familiales, Accès à la vérité biologique et intérêt de l'enfant*, LPA, 12 juin 1998, p.13-20.

— *Le droit de connaître ses origines et la Cour européenne des Droits de l'Homme, l'affaire Odièvre contre France*, LPA, 3 octobre 2002, p. 6-15.

RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline,

— *L'Évolution du statut civil de la famille depuis 1945*, C.N.R.S., 1983

— *L'attitude du législateur face au mariage de fait*, RTD Civ. 1984, p. 289.

— *La phase administrative de l'adoption, l'agrément délivré par les services de l'aide sociale à l'enfance*, RFDA 1992, p. 896.

— *Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française*, JCP édition G., 1994, I, n° 3739.

— *Les grandes réformes en cours dans le droit de la famille en France*, in *Liber Amicorum Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN*, Droit comparé des personnes et de la famille, Bruylant, 1998, p. 661.

— *Aperçu rapide. Présentation de la loi adoptée le 13 octobre 1999 relative au PACS*, JCP édition N., 1999, p. 1551.

— *L'intérêt de l'enfant*, in *Mélanges en l'honneur du professeur J. Hauser*, LexisNexis-Dalloz, à paraître 1 semestre 2012.

RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, CARBONNIER Jean, *Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française*, JCP éd. G. 1994, I, n° 3739, p. 87.

RUDULIER (le) Nicolas, *La modernité de l'enrichissement sans cause en droit de la famille*, in *Mélanges R. Le Guidec*, Lexis-Nexis, 2014, p. 147

SAGAUT Jean-François,

— *Lettre ouverte pour le maintien du pluralisme des modes de conjugalité*, Revue Lamy Droit civil, avril 2010, p. 49-51.

— *L'ère du droit pluriel de la conjugalité*, Defrénois, 17 mai 2010 n° 1, p. 7-10.

— *Couples au XXI^e siècle, le nécessaire état des lieux de la conjugalité*, LPA, 21 mai 2010 n° 101, p. 11-16.

SAINTE-ROSE Jerry, *Vers une reconnaissance de l'homoparentalité*, AJ. fam. 2006, p. 395.

SALATI Olivier, *Présentation du décret n° 2008-1276 du 5 décembre 2008 relatif à la protection juridique des mineurs et des majeurs et modifiant le Code de procédure civile*, Procédures, février 2009, p. 52.

SALAS Denis, *Le droit familial à la recherche de références*, LPA, 29 novembre 1996 n° 144, p. 18.

SALVAGE-GEREST Pascale,

— *Le juge aux affaires familiales (de l'homme orchestre du divorce à l'homme orchestre de l'autorité parentale)*, Droit de la famille 2003, Chron., n° 12, p. 8.

— *Entrée dans l'ordre juridique français des adoptions prononcées à l'étranger, quand cessera-t-on de marcher sur la tête ?* Droit de la famille, septembre 2009, étude 11, p. 7.

SARCELET Jean-Dominique, BOHUON Capucine, *Filiation et famille, une vérité qui dérange* Recueil Dalloz 2009 p. 2876.

SARGOS Pierre, *Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Les garde-fous des excès du droit*, JCP édition G. 2001, I, 306.

SAUTEL Olivier, *L'autorité parentale et le juge des enfants in L'autorité parentale et ses juges*, 2004, Carré droit, Litec.

SAVATIER René, *Le droit et l'accélération de l'histoire*, D. 1951, Chr. VIII.

SCHÉNIQUE Laurie, *La protection pénale de l'enfant victime du conflit familial*, AJ Famille 2013, p. 287.

SÉRIAUX Alain,

— *Droit naturel et procréation artificielle*, D. 1985, Chr. p.59.

— *Tes pères et mères tu honoreras, réflexions sur l'autorité parentale en droit contemporain*, RTD Civ. 1986, p. 265.

— *Pluralisme juridique et droit naturel*, Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, 1993/1, page(s) 585-591.

— *Le juriste face au droit de la famille*, Droit de la famille, juin 2001, p.4

— *La distinction de l'homme et de la femme, approche pluridisciplinaire, rapport de synthèse*, Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, 2005/1, page(s) 549-557.

SÉVELY-FOURNIÉ Catherine, *Quel rôle pour le parquet dans la protection juridique des majeurs ? (De quelques interrogations pratiques sur l'application de la loi réformant la protection juridique des majeurs)*, D. 2009, chron., p. 1221.

SIMLER Philippe, *Le régime matrimonial des concubins, in Des concubinages – Droit interne, droit international, droit comparé, études offertes à Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI*, Paris, édition Litec, 2002, p. 75.

SIMLER Philippe et HILT Patrice, *Le nouveau visage du pacte civil de solidarité, un quasi-mariage*, JCP édition G. 2006, I, n° 161.

SUDRE Frédéric, *Droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, JCP, éd. G n° 3, 19 janvier 2015, doct. 70.

TAHRI Cédric,

— *De la communication au ministère public des affaires relatives à la filiation*, Lexbase hebdo, n° 313, juillet 2000.

— *État des lieux, les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales*, Lexbase hebdo, n° 386, mars 2010

TAORMINA Gilles,

— *Le droit de la famille à l'épreuve du progrès scientifique*, Recueil Dalloz 2006, p. 1071.

— *Le droit de la filiation charnelle depuis l'ordonnance numéro 2005-759 du 4 juillet 2005*, Revue de la recherche juridique, droit prospectif, avril 2006, p. 725.

TERRÉ Dominique, *Le pluralisme et le droit*, ARSP. Archives de philosophie du droit. janvier 2005, p. 69.

TERRÉ François,

— *La signification sociologique de la réforme des régimes matrimoniaux*, in *L'année sociologique* 1965, p. 3.

— *Un juge créateur de droit ? Non merci*, ARSP 01 janvier 2007, p. 305.

— *Contractualiser le droit du couple*, LPA, 20 décembre 2007, p. 8.

— *Un droit unional de la famille*, JCP. G, 21 janvier 2013, p. 3.

TÉTATD Stessy, *Quelle place juridique pour le beau-parent ?*, Dr. fam. n° 7, juillet 2013, dossier 28.

THERY Irène,

— *Droit, justice et demande des familles*, in *Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, Dir. MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, Bruxelles et Paris, édition Bruylant et LGDJ, 1997, p. 21-25.

— *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, *Annonces de la Seine*, avril 200, p. 10.

— *Couples de même sexe, mariage et filiation, quel rôle du droit dans le débat social ?* *Lettre recherche droit et justice*, septembre 2006, p.7-9

THIEL Delphine, *Des recours ouverts contre les changements conventionnels des régimes matrimoniaux, Le dynamisme de la Cour de cassation face à l'immobilisme du législateur*, RRJ 2003, p. 269.

THIERRY Jacques, *Faut-il supprimer le contrôle judiciaire du changement de régime matrimonial ?*, D. 2000, Chr., p. 68.

THOURET Sylvain, *La nouvelle procédure en matière familiale*, D. n° 2004-1158, 29 octobre 2004, JCP éd. G.. N° 46 du 10 novembre 2004, p. 204.

TOSUN Sefik, *L'autorisation judiciaire de l'article 217, alinéa 1er du Code civil à l'épreuve du décret n° 2009-1591 du 17 décembre 2009*, Gaz. Pal. 28 septembre 2010, p. 18.

TZUTZUIANO Catherine, *L'adoption simple des couples homosexuels au cœur d'un croisement des contrôles*, *Droit de la famille* n° 6, juin 2011, étude 17.

VAN COMPERNOLLE Jacques,

— *Le juge et la conciliation judiciaire*, in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?* Mél. R. PERROT , Édition Dalloz, 1995, p. 523.

— *La justice familiale et les principes fondamentaux du droit judiciaire*, in *Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, (Actes du Congrès International organisé par le centre de Droit de la Famille de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, 5-8 juillet 1994) Dir. MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, Bruxelles et Paris, édition Bruylant et LGDJ, 1997, p. 384.

— *Conciliation judiciaire et conflit familial*, in *Liber Amicorum* Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, *Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruylant, 1998, p. 601.

VAN KOTE Agnès, *Les enfants et la médiation familiale*, AJ fam. 2009, p. 337.

VAN LOON Hans, *Les conventions de la conférence de La Haye*, in J. RUBELLIN-DEVICHI et R. FRANCK (dir.), *L'enfant et les conventions internationales*, PUL, 1996, p. 49.

VANDERLINDEN Jacques,

— *Le pluralisme juridique, essai de synthèse*, in *Le pluralisme juridique*, Jacques GLISSEN (dir.) Bruxelles, Ed de l'Université de Bruxelles (Institut de sociologie, histoire et ethnologie juridique), 1972, 332 p. 19.

— *Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique*, RRJ 1993, p. 573.

— *Pluralisme juridique radical, révélation et common law anglaise*, in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Libres propos sur les sources du droit, Dalloz, 2006, p. 35.

VARAUT Éric, *Faut-il supprimer les tribunaux d'instance*, Gaz. Pal. 5 juillet 1997, p. 13.

VAUVILLÉ Frédéric, *Du principe de coparentalité*, LPA, 18 octobre 2002, p. 4.

VERHEYDE Thierry, *Le juge des tutelles, nouveau juge aux affaires familiales ?* Recueil Dalloz 2010 p. 2460

VERT Fabrice, *Le rapport Magendie sur la médiation, enjeux et perspectives*, Cahiers de l'arbitrage, 01 juillet 2010 n° 3, p. 779

VIAL Géraldine,

— *Réforme de la filiation, les surprises du projet de ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005*, Droit de la famille, n° 2, 02/2008, p. 8.

— *La recevabilité des actions relatives à la filiation dans la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009*, Dr ; famille. 2009, études n° 18, p. 9.

— *Rôle du ministère public en matière de filiation, les frontières de l'ordre public et de la fraude à la loi*, AJ Famille janvier 2012, p. 34.

VIGNEAU Daniel, *Aujourd'hui le rôle, demain le titre.*, D. 2006, p. 897.

VILLACEQUE Jacques, *Le Tribunal de grande instance statuant au fond en matière civile, la collégialité menacée par les juges uniques*, D.1995, chron p. 317.

VIRRIOT-BARRIAL Dominique, *Commentaire de la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs*, D. 2006, Chr., p. 2352

VOIRIN Pierre, *Marion pleure, Marion rie, Marion veut qu'on la marie*, D. 1963, Chr., p. 247.

VOISIN Virginie, *Intérêt de l'enfant contre intérêt public*, LPA, 8 avril 2004, p. 13-15.

WAREIN-VERMEULIN Jean-Marie, *Attention virages dangereux et chaussée glissante, concepts flous et terminologie imprécise, quelques réflexions d'un juge aux affaires familiales au sujet de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002*, in *Ruptures, mouvements et continuité du droit*, Mélanges Michèle GOBERT, Paris, édition Economica, 2004, p. 337.

WATINE-DROUIN Caroline, *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.

WEILLER Laura, *La médiation familiale*, in *Les transformations du contentieux familial* L. Weiller (Dir.), 2012, PUAM, p. 59.

WIEDERKHER Georges,

— *Qu'est-ce qu'un juge ? in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mél. HÉBRAUD, édition PUT, 1981, p. 575.

