



HAL
open science

Couple et Famille : Étude comparative des systèmes juridiques français et marocain

Dyaa Sfindla

► **To cite this version:**

Dyaa Sfindla. Couple et Famille: Étude comparative des systèmes juridiques français et marocain. Droit. Université de Toulon, 2016. Français. NNT : 2016TOUL0110 . tel-02485193

HAL Id: tel-02485193

<https://theses.hal.science/tel-02485193v1>

Submitted on 20 Feb 2020

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 n° 509 Civilisations et Sociétés euro-méditerranéennes et comparées

FACULTE DE DROIT DE TOULON

Centre de Droit et Politique Comparés
Jean-Claude Escarras (UMR-CNRS 7318 DICE)

COUPLE ET FAMILLE

Étude comparative des systèmes juridiques français et marocain

Thèse pour le Doctorat en droit privé
présentée et soutenue publiquement le 20 mai 2016 par

Dyaâ SFENDLA

JURY

Monsieur **Hubert BOSSE-PLATIERE**, Professeur à l'Université de Dijon (Rapporteur)

Madame **Mélina DOUCHY-LOUDOT**, Professeur à l'Université de Toulon (Directeur)

Monsieur **Vincent ÉGEA**, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Madame **Dominique FENOUILLET**, Professeur à l'Université de Paris II, Panthéon-Assas

Monsieur **Abdallah OUNNIR**, Professeur à l'Université de Tanger (Rapporteur)

Je tiens à adresser mes plus vifs remerciements à mon directeur de thèse, Madame le professeur Méлина Douchy-Oudot. Un grand merci pour avoir accepté de diriger cette thèse et pour m'avoir soutenue tout au long de ces années.

Je tiens également à remercier le doyen Pierre Sanz de Alba pour sa disponibilité et ses précieux conseils durant les premières années de ce travail.

Je remercie Madame le professeur Dominique Fenouillet et Messieurs les professeurs Vincent Égéа, Hubert Bosse-Platière et Abdallah Ounnir de m'avoir fait l'honneur de participer au jury de soutenance de cette thèse.

Mes remerciements s'adressent enfin à toutes les personnes qui, de près ou de loin ont permis l'aboutissement de ce long travail. Merci aux membres du Centre de droit et de politique comparés Jean-Claude Escarras pour leur aide et leur soutien. Un grand merci à toi Catherine.

À mes parents,

À ma famille,

À mes amis,

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse qui demeurent propres à leur auteur.

TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

APIE	Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant
<i>AJ. fam.</i>	Actualité juridique famille
al.	Alinéa
A.N.	Assemblée nationale
<i>Arch. philo. dr.</i>	Archives de philosophie du droit
art.	Article
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
C.E.	Conseil d'Etat
C.G.I.	Code général des impôts
CPC	Code de procédure civile
Cass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
ch. mixte	Cour de cassation, chambre mixte
ch. réunies	Cour de cassation, chambres réunies
chr.	Chronique
circ.	Circulaire
C. civ.	Code civil
C. com.	Code du commerce
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 1 ^{ère}	Cour de cassation, première chambre civile
Civ. 2 ^{ème}	Cour de cassation, deuxième chambre civile
Civ. 3 ^{ème}	Cour de cassation, troisième chambre civile
CMF	Code marocain de la famille
Com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Comm. EDH	Commission européenne des droits de l'homme
coll.	Collection
concl.	Conclusions
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
C. cass. maroc.	Cour de cassation marocaine (après 2010)
C. cass. tun.	Cour de cassation tunisienne
C. pén.	Code pénal
Cour supr.	Cour suprême (marocaine, avant 2010)
Comp.	comparez
Cons. constit.	Conseil constitutionnel
<i>contra</i>	solution contraire
Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
CSP	Code du statut personnel
CSS	Code de la sécurité sociale
D.	Décret
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
DCC	<i>Dahir</i> sur la condition civile des français et étrangers au Maroc
<i>Defrénois</i>	Répertoire du Notariat Defrénois
Doc. A.N.	Document parlementaire Assemblée nationale
Doc. Sénat	Document parlementaire Sénat