— *Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires*, in Mélanges A. Rieg, Bruylant, 2000, p. 886.

ZATARA-GROS Anne-Françoise, *L'homologation en droit privé*, RRJ janvier 2004, p. 84.

IV- Jurisprudence

1) Cour de cassation

- Cass. civ., 30 novembre 1875, DP 1876, 1, p. 340.
- Cass. req., 28 janvier 1896, DP 1896, 1, p. 543.
- Cass. req., 12 mai 1920, S. 1921, 1, p. 300.
- Cass. civ., 19 mars 1945, D. 1945, p. 251.
- Cass. 1^{re} civ., 10 juin 1953, D. 1953, jurispr. p. 612.
- Cass. 1^{re} civ., 7 juin 1955, D. 1956, somm. p. 40 ; JCP éd. G. 1956, II, 9259
- Cass. 1^{re} civ., 20 novembre 1963, D. 1964, jurispr ; p. 465, note G. Raymond, JCP éd. G. 1964, II, 13498, note J. Mazeaud, RTD civ. 1964, p. 286, obs. H. Desbois
- Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1964, Bull. Civ. I, n° 351.
- Cass. 1^{re} civ, 27 octobre 1964, JCP éd. G. 1964, II, 13911 bis ; D. 1964, p. 81 ; RD sanit. soc. 1965, p. 350, obs. P. Raynaud
- Cass. 1^{re} civ., 28 juin 1965, JurisData n° 1965-700424 ; Bull. civ. 1965, I, n° 244 ; RTD civ. 1967, p. 136, obs. Nerson.
- Cass. 1^{re} civ., 29 novembre 1965, D. 1966, p. 81 ; RTD civ. 1967, p. 138, obs. Nerson.
- Cass. Com. 30 juin 1970, Bull. civ. IV, n° 222.
- Cass. 1^{re} civ. 9 mai 1972, n° 71-10361, Gaz. Pal. 1972. 2. 871 ; Bull. civ., n° 122, p. 110.
- Cass. Ass. plén. 23 juin 1972, Bull. civ. ass. Plén. 1972
- Cass. 1^{re} civ, 7 novembre 1973, Bull. civ. I, n° 297
- Cass. 1^{re} civ., 2 juillet 1974, n° 71-12.889, Bull. civ. I, n° 213.
- Cass. 1^{re} civ, 26 février 1975, JurisData n° 1975-10473.
- Cass. 1^{re} civ, 6 janvier 1976, D. 1976, note Ponsard, JCP éd. G. 1976, II, 18461, note Patarin.
- Cass. 2^e civ., 26 février 1976, Bull. civ. 1976, II, n° 71.
- Cass. 1^{re} civ, 23 novembre 1976, Bull. civ. I, n° 357
- Cass. 1^{re} civ., 16 février 1977, JCP éd. G. 1977, IV, 93 ; Bull. civ. 1977, I, n° 90.
- Cass. 1^{re} civ, 5 juillet 1977, n° 75-10.336, Bull. civ. I, n° 311.
- Cass. 1^{re} civ, 15 mars 1977, n° 75-15.576, Bull. civ. I, n° 133, D. 1977. 454, note J. Massip.
- Cass. 1^{re} civ., 4 juillet 1978, JurisData n° 1978-000249 ; Bull. civ. 1978, I, n° 249 ; JCP éd. G. 1978, IV, 282.
- Cass. 1^{re} civ., 7 décembre 1977, Bull. civ. 1977, I, n° 465 ; D. 1978, jurispr. p. 221, note Savatier.
- Cass. 1^{re} civ., 16 janvier 1979, JCP éd. G. 1979, IV, p. 95 ; Bull. civ. 1979, I, n° 22
- Cass. 1^{re} civ. 28 mai 1980, JCP éd. G. 1981, II, 19552, note G. Raymond.

- Cass. 1^{re} civ, 6 janvier 1981, D. 1981, p. 495, note Raynaud.
- Cass. 1^{re} civ, 30 juin 1981, Gaz. Pal. 1982, 1, 391, note J. Massip
- Cass. 1^{re} civ., 7 juillet 1981, JCP éd. G. 1981, IV, p. 353 ; Rép. Commaille 1982, art. 55633, p. 445, obs. A. Raison.
- Cass. 1^{re} civ., 17 novembre 1981, Bull. civ. 1981, I, n° 336.
- Cass. 1^{re} civ, 25 novembre 1981, JCP 1983. II. 19952, note Boulanger.
- Cass. 1^{re} civ., 8 décembre 1981, n° 80-14.808, Bull. civ. I, n° 365 ; D. 1982. IR 95.
- Civ. 1^{re}, 2 mars 1982, Bull. civ. I, no 91, JCP 1982. IV. 175
- Cass. 1^{re} civ., 14 avril 1982, D. 1983, jurispr. p. 294, note J. Massip ; RD sanit. soc. 1983, p. 780, obs. P. Raynaud.
- Cass. 1^{re} civ., 26 janvier 1983, Bull. civ. 1983, I, n° 38 ; D. 1983, p. 436, note J. Massip
- Cass. 1^{re} civ., 1^{er} février 1983, JurisData n° 1983-700118 ; Bull. civ. 1983, I, n° 46.
- Cass. 1^{re} civ., 11 janvier 1984, Bull. civ. I, n° 9.
- Cass. 1^{re} civ., 23 janvier 1985, JurisData n° 1985-700373 ; Bull. civ. 1985, I, n° 35
- Cass. 1^{re}, 12 février 1985, n° 83-10.361, D. 1985, I.R., p. 296, RTD civ. 1986, p. 730, obs. J. Rubellin-Devichi.
- Cass. 1^{re} civ., 30 avril 1985, Bull. civ 1985, I
- Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1985, Bull. civ. 1985, I, n° 150
- Cass. 1^{re} civ, 20 novembre 1985, Gaz. Pal. 1986. 2. 609
- Cass. 2^e Civ., 7 octobre 1987, n^{os} 86-15.026 et 86-15.198, Bull. civ. II, n° 190
- Cass. 1^{re} civ., 20 octobre 1987, D. 1987, inf. rap., p. 16.
- Cass. 1^{re} civ., 8 mars 1988, Bull. civ. I, n° 114, action intentée au nom d'un mineur en révocation pour ingratitude d'une donation consentie à sa mère
- Cass. 1^{re} civ., 13 avril 1988, n° 88-12.647.
- Cass. 1^{re} civ., 14 juin 1988, Defrénois 1988, art. 34 309, p. 1021, obs. J. Massip.
- Cass. 1^{re} civ., 7 mars 1989, JurisData n° 1989-701306 ; Bull. civ. 1989, I, n° 112 ; D. 1989, p. 477, J. Hauser.
- Cass. 1^{re} civ., 18 avril 1989, n° 97-10.829.
- Cass. 1^{re} civ., 11 octobre 1989, Gaz. Pal. 1991. 1. Pan. 26
- Cass. 1^{re} civ., 13 décembre 1989, n° 87-20.205, JurisData n° 1989-704587 ; JCP éd. G. 1990, IV, 64 ; Bull. civ. 1989, I, n° 389 ; Defrénois 1990, art. 34728, p. 304, J. Massip.
- Cass. Civ. 2^e, 7 février 1990, n° 88-20367.
- Cass. soc., 25 avril 1990, JCP éd. G. 1991, II, 21696, obs. J. Beauchard.
- Cass. 1^{re} civ., 2 mai 1990, JurisData n° 1990-701258 ; Bull. civ. 1990, I, n° 93 ; JCP éd. G. 1990, IV, 243 ; JCP éd. N. 1990, II, 293 ; Defrénois 1990, p. 960, n° 91, J. Massip.
- Cass. 1^{re} civ., 15 mai 1990, Bull. civ. I, n° 107.
- Cass. 1^{re} civ., 28 mai 1991, Bull. civ. 1991, I, n° 169.
- Cass. ass. plén., 31 mai 1991, D. 1991, jurispr. p. 417, rapp. Y Chartier, note D. Thouvenon ; JCP éd. G. 1991, II, 22752, concl. Dontenwille, note F. Terré.
- Cass. 1^{re} civ., 4 juin 1991, n° 90-05.063.
- Cass. 1^{re} civ., 25 juin 1991, nos 90-05006 et 90-05015, Bull. civ. I, n° 210 ; D. 1992. 51.
- Cass. crim., 16 octobre 1991, n° 90-86.527, JurisData n° 1991-002993.
- Cass. 1^{re} civ., 19 novembre 1991, JurisData n° 1991-003418 ; Bull. civ. 1991, I, n° 316), pour éviter une expulsion du territoire
- Cass. 1^{re} civ, 2 juin 1992, n° 89-21.282, D. 1993. 166, obs. F. Granet-Lambrechts ; RTD civ. 1992. 47, obs. J. Hauser.
- Cass. 1^{re} civ. 2 décembre 1992, D. 1993, jurispr. p. 409, note F. Boulanger ; Defrénois 1993, p. 725, obs. J. Massip.

- Cass. Ass. plén. 11 décembre 1992, n° 91-11.900, JurisData n° 1992-002595 ; Bull. civ. 1992, ass. plén., n° 13.
- Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1993, n° 91-11.310, Bull. civ. I, n° 103, Defrénois 1993, art. 35585, p. 852, note J. Massip, D. 1993, jur., p. 361, note J. Massip, JCP éd. G. 1993, I, n° 3677, note C. Neirinck et P.-M. Martin, RDSS.
- Cass. Civ. 2^e, 25 mai 1993, n° 91-21.248, Bull. civ. II, n° 185 ; D. 1993. IR 163
- Cass. 1^{re} civ., 13 octobre 1993, Bull. civ. I n° 282
- Cass. crim., 24 novembre 1993, n° 93-82.270, JurisData n° 1993-002559.
- Cass. 1^{re} civ. : 12 janvier 1994 n° 92-05.030 ; JCP 1994, éd. G, IV, 643 ; Journ. dr. des jeunes, n° avril 1994
- Cass. 1^{re} civ, 26 janvier 1994, D. 1994. 278, note Huyette , Defrénois 1994. 781, obs. Massip
- Cass. 1^{re} civ, 26 janvier 1994, n° 91-05.083, D. 1994. 278, note M. Huyette ; RDSS 1995. 179, note F. Monéger.
- Cass. 1^{re} civ. 23 février 1994, n° 93-05.003, RDSS 1995. 179, note F. Monéger ; RTD civ. 1994. 341, obs. J. Hause ; JCP 1994. I. 1086.
- Cass. 1^{re} civ., 6 avril 1994, Bull. civ. instruction, n° 139, Defrénois 1994. 1099, obs. Massip ;
- Cass. 1^{re} civ., 6 avril 1994, JurisData n° 1994-000980 ; Bull. civ. 1994, I, n° 139 ; Defrénois 1994, art. 35891, n° 104, obs. J. Massip.
- Cass. 1^{re} civ., 4 mai 1994, n° 92-17.911, Bull. civ. I, n° 159 ; D. 1994. 545, note Massip
- Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1994, JurisData n° 1994-001320 ; Dr. famille 2004, comm. 17, P. Murat ; D. 1994, p. 581, Y. Chartie.
- Cass. 1^{re} civ., 18 octobre 1994, n° 93-10.730, RTD civ. 1995, p. 598, obs. J. Hauser.
- Cass. crim., 30 novembre 1994, n° 94-82.201, JurisData n° 1994-002589
- Cass. Crim. 9 novembre 1994, n° 94-80.691.
- Cass. 1^{re} civ., 4 janvier 1995, n° 92-21767, RTD civ. 1995, 604, obs. J. Hauser
- Cass. 1^{re} civ., 14 mars 1995, Bull. civ. 1995, I, n° 125.
- Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1995, Gaz. Pal. 15 mai 1996. Somm. 30 ; J. MASSIP, Defrénois 1996. p. 339
- Cass. 1^{re} Civ., 10 octobre 1995, n° 93-20.300, Bull. civ. I, n° 352 ; D. 1997. 155, note G. Pignarre ; *Ibid.* 1996. 120, obs. R. Libchaber ; *Ibid.* 1997. 85, chron. N. Molfessis.
- Cass. 2^e Civ., 11 octobre 1995, n° 93-15.415, Bull. civ. II, n° 232 ; D. 1995. IR 232.
- Cass. 1^{re} civ., 21 novembre 1995, n° 94-05.102 , D. 1996. 420, note A. Gouttenoire.
- Cass. crim., 21 février 1996, n° 95-82.085, JurisData n° 1996-001301.
- Cass. 1^{re} Civ., 10 juillet 1996, n° 95-05.027, Bull. civ. I, n° 313 ; D. 1996. 205 ; RTD civ. 1997. 410, obs. J. Hauser.
- Cass. 2e civ., 22 mai 1996, Bull. civ. 1996, II, n° 100 ; Defrénois 1996, art. 36434, obs. J. Massip D. 1996. IR. 150 ; RTD civ. 1996. 582, obs. J. Hauser.
- Cass. Civ. 2^e, 20 novembre 1996, n° 93-19.937, Bull. civ. II, n° 253 ; D. 1997. 192
- Cass. Civ. 2^e, 14 janvier 1998, n° 96-15327, JCP 1999. I. 101, obs. Y. FAVIER.
- Cass. 1^{re} civ., 10 février 1998, JurisData n° 1998-000737.
- Cass. Civ. 2^e, 10 juin 1998, n° 96-15.327, NP ; JCP 1999. 101, obs. Favier
- Cass. 1^{re} civ., 12 novembre 1998, n° 97-13248, RTD civ. 1999. 360. Obs. J. Hauser.
- Cass. 1^{re} civ., 5 janvier 1999, Dr. fam. 1999, n° 58, note Th. Fossier, RTD civ. 1999. 184, obs. J. Hauser, RJPF 1999, n° 2, p. 13.
- Cass. 1^{re}, civ., 19 janvier 1999, Dr. fam. 1999, comm. 108, note. T. Fossier.
- Cass. 1^{re} civ., 23 février 1999, Bull. civ. 1999, I, n° 66 ; Dr. famille 1999, comm. 146, note A. Gouttenoire ; D. 1999, inf. rap. p. 79 ; RTD civ. 1999, p. 601, obs. J. Hauser.

- Cass. soc., 1er avril 1999, JurisData n° 97-17.139.
- Cass. Crim. 12 mai 1999 n° 98-8358.
- Cass. Crim. 26 mai 1999 n° 98-83224.
- Cass. 1^{re} civ. 27 mai 1999 n° 97-22301.
- Cass. 1^{re} civ., 8 juin 1999, n° 97-15.520.
- Cass. 1^{re} civ., 8 juin 1999, n° 99-05.001, RJPF, 1999-7/2.3
- Cass. 1^{re} civ., 6 octobre 1999, n° 98-05.090.
- Cass. 1^{re} civ., 19 octobre 1999, JCP éd. G., 2000, I, P. 245, obs. G. Wiederkehr ; Défr. 2000, n° 22, obs. G. Champenois.
- Cass. 1^{re} civ., 22 février 2000, n° 98-12.338, Bull. civ. I, n° 54.
- Cass. 2^e civ., 24 février 2000, Dr. famille 2000, comm. n° 57.
- Cass., civ. 1^{re}, 28 mars 2000, D. 2000, note Th. Garé ; D., 2001, somm., p. 976, obs. F. Granet-Lambrechts ; RJPF, 2000, note J. Hauser ; RTD civ ;, 2000, obs. J. Hauser ; Defrénois, 2000, note J. Massip ; Dr. fam., 2000, comm. 72, note P. Murat ; JCP éd. G., 2000, II-10409, concl. C. PETIT et note M.-Ch. Monsallier-Saint Mleux.
- Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2000, Bull. civ. I, n° 187 ; Defrénois 2001, art. 37348, n° 5, p. 528, obs. crit. J. Honorat ; JCP éd. N. 2000, n° 46, p. 1643.
- Cass. crim., 13 septembre 2000, n° 00-80.922, JurisData n° 2000-006251.
- Cass. 1^{re} civ., 24 octobre 2000, Bull. civ I, n° 262.
- Cass. 1^{re} civ., 17 octobre 2000, Dr. fam., 2000, comm. n° 139, note B. Beignier ; D. 2001, p. 497, NOTE, r. Cabrillac
- Cass. ch. mixte, 9 février 2001, Bull. ch. mixte 2001, n° 1 ; JCP éd. G. 2001, II, 10514, note Th. Fossier ; JCP éd. G. 2001, I, 332, n° 8, obs. J. Rubellin-Devichi ; RTD civ. 2001, p. 333, obs. J. Hauser ; D. 2001, p. 743 ; RJPF 2001 — 4/38, p. 21, obs. P. Guerder ; RJPF 2001 — 6/11, p. 6, note crit. J. Hauser
- Cass. 2^e civ. 2 mai 2001, JCP éd. G., 2002, II, n° 10009, note R. Cabrillac.
- Cass. 1^{re} civ., 29 mai 2001, n° 99-05.015, LPA 13 décembre 2001, p. 21, note J. Massip.
- Cass. 1^{re} civ., 26 juin 2001, JCP 2002. I. 101, obs. Th. Fossier.
- Cass. 1^{re} civ., 16 octobre 2001, n° 00-10.665, JurisData n° 2001-011281 ; Dr. famille 2002, comm. 41, P. Murat ; Defrénois 2001, p. 195, J. Massip.
- Cass. 1^{re} civ., 25 février 2003, n° 00-18.572, Bull. civ. I, n° 55 ; D. 2004. 1766, note M.-P. Peis ; RTD civ. 2003. 280, obs. J. Hauser ; *Ibid.* 297, obs. J. Mestre et B. Fages.
- Cass, Civ. 1, 25 novembre 2003 n° 01-14070.
- Cass. 1^{re} civ., 9 décembre 2003, n° 01-03.927, JurisData n° 2003-021336 ; Bull. civ. 2003, I, n° 152 ; D. 2004, p. 1998, E. Poisson-Drocourt ; RTD civ. 2004, p. 75, J. Hauser ; Defrénois 2004, p. 592, J. Massip.
- Cass. 1^{re} civ., 6 janvier 2004, n° 01-01.600, JurisData n° 2004-021678 ; JCP éd. G. 2004, II, 10064, C. Labrusse-Riou ; JCP éd. G. 2004, I, 109, J. Rubellin-Devichi ; Dr. famille 2004, comm. 16, D. Fenouillet ; D. 2004, p. 362, J. Sainte-Rose, D. Vigneau ; D. 2004, p. 1419, F. Granet-Lambrechts ; Defrénois 2004, art. 37926, p. 594, J. Massip ; RTD civ. 2004, p. 75, J. Hauser ; AJ fam. 2004, p. 66, F. Bicheron ; RJPF 2004 — 3/34, T. Garé. – V. D. Fenouillet, « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », » Dr. famille 2003, chron. 29.
- Cass. avis, 1^{er} mars 2004, JCP 2004. I. 167 no 3, obs. P. Fossier., D. 2004.1627, RTD Civ. 2004 p. 498.
- Cass. 1^{re}, civ, 27 avril 2004, Dr. fam. 2004, comm. 140, note V. Larribau-Terneyre, D. 2004, comm. n° 2968, obs. D. Vigneau ; RTD civ., 2004, p. 487, obs. J. Hauser.
- Cass. crim. 4 mai 2004, Bull. crim. n° 108 ; D. 2004. 2097, note Pradel.

- Cass. 1^{re} civ., 8 juin 2004, n° 02-12.131, JurisData n° 2004-024003 ; JCP éd. G. 2005, II, 10023, note M. Rebourg.
- Cass. 1^{re} civ., 30 juin 2004, [JurisData n° 2004-024481](#).
- Cass. 1^{re} civ., 29 septembre 2004, n° 02-16.436, JurisData n° 2004-024952, Dr. Fam. 2005, comm. 6.
- Cass. 1^{re} civ., 22 février 2005, n° 03-14.332, JurisData n° 2005-027074 ; Bull. civ. 2005, I, n° 92,
- Cass. 1^{re} civ., 8 mars 2005, n° 02-12.740, JurisData n° 2005-027444 ; Dr. famille 2005, comm. 98, P. Murat ; Bull. civ. 2005, I, n° 120 ; AJ fam. 2005, p. 191, F. Chénéde ; Defrénois 2005, p. 1356, J. Massip ; RTD civ. 2005, p. 377, J. Hauser.
- Cass. 1^{re} civ., 5 avril 2005, n° 04-05.019, Bull. civ. I, n° 162 ; AJ fam. 2005. Obs. Gratadour.
- Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, 2005.1909, note V. Égée ; *AJ. fam.* 2005. 274, obs. T. Fossier ; *Defrénois* 2005.1418, note J. Massip ; *Dr. fam.* 2005, n°156, note A. Gouttenoire ; *Dr. et patr.*, sept. 2005, p. 101, obs. Ph. Bonfils ; *Gaz. Pal.* 2005. 2664, note A.-S. Courdier-Cuisinier ; *JCP* 2005, II, 10081, note F. Granet-Lambrechts et Y. Strickler ; *Ibid.* 10115, concl. C. Petit, note C. Chabert ; *ibid* 199, n°7 ; obs. J. Rubellin-Divichi ; *RJPF* 2005 9/31, note F. Eudier ; *RTDsanit. soc.* 2005.814, note C. Neirinck ; et 627, obs. Ph. Théry ; *Rev. Crit. DIP* 2005.679, note D. Bureau ; *RTD Civ.* 2005.585, obs. J. Hauser.
- Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2005, n° 04-13.913, 04-13.914, 03-12.641, 02-18.654, RTD civ. 2005, p. 584, obs. J. Hauser.
- Cass. 1^{re} civ., 4 octobre 2005, n° 03-20.548, Bull. civ. I, n° 356 ; D. 2005, IR p. 2546, et D. 2006, Pan. p. 336, obs. G. Serra et L. Williatte-Pellitteri ; RTD civ. 2006, p. 94, obs. J. Hauser ; AJ fam. 2005, p. 447, obs. S. David.
- Cass. 1^{re} civ., 4 octobre 2005, n° 04-13.463, Bull. civ. I, n° 354 ; D. 2005, IR p. 2705 ; RTD civ. 2006, p. 94, obs. J. Hauser ; AJ fam. 2005, p. 447, obs. S. David ; *Gaz. Pal.*, 8 avril 2006, n° 98 ; déjà 8 février 2005, n° 03-12.964, Bull. civ. I, n° 69 ; D. 2005, IR p. 594 ; RTD civ. 2005, p. 370, obs. J. Hauser.
- Cass. 1^{re} civ., 25 octobre 2005, n° 03-14.404, JurisData n° 2005-030425, Dr. fam. 2006, comm. A. Gouttenoire
- Cass. 1^{re} civ., 22 novembre 2005, Bull. civ. I, n° 440 ; D. 2006, obs. J.-J. Lemouland, JCP éd. G. 2006, n° 21, note V. Larribau-Terneyre.
- Cass. 1^{re} civ., 22 novembre 2005, n° 03-20.313, JurisData n° 2005-030903 ; Dr. famille 2006, comm. 51, P. Murat.
- Cass. 1^{re} civ., 6 décembre 2005, Bull. civ. I, n° 476 ; Defrénois 2006, p. 1061, article. 38415, n° 36, obs. J. Massip ; D. 2006, p. 99. ; F. GRANET-LAMBRECHTS et J. HAUSER, « Le nouveau droit de la filiation », D. 2006, p. 23.
- Cass, 1^{re} civ., 31 janvier 2006, Dr famille 2006, 79, 2^e esp., note V. Larribau-Terneyre.
- Cass. 1^{re} civ., 14 février 2006, inédit, pourvoi n° 05-13627, D. 2006 IR, p. 11.; D. 2006, p. 2149, note M. Herzog-Evans ; *Dr. fam.* 2006, comm. n°162, obs. P. Murat ; *RTD Civ.* 2006, p. 105, obs. J. Hauser.
- Cass. 1^{re} civ., 28 février 2006, n° 03-19.853, JurisData n° 2006-032401 ; Bull. civ. 2006, I, n° 108.
- Cass. 1^{re} civ., 14 mars 2006, n° 04-19.527, JurisData n° 2006-032653 ; Dr. famille 2006, comm. 157, P. Murat, D. 2006. 1947, note M. Huyette, AJ fam. juillet-août 2006. 288, note H. Gratadour.
- Cass. Civ. 1^{ère}, 14 mars 2006, D. 2006. Jur. 1947, note Huyette ; *Ibid.* Pan. 2436, obs. Douchy-Oudot ; RTD civ. 2006.299, obs. Hauser ; AJ fam. 2006. 288, obs. Gratadour ; Dr. fam. 2006. Comm. n° 144, note Gouttenoire.

- Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2006, n° 03-10.072, JurisData n° 2006-032901 ; Bull. civ. 2006, I, n° 184
- Cass. 1^{re} civ. 11 juillet 2006, n° 05-05.007, RJPf 2006-12, obs. F. Eudier.
- Cass. 1^{re} civ., 14 novembre 2006, n° 04-10.058, Bull. civ. 2006, I, n° 478, Montpellier, 18 janvier 2010, JCP 2010 n° 24, act. 651 ; RTD civ. 2010, 759, obs. Hauser.
- Cass. Civ. 1^{re}, 10 octobre 2006, D. 2007. Pan. 460, obs. Granet; AJ fam. 2007.32, obs. Boiché; V. aussi Fulchiron, Adoption sur kafala ne vaut, D. 2007. Chron. 816; Civ. 1^{re}, 9 juill. 2008, D. 2008. AJ. 2144, obs. Égéa ; RTD civ. 2008.665, obs. Hauser; AJ fam. 2008.394, obs. Boiché.
- Cass. 1^{re} civ., 12 décembre 2006, n° 05-11.945, JurisData n° 2006-036433 ; Bull. civ. 2006, I, n° 543., D. 2007. AJ. 158, et Pan. 1460, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2007. 87, obs. S. David ; RTD civ. 2007. 96, obs. J. Hauser ; V. aussi Civ. 1^{re}, 20 février 2007, n° 06-14.643, Bull. civ. I, n° 63 ; AJ fam. 2007. 189, obs. F. Chénédet ; RTD civ. 2007. 318, obs. J. Hauser.
- Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2007, n° 06-17.869, Bull. civ. I, n° 103 ; RTD civ 2007. 330, comm. J. Hauser.
- Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2007, n° 05-16.627, JurisData n° 2007-037901 ; Bull. civ. 2007, I, n° 113
- Cass. 1^{re} civ., 27 mars 2007, n° 04-11.744, Bull. civ. 2007, I, n° 134
- [Cass. 1^{re} civ., 24 mai 2007, n° 06-17.611, JurisData n° 2007-038992.](#)
- Cass. 1^{re} civ., 19 septembre 2007, n° 06-18.379, Dr. Fam. 2007, comm. n° 192, obs. P. Murat, AJ fam. 2007, p.43, obs. J.-B. Thierry ; JCP 2008. I. 102, obs. Y. Favier.
- Cass. 1^{re} civ., 14 novembre 2007, n° 07-10.935, JurisData n° 2007-041363.
- Cass. 1^{re} Civ., 14 novembre 2007, Defrénois 2008. 577, obs. Massip ; Dr. fam. 2008, com. n° 7, note Murat ; RJPf 2008, p. 37, obs. Eudier.
- Cass. 1^{re} civ., 6 février 2008, n° 06-16.498, JurisData n° 2008-042654 ; JCP éd. G. 2008, II, 10045, note G. Loiseau
- Cass. 1^{re} civ., 6 février 2008, n° 06-20.054, JurisData n° 2008-042725 ; Dr. famille 2008, comm. 59, P. Murat ; Procédures 2008, comm. 111, M. Douchy-Oudot ; RJPf 2008 — 5/35, T. Garé.
- Cass. 1^{re} civ., 6 février 2008, AJ fam. 2008, obs. F. Chénédet.
- Cass. 1^{re} Civ., 5 mars 2008, droit de la famille, com. 95, et Civ 1^o 6 mai 2009, RDF Juin 2009, com. 68.
- Cass. 1^{re} civ. 19 mars 2008, n° 06-19.640, JurisData n° 2008-043311
- Cass. 1^{re} civ., 24 septembre 2008, n° 07-11.212, JurisData n° 2008-045072, Droit de la famille n° 4, Avril 2014, comm. 62, S. Toricelli
- Cass. 1^{re} civ., 24 septembre 2008, n° 06-11.294, JurisData n° 2008-045071, Droit de la famille n° 4, Avril 2014, comm. 62 S. Toricelli ; Bull. civ. I, n° 211 ; D. 2009. 140, obs. I. Gallmeister, note J.-J. Lemouland ; AJ fam. 2008. 431, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2008. 660, obs. J. Hauser.
- Cass. 1^{re} civ., 5 novembre 2008, n° 07-20.426, JurisData n° 2008-045679 ; Defrénois 2009, p. 552, art. 38910 ; RTD civ. 2009, p. 107, J. Hauser.
- Cass. 1^{re} civ., 3 décembre 2008, n° 07-11.552, Bull. civ. I, n° 279 ; D. 2008. 3086, obs. Granet-Lambrechts ; Dr. fam. 2009. Comm. 27, obs. Murat ; AJ fam. 2009. 31, obs. Robineau ; RTD civ. 2009. 110, obs. Hauser.
- Cass. 1^{re} civ., 3 décembre 2008, n° 07-19.767, Bull. civ. I, n° 276 ; AJ fam. 2009. 32 ; Dr. fam. 2008, n° 17, obs. Murat ; D. 2009. 1918, obs. Gouttenoire et Bonfils.
- Cass. 1^{re} civ., 17 décembre 2008, JCP éd. G. 2009, II, 10020, note A. Mirkovic ; D. 2009, p. 166, obs. V. Égéa ; D. 2009, p. 332, avis D. Sarcelet et p. 340, note L. Brunet ; Dr. famille 2009, comm. 15, note P. Murat.

- Cass. 1^{re} civ., 14 janvier 2009, n° 08-11.035, JurisData n° 2009-046523 ; D. 2009, p. 372, V. Égéa ; AJ fam. 2009, p. 128, M. Brusorio-Aillaud.
- Cass. 1^{re} civ., 25 février 2009, n° 07-14.849, D. 2009. AJ fam 2009., obs. V. Égéa, Jur. 1665, note P. Servant, et Pan. 1918, obs. A. GOUTTENOIRE et P. Bonfils ; AJ fam. 2009. 171, obs. I. Gallmeister; RTD civ. 2009. 309, obs. J. Hauser.
- Cass. 1^{re} civ., 25 février 2009, n° 08-11.033, AJ fam. 2009. 170, obs. Boiché; D. 2009. 730, obs. Gouttenoire; RTD civ. 2009. 308, obs. Hauser
- Cass. 1^{re} civ., 25 février 2009, n° 07-14.849, Bull. civ. I, n) 38 ; D. 2009. AJ 811, obs. V. Égéa ; LPA 18-10 août 2009, note Massip, JCP 2009, II 10076, note. Brusorio-Aillaud ; AJ fam. 2009. 171. Obs. Gallmeister ; Dr. Fam. 2009, n° 58, obs. Gareil-Sutter ; RLDC 2009/59, n° 3395, obs. Pouliquen.
- Cass. 1^{re} civ., 11 mars 2009, n° 08-12.098.
- Cass. 1^{re} civ., 11 mars 2009, no 08-12.097, D. 2009. 872 note M. Huyette.
- Cass. 1^{re} civ., 25 mars 2009, n° 08-14.125, D. 2009. 1793, obs. J.-D. Sarcelet AJ fam 2009. 225, obs. I. Gallmeister.
- Cass. Crim. 26 mai 2009, n° 08-85.601
- Cass. 1^{re} civ., 15 décembre 2010, n° 09-70.583, 1159, JurisData n° 2010-023818, D. 2011. 78, obs. I. Gallmeister, et 622, spéc ; 623, chron. N. Auroy
- Cass. 1^{re} civ., 30 septembre 2009, Bull. civ. I, n° 196, D. 2009, obs. V. Égéa, JCP éd. G. 2010, n° 487, obs. G. Wiederkehr ; AJ fam. 2009, p. 451, obs. S. David
- Cass. 1^{re} civ 28 octobre 2009, n° 07-19.669, Droit de la famille janvier 2010, Obs. Alain DEVERS, p.30.
- Cass. 1^{re} civ., 28 octobre 2009, n° 08-11.245, D. 2009. 2751 ; AJ fam. 2009. 490, obs. I. Gallmeister.
- Cass. 1^{re} civ., 20 janvier 2010, n° 08-16.105, Bull. civ. I, n° 15 ; D. 2010. 323 ; *Ibid.* 718, chron. F. Chénéde ; *Ibid.* 2011. 1040, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2010. 132 ; Rev. sociétés 2010. 430, note B. Dondero ; RTD civ. 2010. 306, obs. J. Hauser ; RTD com. 2010. 355, obs. C. Champaud et D. Danet.
- Cass. 1^{re} Civ., 20 janvier 2010, n° 08-13.200, Bull. civ. I, n° 11 ; D. 2010. 323, et les obs. ; *Ibid.* 522, chron. N. Auroy et C. Creton ;. 718, chron. F. Chénéde ; *Ibid.* 2797, obs. J.-C. Hallouin, E. Lamazerolles et A. Rabreau ; *Ibid.* 2011. 1040, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2010. 132, obs. S. Milleville ; Rev. sociétés 2010. 430, note B. Dondero ; RTD civ. 2010. 306, obs. J. Hauser ; RTD com. 2010. 355, obs. C. Champaud et D. Danet.
- Cass. 1^{re} civ., 14 avril 2010, n° 09-13.686.
- Cass. 1^{re} civ., 27 mai 2010, n° 09-65.208 ; JCP éd. G. 2010, 620.
- Cass. 1^{re} civ., 9 juin 2010, n° 09-13.390, JurisData n° 2010-008750 ; Bull. civ. 2010, I, n° 130
- Cass. 1^{re} Civ. 1^{re}, 9 juin 2010, n° 09-13.390, publié au Bulletin ; AJ fam. 2010. 325, obs. E. Durand ; D. 2010. 2343, note M. Huyette ; *Ibid.* 2092, chron. N. Auroy et C. Creton ; RTD civ. 2010. 546, obs. J. Hauser.
- Cass. 2^e civ., 24 juin 2010, n° 09-12.772, JurisData n° 2010-010462.
- Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2010, n° 09-67.076, JurisData n° 2010-011385
- Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2010, n° 08-19.986, JurisData n° 2010-011729
- Cass. Avis 13 septembre 2010, n° 1000004P, note T. GARÉ, La Semaine Juridique Edition Générale n° 1, 10 Janvier 2011, p. 13.
- Cass. 1^{re} civ. 6 octobre 2010, deux arrêts, n° 09-15.092 etb 09-15.114, Bull. civ. I, n° 192.,
- Cass. 1^{re} civ., 20 octob^{re} 2010, n° 09-67478.
- Cass. 1^{re} civ., 20 octobre 2010, n° 09-67.468 ; D. 2011. 1995, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire.

- Cass. 1^{re} civ., 12 janvier 2011, n° 09-16108, L'essentiel droit de la famille et des personnes, 15 mars 2011, note A. Batteur, n° 3, p. 3
- Cass. 1^{re} civ., 23 mars 2011, n° 09-15.381, Dr. fam. 2011, comm. n° 121, obs. S. Rouxel.
- Cass. 1^{re} civ., 23 mars 2011, n° 10-10.547, Dr. Fam 2011. 103, comm. I. Maria.
- Cass. 1^{re} civ., 6 avril 2011, n° 09-66.486, n° 09-17.130 et n° 10-19.053, JurisData n° 2011-005611 ; JurisData n° 2011-005607 et JurisData n° 2011-005609 ; D. 2011, p. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; p. 1995, obs. A. Gouttenoire ; p. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet ; p. 1001, édito F. Rome ; p. 1064, entretien X. Labbé ; D. 2012, p. 308, obs. H. Gaumont-Prat, p. 1033, obs. M. Douchy-Oudot et p. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seske ; RTD civ. 2011, p. 340, obs. J. Hauser ; AJ fam. 2011, p. 265, obs. B. Haftel ; p. 266, interview M. Domingo ; Rev. crit. DIP 2011, p. 722, note P. Hammje ; RJPF mars 2013, p. 12, obs. I. Corpart ; ACJT 2011, p. 301, obs. C. Siffrein-Blanc.
- Cass., civ. 1^{re}, 4 mai 2011, n° 10-13996, Bull. civ. I, n° 81.
- Cass. 1^{re} civ., 28 septembre 2011, n° 10-23502, Dr. Fam. 2012. 2267, obs. A. Gouttenoire., RJPF 2011, obs. F. Eudier.
- Cass. 1^{re} civ., 23 novembre 2011, n° 10-16.367, F-D, JurisData n° 2011-030679, Droit de la famille n° 2, Février 2012, comm. C. Neirinck.
- Cass. 1^{re} civ., 1er février 2012, n° 11-11.346, JurisData n° 2012-001235 ; Bull. civ. 2012, I, n° 19.
- Cass. 1^{re} civ., 12 avril 2012, n° 11-20.195, F-D, JurisData n° 2012-007083, Dr. Fam. 2012, comm. 96, V. Larribau-Terneyre ; JCP éd. N. 2012, n° 29, 1302, note J. Combret et N. Baillon-Wirtz ; Gaz. Pal. 2012, n° 22-23, obs. J. Casey ; D. 2012, p. 2011, note C. Brenner ; AJ fam. 2012, p. 403, obs. S. David, RTD civ. 2013, 96 ; obs. J. Hauser.
- Cass. Civ. 1^{re}, 12 avril 2012, n° 12-40.013, AJ fam. 2012.348, obs. F. Chénéde.
- Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2012, n° 11-19.377, Bull. civ. I, n° 135 ; D. 2012. 2267, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire
- Cass. 1^{re} civ., 24 octobre 2012, n° 11-18.849, Procédures 2012, n° 358, comm. M. Douchy-Oudot, RJPF 2012 — 12/36, obs. F. Eudier ; Dr. fam. 2013, n° 9, obs. C. Neirinck
- Cass. 1^{re} civ., 19 décembre 2012, n° 09-15.606, D. 2013. 85, obs. I. Gallmeister ; AJ fam. 2013. 137, obs. B. de Boysson.
- Cass. 1^{re} civ., 13 février 2013, n° 12-17.645, Dr. fam. 2013. Comm. 49, obs. V. Larribau-Terneyre.
- Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2013, n° 11-27.845, Dr. fam. 2013. Comm. 97 ; D. 2013. 1451, note S. Le Gac-Pech, et 2050, chron. C. Capitaine ; AJ fam. 2013. 388, obs. A. Boiché.
- Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2013, n° 12-18.444, JurisData n° 2013-012085
- Cass. 1^{re} civ., 26 juin 2013, n° 12-17.275, Dr. fam. 2013, comm. 118, obs. C. Neirinck, avis C. Petit., RTD civ. 2013. 590, obs. J. Hauser.
- Cass. 1^{re} civ., 10 juillet 2013, n° 12-15.334, 12-18.581, 12-18.583
- Cass. 1^{re} civ., 13 septembre 2013, n° 12-18.315, FP-P+B+I+R, JurisData n° 2013-018930.
- Cass. 1^{re} civ., 23 octobre 2013, n° 12-20.560, AJ fam. 2013. 705, obs. G. Vial ; RTD civ. 2014, obs. J. Hauser. Cass. 1^{re} civ., 23 octobre 2013, n° 13-40054, RLDC 2013, n° 110, p. 45, obs. K. Ducrocq-Pauwels.
- Cass. 1^{re} civ., 6 novembre 2013, n° 12-23.766
- Cass. 1^{re} civ. 4 décembre 2013, n° 12-26.066, AJ famille février 2014, p.124.
- Cass. 1^{re} civ., 4 décembre 2013, n° 12-26.161, AJ fam. 2014. 180, obs. A. Boiché ; RTD civ. 2014. 104, obs. J. Hauser.
- Cass. 1^{re} civ., 4 décembre 2013, n° 12-20.158, JCP éd. N., 2014, n° 19, 1187, n° 6, obs. H. Périnet-Marquet.

- Cass. 2^e Civ., 23 janvier 2014, n° 13-11.362, sur le refus justifié de la pension de réversion au partenaire d'un pacte civil de solidarité (PACS ; D. 2014. 968, note L. Andreu, et 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2014. 197, obs. H. Roberge ; RDSS 2014. 392, obs. T. Tauran ; RTD civ. 2014. 342, obs. J. Hauser.
- Cass. 1^{re} civ., 23 janvier 2014, n° 12-27.180, F-D, JurisData n° 2014-001142, Droit de la famille n° 4, Avril 2014, comm. 62 S. Toricelli.
- Cass. Civ. 2^e, 23 janvier 2014, n° 13-11.362, sur le refus justifié de la pension de réversion au partenaire d'un pacte civil de solidarité (PACS ; D. 2014. 968, note L. Andreu, et 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2014. 197, obs. H. Roberge ; RDSS 2014. 392, obs. T. Tauran ; RTD civ. 2014. 342, obs. J. Hauser.
- Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2014, pourvoi numéro 13-10.639, RTD Civ., 1^{er} juillet 2014, p. 637.
- Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2014, n° 13-13.530, D. 2014. 1787, obs. A. Gouttenoire
- Cass., avis, 22 septembre 2014, n° 15011 et 15010, L'essentiel Droit de la famille et des personnes, 15 octobre 2014, n° 9, p. 3.
- Cass., avis, 22 septembre 2014, n° 1470006, JurisData n° 2014-021251., Cass., avis, 22 septembre 2014, n° 1470007, JurisData n° 2014-021225.
- Cass. 1^{re} civ., 24 septembre 2014, pourvoi numéro 13-21.367, RJPF, décembre 2014, p. 26.
- Cass. 1^{re} civ., 22 octobre 2014, n° 13-24945, LEDF, 15 décembre 2014 n° 11, p. 3.
- Cass. 1^{re} civ., 8 octobre 2014, n° 13-25632, EDPF, 2014, n° 10, obs. G. Raoul-Cormeil
- Cass. 1^{re} civ., 5 novembre 2014, n° 14-11.407. D. 2014. 2297, et 2015. 511, chron. I. Guyon-Renard; AJ fam. 2014. 704, obs. V. Brot.
- Cass. 1^{re} civ., 3 décembre 2014, n° 13-24.268, D. 2015. 10 ; AJ fam. 2015. 60, obs. P. Salvage-Gerest.
- Cass. 1^{re} civ., 18 décembre 2014, n° 14-10.041, AJ fam. 2015, obs. S. Thouret.
- Cass. 1^{re} civ., 18 mars 2015, n° 14-11.392, AJ fam. 2015. 282, obs. S. Thouret
- Cass. ass. plén., 3 juillet 2015, n° 15-50.002 et n° 14-21.323, JurisData n° 2015-015881 ; JurisData n° 2015-015879 ; Dr. famille 2015, comm. 166 JCP éd. G. 2015, act. 821 ; JCP éd. G. 2015, 965, A. Gouttenoire.

2) Cour d'appel

- CA Paris, 20 mars 1872, DP 1872, 2, 109.
- CA Paris, 20 décembre 1949, D. 1951, p. 204, concl. Rolland, note Luchaire.
- CA Paris, 10 avril 1954, D. 1954. 408
- CA Paris, 6 décembre 1962, D. 1963. 271, note Falconetti.
- CA Paris, 8 avril 1965, JCP éd. G. 1966, II, 14566.
- CA Paris, 8 décembre 1967, JCP éd. G. 1968, II, 15518.
- CA Paris, 11 octobre 1968, JCP éd. G. 1969, II, 15711, A. Rajon ; D. 1968, p. 661.
- CA Paris, 22 septembre 1972, D. 1974, p. 199, C.-I. Foulon-Piganiol.
- CA Paris, 8 juin 1973, Gaz. Pal. 1973, 2, Defrénois, 1974, article. 30547, obs. H. Souleau.
- CA Lyon, 14 mai 1974, Dr. enfance et fam. 1974, p. 69.
- CA Bourges, 9 juillet 1974. D. 1978. 58, note Aubert.
- CA Paris, 13 décembre 1979, Gaz. Pal. 1980, 1, p. 107, note J. Viatte.
- CA Versailles, 26 novembre 1979, Gaz. Pal. 1980, 2, pan. 471
- CA Bordeaux, 7 février 1980, Dr. Enf. Fam. 1980/1, p. 174.
- CA Paris, 8 janvier 1981, JurisData n° 1981-601035 ; Gaz. Pal. 1981, I, 572, J. Viatte.
- CA Grenoble, 15 juin 1982, Dr. enf. fam. 1982.1, p. 524.

- CA Paris, 6 juillet 1984, Dr. enf. fam. 1985.51, p. 262.
- CA Paris, 28 septembre 1984, JurisData n° 1984-025621.
- CA Paris, 10 décembre 1984, D. 1985. IR 263, note P. Julien.
- CA Lyon, 27 avril 1985, D. 1987, p. 349, M. Maymon-Goutaloy.
- CA Paris, 24 juin 1988, JurisData n° 1988-023077 ; D. 1988, inf. rap. p. 225
- CA Toulouse 9 mai 1989, RG n° 670/89.
- CA Poitiers, 11 juin 1990, JurisData n° 1990-052170.
- CA Paris, 13 juillet 1990, JurisData n° 1990-024391.
- CA Nancy, 16 novembre 1990, RG n° 90/11043.
- CA Versailles, 14e ch., 29 novembre 1991, RG n° 91/11452.
- CA Dijon, 3 novembre 1992, RG n° 1618/92.
- CA Rennes, 28 janvier 1993, Dr. Enf. Fam. 1983.1, p. 254.
- CA Bordeaux, 15 décembre 1993, JurisData n° 1993-050637.
- CA Fort-de-France, 1re ch., 26 mars 1993, JurisData n° 1993-05010.
- CA Riom, 22 novembre 1993, JurisData n° 1993-047597.
- CA Nancy, 19 juin 1995, JurisData n° 1995-044846.
- CA Pau, 2e ch., 20 mai 1996, JurisData n° 1996-046920.
- CA Paris, 24 septembre 1996, JurisData n° 1996-023275.
- CA Paris, 24e ch., sect. B, 19 septembre 1997.
- CA Papeete, 23 octobre 1997, Dr. fam. 1998. Comm. 127, note Beignier
- CA Paris, 6 novembre 1997, Gaz. Pal. 1997. 2. 703, note T. Garé, D. 1998. Somm. 161, obs. H. Gaumont-Prar ; P. CATALA, « La jeune fille et la mort », Dr. fam. 1997, étude n° 12.
- CA Caen, 30 avril 1998, RTD civ. 1999. 813, obs. J. Hauser.
- CA Aix-en-Provence, 30 juin 1998, n° 97/16498, JurisData n° 1998-043418
- CA Paris 30 octobre 1998, JurisData 1997-14039.
- CA Besançon, 18 novembre 1999, D. 2001. 1133, note C. Philippe et F. Pouech ; RTD civ. 2001. 559, obs. J. Hauser.
- CA Riom, 14 mars 2000, n° 00/00002, JurisData n° 2000-119838.
- CA Rennes, 20 mars 2000, RG n° 99/05079.
- CA Paris, 25 avril 2000, RG n° 1998/16339, D. 2000, IR 187 ; RTD civ 2000. 802, obs. Hauser.
- CA Riom, 9 mai 2000, n° 00/00020, JurisData n° 2000-113784.
- CA Rennes, 29 mai 2000, RG n° 98/03537.
- CA Versailles, 22 juin 2000, n° 7799-99, JurisData n° 2000-134595 ; JCP éd. G. 2001, II, 10595, note Ph. Guez.
- CA Paris, 1re ch., sect. D, 28 juin 2000, RG n° 2000/03924.
- CA Paris, 9 novembre 2000, RG n° 2000/10551.
- CA Angers, 12 décembre 2000, RG n° 99/01736.
- CA Douai, 6e ch. corr., 23 janvier 2001, RG n° 00/01551.
- CA Lyon, 18 juin 2001, Journ. Dr. Jeunes 2001, n° 208, p. 59, obs. Huyette.
- CA Paris, 5 juillet 2001, AJ fam. 2001, p. 56
- CA Montpellier, 26 novembre 2001, RG n° 01/02858, Dr. fam. octobre 2002, p. 27, obs. Murat. — Cette position doit être rapprochée de l'épisode dit du double tiret du nom de famille, V. Rép. civ. Nom-Prénom, *op. cit.*, n° 39 ; Defrénois 2008. 2065, note Massip ; RTD civ. 2009. 90, obs. Hauser.
- CA Amiens, 27 mars 2002, n° 01/03472.
- CA Rennes, 4 juillet 2002, D. 2002. 2902, note F. Granet ; JCP 2003. II. 101, obs. J. Rubellin-Devichi ; Dr. fam. 2002, comm. n° 142, obs. P. Murat.
- CA Paris, 26 juillet 2002, RG n° 2002/10480, 2002/10482, 2002/10486.

- CA Poitiers, 7 novembre 2002, RG n° 02/0797.
- CA Douai, 27 février 2003, D. 2004. 2969, obs. J.-J. Lemouland
- CA Paris, 23 avril 2003, n° 2002/21392, JurisData n° 2003-221399 ; D. 2003, p. 2716, note J.-J. Lemouland
- CA Montpellier, 5 mai 2003, RG, n° 02/05335
- CA Bordeaux, 9 septembre 2003, Dr. fam. 2004, comm. 33, note P. Murat.
- CA Versailles, 11 septembre 2003, RG, 03/12006.
- CA Paris, 27 février 2003, n° 2002/07383, JurisData n° 2003-204961 ; Dr. famille 2003, comm. 116, P. Murat.
- CA Toulouse, 7 septembre 2004, n° 03/03841, JurisData n° 2004-256223.
- CA Paris, 7 décembre 2004, RG n° 04/17632.
- CA Paris, 7 décembre 2004, RG, 04/17132.
- CA Poitiers, 8 décembre. 2004, JCP 2005. IV. 3259.
- CA Aix-en-Provence, 3 mars 2005, RG n° 03/07185.
- CA Riom, 29 mars 2005, D. 2005, p. 191, obs. H. Gratadour.
- CA Paris, 5 avril 2005, n° 2004/02232, JurisData n° 2005-268598 ; Dr. famille 2005, comm. 242, P. Murat.
- CA Rouen, 15 juin 2005 RG 03/01005.
- CA Rouen, ch. fam., 18 mai 2006, RG n° 05/01406.
- CA Paris, 28 juin 2006, RG n° 05/11006.
- CA Montpellier, 4 octobre 2006, RG n° 04/01604.
- CA Paris, 9 novembre 2006, RG n° 06/11003.
- CA Paris, 20e ch. corr., sect. A, 29 juin 2007, n° 07/04497.
- CA Amiens, 8 novembre 2007, RG n° 07/04396.
- CA Paris, 20 mars 2008, RG n° 07/14007.
- CA Agen, 27 mars 2008, RG, n° 07/00362CA Paris, 10 avril 2008, RG n° 07/11288, JurisData n° 2008-359901 ; AJ fam. 2008, p. 252, F. Chénéde.
- CA Douai, 6 juin 2008, RG n° 06/06914.
- CA Agen, 30 juillet 2008, RG, n° 08/00163.
- CA Lyon, 2 avril 2009, RG 07/00552.
- CA Lyon, 5 février 2008, RG 07/02302.
- CA Agen, 26 juin 2008, RG n° 07/01670.
- CA Lyon, 5 février 2009, RG, n° 08/03270.
- CA Agen, ch. corr., 9 février 2009, n° 08/00156-A, JurisData n° 2009-003334.
- CA Montpellier, 26 mars 2009, RG n° 08/04730, JurisData n° 2009-007451.
- CA Paris, pôle 1, ch. 1, 14 mai 2009, n° 08/04750, JurisData n° 2009-004074.
- CA Basse-Terre, 18 mai 2009, RG n° 09/00237.
- CA Lyon, 4 juin 2009, Dr. Famille n2009, 161, note I. Maria.
- CA Montpellier, 6 octobre 2009, RG n° 08/04014.
- CA Paris, pôle 1, ch. 1, 27 mai 2010, n° 08/04750 , JurisData n° 2010-012991, Droit de la famille n° 11, Novembre 2010, comm. 165.
- CA Fort-de-France, 16 avril 2010, n° 09/00461 , JurisData n° 2010-016009.
- CA Fort-de-France, le 26 novembre 2010, n° 10/539, JurisData n° 2010-028234 ; obs. C. NEIRINCK, Dr. fam. 2010.
- CA Orléans, 10 janvier 2011, RG n° 09/02840.
- CA Angers, 26 janvier 2011, D. 2011, P. 442, obs. I. Gallmeister.
- CA Pau, 31 janvier 2011, arrêt numéro 08/04582.
- CA Rouen, 10 mars 2011, n° 10/03559, Dr. fam. 2011. 168, obs. C. Neirinck.
- CA Lyon, 21 mars 2011, n° 10/01771.

- CA Paris, 22 juin 2011, RG n° 10/16491
- CA Rouen, 15 septembre 2011, RG n° 10/01507.
- CA Toulouse, ch. 1, sect. 2, 25 octobre 2011, RG n° 09/06155
- CA Lyon, 9 janvier 2012, JurisData n° 2012-000061 ; Dr. famille 2012, comm. 45, note C. Neirinck.
- CA Bordeaux, 6e civ., 20 mars 2012, n° 11/06774, JurisData n° 2012-005585, Dr. fam. 2012, n° 3.
- CA Rouen, 14 février 2012, RG n° 11/05971.
- CA Rouen, 27 mars 2012, RG n° 12/00297.
- CA Rennes, 9 mai 2012, RG n° 11/04466
- CA Dijon, 4 juillet 2012, RG n° 12/00315JurisData n° 2012-019105, Droit de la famille n° 11, Novembre 2012, comm. C. Neirinck.
- CA Douai, 12 juillet 2012, RG n° 11/04503
- CA Rennes, 16 octobre 2012, arrêts numéros RG 11/08743, 1453 et 12/00535.
- CA Rouen, 13 novembre 2012, RG n° 12/03812.
- CA Limoges, 3 décembre 2012, RG n° 12/00066.
- CA Toulouse, 7 décembre 2012, RG n° 13/00045.
- CA Paris, 12 décembre 2012, RG n° 12/12926, Dr. Fam. 2013. Comm. 41, obs. C. Neirinck.
- CA Rennes, 18 décembre 2012, RG n° 11/05482.
- CA Rennes, 8 janvier 2013, RG n° 10/06285.
- CA Paris, 21 février 2013, RG n° 10/13 523.
- CA Aix-en-Provence, 21 février 2013, RG n° 11/16863.
- CA Nouméa, 11 mar 2013, RG n° 13/00017.
- CA Limoges, 7 avril 2013, RG n° 13/00103.
- CA Poitiers, 21 mai 2013 RG n° 12/02583.
- CA Paris, 25 juin 2013, RG n° 11 /10470.
- CA Rennes, 28 juin 2013, RG n° 13/00050.
- CA Grenoble, 24 juillet 2013, RG n°12/04936
- CA Paris, 17 septembre 2013, JurisData n° 2013-019877.
- CA Paris 13 février 2014 n 13-02.2014 ; note E. Viganotti, AJ fam. 2014. 306.
- CA Limoges, 3 mar 2014, RG n° 13/00081.
- CA Limoges, 7 avril 2014, RG n° 13/00114.
- CA Aix-en-Provence, 8 avril 2014, n 13-02869, Droit de la famille n 12, Décembre 2014, comm. 181.
- CA Rennes, 10 janvier 2014, RG n° 13/00370.
- CA Lyon, 25 février 2014, RG n° 13/00303, , JurisData n° 2014-003536.
- CA Douai, 19 juin 2014, n° RG n° 14/00806, RJPF 2014.

3) Tribunal d'instance, Tribunal de grande instance

- TI Saint-Girons, 12 juin 1986, Gaz Pal. 1987. 1. Somm. 37
- TGI Nevers, 29 novembre 1978, D. 1973, p. 415, note G. A. ; RTD civ. 1974, p. 396, obs. R. Nerson.
- TGI Paris, 18 mars 1970, JCP éd. N. 1980, II, n 144.
- TGI Arras, 9 octobre 1981, note G. Raymond.
- TGI Privas, 4 juin 1982, JC 1983, IV, 322.

- TGI Paris, 31 mai 1996. JurisData ° °1996-056320.
- TGI Agen, JAF, 17 avr. 1997, JurisData n° 1997-044090 ; Procédure 1998, comm. 5, note H. Croze.
- TGI Arras, 20 avril 1988, JCP 1989. II. 21269, obs. L. Cadiet.
- TGI Paris, 28 avril 1993, D 1994, p. 242, P. Nicoleau.
- TGI Lille, 5 juin 2002, D 2002, note, X. Labbé.
- TGI Bordeaux, 2 juillet 2004, D 2004. 2395, note E. Agostin ; JC 2004, II, 10169, note G. Kessle ; *Gaz. Pal.* 2004, 3250, note G. Geouffre de la Pradelle, *AJ. fam.* 2004. 407, obs. L. Attuel-Mendè ; *Dr. fam.* 2004, n° 166, note V. Larriba — Terneyr ; *RTD Civ.* 2004. 719, obs. J. Hauser.
- TGI Lille, 1er avr 2, JurisData n° 2008-366137 ; *Dr. famill* 2008, comm. 98, note V. Larribau-Terneyre ; *Dr. famill* 2008, repèr 7, note P. Murat ; D. 2008, p. 1389, note P. Labbé.
- Tribunal de Grande Instance de Grenoble, juge d »'exécution, 31 mars 2009, JurisData numér 2009-003635.
- TGI Annecy, JAF, 1^{er} juillet 2010, n° 09/02356, *AJ fam.* 2010, p 435.
- TGI Créteil 24 mars 2011, n° 10/06078, *AJ fam.* 2011, p 604.
- TGI Lille, 30 mai 2012, JCP éd. G., 2012, p 783, zoom. X. Labbé.
- TGI Créteil, 25 juin 2013, n° 13/04, JurisData n° 2013-017904.
- TGI Créteil, 24 décembre 2013, n° 13/00875, *AJ fam.* 2014, obs. F. Berdeaux-Gacogne.
- TGI Versailles, ch. cons., 29 avril 2014, n° 13/00113.

4) Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n° 6833/74, Cour plénière, Série A, n°31, JT, 1979, 513, obs. F. Rigau ; *AFD* 1980, 317, obs. Pellou ; *JD* 1982, 183, obs. P. Rolland, Grands arrêts de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, p. 519.
- CEDH 26 mars 1985, *X et Y c Pays-Bas*, série A, n° 91.
- CEDH, 25 fév. 1992, *Margareta et Roger Andersson c. Suède*, req. n° 12963/87, Cour plénière, Série A, n° 22.
- CEDH, 27 novembre 1992, *Olsson c. Suède*, req. n° 13441/87, Chambre, Série A, ° °265.
- CEDH Kokkinakis c Grèce, 25 mai 1993, §31, « Grands arrêts du droit de la Cour européenne des droits d »'homme », PUF, 2007, ° °54.
- CEDH 24 février 1995, *Mac Michael c Royaume-Uni*, D. 1995. 449, note M. Huyette.
- CEDH 24 octobre 1996, n° 22500/93, *RTD civ.* 1997, 396, obs. J. Hauser, à propos du prénom « Fleur de Marie ».
- CEDH, 1^{er} février 2000 *Mazurek c France*, *GACEDH*, PUF, coll. Les grandes décisions de jurisprudence, 2004, comm. n° 44, obs. A. Gouttenoire.
- CEDH 13 juillet 2000, n° 39221/98 et 41963/98, *Scozzari et Giunta c Italie*, JC 2001. I., obs. F. Sudre.
- CEDH, 10 mai 2001, *T.P. et K.M. c Royaume-Uni*, req. n° 28945/95
- CEDH, 6 juillet 2004, *Piss c France* n° 46026/99
- CEDH 28 juin 2005, *Fourchon c France*, req. n° 60145/00.
- CEDH 6 décembre 2007, *Mamousseau Washington*, req. n° 39388/05, *Dr. fam.* 2008. Étude 14, obs. A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2008. 83, obs. Boiché.
- CEDH, 22 janvier 2008, n 43546/02, *EB c France*, *RLD* 2008/49, note M.-Ch. Le Boursicot.

- CEDH, 29 avril 2008, *Burden c Royaume-Uni*, RTD 2009, p 513, obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD. 2013. 227, obs. François CHÉNÉDÉ ; Dr. Fam. 2013, comm. n 53, obs. Claire NEIRINCK.
- CEDH, 24 juin 2010, aff. 30140/04 *Schalk et Kopf/Autriche*, JCP 2010, act. 768, note C. Picheral.
- CEDH, 22 mars 2012, n° 45071/09 et 23338/09, *Ahrens et Kautzor*
- CEDH, 25 septembre 2012, arrêt numér 33783/09, *Godelli contre Italie*,
- CEDH, gr. ch., 19 février 2013, *X et autres c/ Autriche*, D 2013. 502, obs. I. Gallmeister; 1436, obs. F. Granet-Lambrecht ; AJ fam. 2013. 227, obs. F. Chénéde ; p 363, obs. J. Hauser.
- CEDH 26 juin 2014, n 65941/11 et n 65192/11, D 2014. 1797, note F. Chénéde, 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire, et 1806, note L. Avout; AJD 2014. 1763, chron. L. Burgorgue-Larse ; AJ fam. 2014. 499, et 396, obs. A. Dionisi-Peyruss e; RT civ. 2014. 616, obs. J. Hauser, et 835, obs. J.-P. Marguénau; H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères, D 2014. 1773.
- CEDH, 20 janvier 2015 *Manuello et Nevi c/Italie*, n °107/10, comm. E. Viganotti.
- CEDH 25 juin 2015, n° 22037/13, *Canonne c/ France*, AJ fam. 2015, p. 499, note S. le Gac-Pech.

5) Conseil Constitutionnel

- DC n° 89-271, 11 janvier 1990, cons. 12, Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel, p 24.
- DC n° 93-325, 13 août 1993. Journal Officie 18Août 1993, p 11722. Droit de la famille n 6, Juin 2000, chron. 14, note J. Descamps.
- DC n 2009-595, 3 décembre 2009 sur la loi organique organisant la question prioritaire de constitutionnalité.
- QPC, 8 juillet 2011, n 2011-147 QPC AJ fam. 2011, obs. V. A.-R. ; AJ péna 2011. 596, obs. J.-B. PERRIER ; RS 2011. 728, chron. C. Lazerges ; RTD Civ. 2011, p.756, obs. J. Hauser ; L. GEBLER, « L'impartialité du juge des enfants remise en question, AJ fam. 2011 ; M Bruggeman, Dr. Fam. 2011, alert 75.
- QPC, 29 juillet 2011, n 2011-155 QPC, D 2012. 971, spéc. 983, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau; AJD 2011. 159 1; AJ fam. 2011. 436, obs. W. Jean-Baptiste .; RT civ. 2011. 748, obs. J. Hauser.
- QPC, 13 juillet 2012 JurisData n° 2012-015751.
- QPC ° °2012-261, 22 juin 2012, JurisData n°2012-014290.note F. Chénéde, AJ Famille juillet 2012, p 466.
- QPC n° 2012-260, 29 juin 2012, D. 2012. 167. 189 9; AJ fam. 2012. 463, obs. T.
- DC, 17 mai 2013, n° 2013-669, C.-A. Chassin, *LPA*, 4 juil. 2013, n°133, p.13 ; J.-M. Larralde, *LPA*, 4 juil. 2013, n°133, p.5 ; D. 2013. 1643, chron. F. Dieu ; *AJ. fam.* 2013. 332, étude F. Chénéde ; J.-R. Binet, *Dr. fam.*, juil. 2013, comm. 98, *Constitutions 2013*. 166, obs. A.-M. Le Pourhiet ; L. Brunet, *RTD sanit. soc.*, 2013, p.908 ; *RTD civ.* 2013. 579, obs. J. Hauser.

6) Conseil d'État

- CE, 4 novembre 1991, n °109.126, 111.030, 107.880 et 102.611, Lamyline.

- CE, 5 juin 1996, n° 160.009, Département de l'Aude, Rec. CE 1996, Table 724 et 955.
- CE, 24 avril 1992, Rev. adm. 1992, p 328, D 1993, jur., p 234.
- CE, 2 octobre 1996, req. n° 174195
- CE 9 octobre 1996, Département de Paris c F., JC 1997.II.22766, concl. Christine Maugüe; D. 1997.117, note Philippe Malaurie, Journal du droit des jeunes, décembre 1996.48.
- CE, 25 avril 2001, n° 213 , JurisData n° 2001-062289.
- CE, 27 juillet 2005, req. n° 265 , JurisData n° 2005-068703, Lebon
- CE, 28 décembre 2007, req. n 303956 et 304202
- CE, 17 octobre 2012, n 348440, RLD 2013/100, n 5021, RJPF 2013, obs. M.-Ch. Le Boursicot.
- CE 12 décembre 2012, n 357865, AJD 2013. 66 ; RT civ. 2013. 344, obs. J. Hauser
- CE, 2^e et 7^e ss-sect. réun., 31 janvier 2014, n 362444, *Retterer*, D 2014. 1171, obs. F. Granet-Lambrecht ; AJD 2014. 253, et 444, chron. A. Bretonneau et J. Less ; AJ fam. 2014. 196, obs. C. Doublet ; RFD 2014. 387, concl. X. Domin ; RT civ. 2014. 332, obs. J. Hauser.

Index

A

Accord · 173, 426
Adoption · 222, 265, 425, 451
Assistance éducative · 293, 431
Autorité parentale · 267, 318, 343, 372, 420, 423, 425,
430, 435
Autorité parentale
Retrait de l'autorité parentale · 430

C

Carbonnier · 89, 347, 435
Communication · 322, 329, 433
Concubinage · 74
Couple · 16, 186, 191, 423, 435, 444
Couple
Concubinage · 74
mariage · 69, 427, 431
PACS · 44, 52, 63, 65, 66, 67, 68, 74, 87, 107, 116,
126, 200, 410, 423, 424, 437, 441, 442, 454
Pacte civil de solidarité · 126, 432
Violences · 79, 80

D

Déjudiciarisation · 154, 185, 186, 189, 190, 193, 427, 441
Divorce · 198, 201, 409, 431
Droit de la Famille · 34, 39, 52, 104, 170, 172, 430, 432,
435, 441, 444

E

Enfant · 23, 128
Enfant
administrateur *ad hoc* · 356

Convention internationale des droits de l'enfant ·
212, 382, 383
discernement · 371
enfance · 336, 351, 369, 414, 429
Intérêt de l'enfant · 413, 416, 445
mineur · 339

F

Filiation · 18, 63, 67, 243, 270, 411, 415, 425, 442, 443

G

GUINCHARD · 26, 28, 43, 56, 69, 95, 104, 105, 122, 123,
130, 153, 155, 168, 175, 176, 185, 187, 189, 191, 193,
195, 196, 199, 201, 222, 272, 322, 326, 371, 391, 406,
409, 412, 430

H

Homologation · 178

I

Intérêt de l'enfant · 413, 416, 445

J

Juge · 7, 33, 60, 128, 284, 301, 432, 467
Juge
Communication · 322, 329, 433
Juge aux affaires familiales · 7, 432
Juge unique · 60
Juges des tutelles · 128
Juge aux affaires familiales · 7, 432
Juge aux affaires matrimoniales · 7
Juge des tutelles · 128
Juge unique · 60

Juridictionnel · 26

Juridictionnel

Jurisdiction · 26, 27, 36

Juridique · 92, 281, 418, 420, 439, 453

M

Mariage · 69, 427, 431

Médiation · 166, 168, 411

Ministère public · 105, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141,
142, 144, 145, 195, 238, 239, 240, 241, 243, 316, 319,
424

Modes alternatifs de règlement des conflits

Conciliation · 444

médiation · 166, 168, 411

O

Ordre public · 45, 431

P

Pluralisme · 10, 12, 16, 17, 26, 48, 63, 172, 207, 414, 443,
445, 467

Juridique · 10

Pluralisme

Pluralisme juridictionnel · 26, 48, 207

R

Rapport Guinchard · 174

T

Tribunal d'instance · 8, 128, 458

Tribunal de grande instance · 1, 8, 38, 56, 84, 148, 197,
458

V

Violences · 79, 80

Tables des matières

Introduction générale	10
Première partie : Pluralisme juridictionnel et protection de la famille	48
Titre 1 : Un pluralisme renouvelé	52
Chapitre 1 : Un juge de la famille modelé	54
Section 1 : Une organisation juridictionnelle adaptée	55
I : Un juge désigné	55
A) Un magistrat du Tribunal de grande instance délégué aux affaires familiales	56
B) Un juge unique	59
II : Le juge de la famille	61
A) La diversité des situations familiales	62
B) L'unification du droit des couples	64
Section 2 : Une compétence juridictionnelle étendue	70
I : La protection de l'union des couples	71
A) Le juge aux affaires familiales et les questions patrimoniales	71
B) Le juge aux affaires familiales et les mesures de crise	75
II : La protection de la désunion des couples	87
A) Le prononcé de la séparation	88
B) Les difficultés postérieures	94
Chapitre 2 : Des juges de la famille imposés	104
Section 1 : Le Tribunal de grande instance	105
I : Une compétence résiduelle	106
A) La nature de la demande	107
B) Demande incidente et prorogation de compétences	107
II : Des compétences exclusives en matière familiale	109
A) Le Tribunal de grande instance et l'état des personnes	110
B) Le Tribunal de grande instance et les droits patrimoniaux	116
III : Le président Tribunal de grande instance	120
Section 2 : Le Tribunal d'instance	122
I : Les attributions extra juridictionnelles	123
II : Les attributions extrajudiciaires	124

A) La nationalité française	125
B) Le Pacte civil de solidarité	126
Section 3 : Le juge des tutelles	128
I : Le rôle protecteur du juge des tutelles	129
II : La procédure devant le juge des tutelles	133
Section 4 : Le Ministère public, gardien du droit des personnes et de la famille	136
I : Le Ministère public et la protection de la famille	137
A) L'ordre public familial	137
B) Une action à finalité protectrice	140
II : Le Ministère public et la protection des plus faibles	142
A) Une mission de surveillance générale	142
B) Des pouvoirs propres au procureur de la République	143
Titre 2 : Un pluralisme dépassé	148
Chapitre 1 : Les aménagements avec le juge	151
Section 1 : Une justice familiale en quête de cohérence	152
I : Rationaliser les compétences de la juridiction familiale	152
A) Une procédure en quête de simplification	153
B) Recentrer l'office du juge sur son cœur de métier : dire le droit	154
II : Spécialiser les juridictions familiales	155
A) Une possible juridiction de la famille	156
B) La question de la formation	159
Section 2 : La justice familiale en quête d'apaisement	163
I : Le juge promoteur d'accords	165
A) La médiation familiale, un engouement certain	166
B) La procédure participative, une alternative à la médiation	175
II : Le juge homologateur, un nouvel espace de la fonction juridictionnelle	178
A) L'homologation judiciaire en droit de la famille	179
B) Le rôle du juge homologateur	181
Chapitre 2 : Les aménagements sans le juge	185
Section 1 : La déjudiciarisation, sortir du périmètre juridictionnel	186
I : La déjudiciarisation du droit de la famille, une volonté publique	186
A) Une notion difficile à cerner	186
B) Les raisons de la déjudiciarisation	188
II : La déjudiciarisation du droit de la famille, le divorce sans juge	191

A) La question du divorce sans juge	191
B) Les limites à la déjudiciarisation du droit de la famille en général et du divorce en particulier.	193
Section 2 : La déjudicictionnalisation, redéfinir le périmètre juridictionnel	195
I : La création de la fonction de greffier juridictionnel	196
II : Le greffier juridictionnel et la déjudicictionnalisation du divorce par consentement mutuel	198
A) Le greffier juridictionnel juge du seul divorce par consentement mutuel	198
B) Une question qui fait débat	200
C) Le cas du divorce en ligne	202
Deuxième partie : Pluralisme juridictionnel et protection de l'enfant	207
Titre 1 : Les juges de l'enfant	216
Chapitre 1 : Un pluralisme nécessaire	217
Section 1 : Le juge de l'existence du lien	219
I : Une fonction créatrice de liens	221
A) Le prononcé de l'adoption	222
B) Les actions aux fins d'établissement du lien de filiation	232
II) Une fonction destructrice de liens	235
Section 2 : Les juges de la vie du lien	253
I : Le juge aux affaires familiales, juge de l'autorité parentale	254
II : Le juge des enfants, juge de l'assistance éducative	282
A) Une atteinte exigée dans l'intérêt de l'enfant	283
a) L'enfant simplement conçu	284
3) La procédure d'assistance éducative	289
a) La phase préparatoire	290
b) La phase décisive	291
4) Les outils à disposition du juge des enfants	291
B) Une atteinte justifiée par le danger pour l'enfant	295
Chapitre 2 : Un pluralisme à articuler	305
Section 1 : Les enchevêtrements de compétences	305
I : Les enchevêtrements de compétence entre juge aux affaires familiales et juge des enfants	306
II : Les autres enchevêtrements de compétences	315
Section 2 : La communication entre juridictions	322
I : La communication au juge des enfants, une obligation pour le juge aux affaires familiales	324
II : La communication au juge aux affaires familiales, une faculté pour le juge des enfants	326

Titre 2 : L'enfant juge	334
Chapitre 1 : L'enfant associé	337
Section 1 : L'enfant émancipé	337
I : L'opportunité d'une demande d'émancipation	338
A) L'émancipation judiciaire	338
B) Le rôle du juge et jurisprudence	339
II : La place du mineur	342
A) Une insuffisante participation du mineur	342
B) La voix du mineur	343
Section 2 : L'enfant représenté	345
A) L'enfant représenté par ses parents	346
Section 3 : L'enfant acteur	357
I : L'enfant et le juge des droits de l'homme	358
II : L'enfant et le juge des enfants	360
A) Le droit de saisir le juge des enfants	360
B) Le droit d'accès au dossier d'assistance éducative	363
Chapitre 2 : L'enfant entendu	366
Section 1 : La parole de l'enfant et le juge	369
I : Le droit de l'enfant à être entendu du juge	369
A) L'enfant doué de discernement	370
B) L'enfant concerné	373
C) L'enfant informé	379
II : Le droit absolu de l'enfant d'être entendu en justice	381
A) L'audition de l'enfant une contrainte limitée pour le juge	381
B) L'audition de l'enfant, une absence de reconnaissance	384
Section 2 : Le juge et la parole de l'enfant	389
I : La diffusion de la parole de l'enfant	389
A) L'obligation pour le juge de rendre compte de l'audition	389
B) Le respect du contradictoire, un contradictoire adapté à l'enfant	390
II : Le poids de la parole de l'enfant	393
A) L'appréciation du juge	393
B) L'avis de l'enfant, une faculté pour le juge	394
Conclusion générale	409

Magali LARDEUX

Université de Toulon – UFR Droit Centre d'études et de recherche sur les contentieux 35
Avenue Alphonse DAUDET – B.P. 1416
83056 TOULON Cedex

Le pluralisme juridictionnel en droit de la famille

Résumé : Lorsqu'au sein d'une famille le recours à la justice devient nécessaire, la spécificité du droit de la famille, les différents intérêts en présence laissent entrevoir un particularisme, le pluralisme juridictionnel. Ce pluralisme juridictionnel est apprécié comme la coexistence de plusieurs juridictions dans un même système de justice familiale. Ainsi, pourront intervenir, le juge aux affaires familiales, le juge des enfants, le juge des tutelles, ou encore le Tribunal de grande instance. Nous nous sommes demandé si cette pluralité était justifiée. D'une manière générale le pluralisme juridictionnel en droit de la famille paraît être conditionné par la recherche de la meilleure application de la règle de droit aux personnes. Le pluralisme juridictionnel traduit ainsi l'adaptation de la loi à l'évolution de la famille. Il est la traduction de l'évolution du pluralisme des modes de vie en famille. Dès lors le pluralisme juridictionnel permet différentes manières d'appliquer la règle de droit à l'ensemble des membres de la famille et réserve une protection plus spécifique à l'enfant.

Mot clés : Pluralisme, Juridictionnel, Juge, Droit de la famille, Enfant.

The judicial pluralism *in* family law

Summary : When, within a family recourse to justice becomes necessary, the specificity of family law, the various interests involved suggest a particularism, judicial pluralism. This judicial pluralism is valued as the coexistence of several courts *in* the same family justice system. So could be made, the family court judge,, the juvenile court judge, the guardianship judge, the Court of First Instance. We wondered if this plurality was justified. Generally judicial pluralism *in* family law seems to be conditioned by the search for the best application of the rule of law to people. Judicial pluralism and reflects the adaptation of the law to the evolution of the family. It is the translation of the development of pluralism *in* lifestyles family. Therefore judicial pluralism allows different ways to apply the rule of law to all family members and provided more specific protection to the child.

Keywords : Pluralism, Judge, Judicial, Family Law, Child.