<i>GACEDH</i>	Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme
<i>Gaz. pal. gde ch.</i>	La gazette du palais Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme
<i>ibid</i>	<i>ibidem</i>
<i>infra</i>	voir ci-dessous
JAF	Juge des affaires familiales
J.-Cl. civ.	Jurisclasseur de droit civil
<i>JCP, éd. E</i>	Jurisclasseur périodique - édition entreprise
<i>JCP, éd. G</i>	Jurisclasseur périodique - édition générale
<i>JCP, éd. N</i>	Jurisclasseur périodique - édition notariale
JDI	Journal de droit international (<i>Clunet</i>)
<i>J.O</i>	Journal officiel
NCPC	Nouveau Code de procédure civile
n°	numéro
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	page
<i>pan.</i>	panorama
LPA	Les petites affiches
<i>précit.</i>	précité
PUF	Éditions des Presses universitaires de France
Rapp. Cass	Rapport annuel de la Cour de cassation
RCADIP	Recueil des cours de l'Académie de droit international privé La Haye
<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
Rép. civ. Dalloz	Dalloz (encyclopédie) – civil
Rép. min.	Réponse ministérielle
Rap.	Rapport
<i>Rev. dr. fam</i>	Revue droit de la famille
<i>Rev. dr. éco.</i>	Revue marocaine de droit et d'économie
<i>Rev. dr. soc.</i>	Revue de droit social
<i>Rev. tun. dr.</i>	Revue tunisienne de droit
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJPF	Revue juridique Personnes et Famille
<i>Rev. Lamy dr. civ.</i>	Revue Lamy droit civil
RRJ	Revue de la recherche juridique
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
<i>Rev. dr. sanit. soc.</i>	Revue trimestrielle de droit sanitaire et social
saw	Salutations et paix sur lui
s.	Et pages suivantes
S.	Recueil Sirey
Soc.	Cour de cassation, chambre sociale
spéc.	spécialement
<i>supra</i>	voir ci-dessus
t.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
TPI	Tribunal de première instance
V.	voir
V°	<i>verbo</i> au mot

GLOSSAIRE

<i>Adoul</i>	Notaire traditionnel chargé de la célébration des mariages au Maroc
<i>Charia</i>	Il s'agit de la loi islamique constituée par l'ensemble des sources scripturaires sacrées auxquelles adhèrent les musulmans : le Coran et la <i>sunna</i> . La <i>charia</i> désigne aussi le corpus de textes juridiques élaborés par la doctrine islamique et sur lequel se fonde le juriste musulman.
<i>Dahir</i>	Décret royal.
<i>Fatwa</i>	Avis juridique circonstancié rendu en l'absence d'un texte précis par un savant du droit musulman de rang élevé, soit du même pays soit du rite auquel il se rattache.
<i>Fiqh</i>	Il s'agit de la loi islamique (Droit et jurisprudence) telle que comprise par les hommes et traduite juridiquement par eux.
<i>Firach</i>	C'est la présomption de paternité découlant du mariage, littéralement « le lit conjugal ».
<i>Hadana</i>	Garde de l'enfant mineur.
<i>Hadith</i>	Propos ou récit attribué au Prophète Mohamed (saw) et recueilli par un témoin auditif qui l'aurait transmis à un autre auditeur jusqu'à ce qu'il soit consigné dans un livre. Toutes les traditions rapportées ne sont pas acceptées par la Science des <i>hadiths</i> . Seules les traditions dites authentiques (confirmées par la transmission) constituent des sources principales.
<i>Ijtihad</i>	Effort de compréhension du message divin qui consiste également à renouveler l'interprétation des préceptes de l'Islam et leur nécessaire adaptation à l'évolution du monde.
<i>Nikah</i>	Désigne à la fois le mariage légal et l'acte sexuel.
<i>Ouléma</i>	Ou <i>imam</i> , il s'agit d'un théologien ou érudit versé dans la connaissance du Coran et apte à l'interpréter.
<i>Umma</i>	Communauté des musulmans au-delà de leur nationalité.
<i>Ssolh</i>	Processus visant à remettre en fonction ce qui ne fonctionne plus.

<i>Sunna</i>	Tradition du Prophète (saw), c'est-à-dire l'ensemble des faits et gestes, des approbations implicites ou explicites qui lui sont attribués et rapportés dans les <i>hadiths</i> .
<i>Talaq</i>	Dissolution unilatérale du mariage par le mari traduite dans une décision de justice, ou par décision de l'épouse si le mari lui en a consenti l'initiative dans le contrat de mariage.
<i>Tatliq</i>	Divorce judiciaire à l'initiative de la femme (ou l'homme). Ne peut avoir lieu que devant un tribunal et dans des cas bien définis et limités.
<i>Waliy</i>	Tuteur matrimonial.

SOMMAIRE

Introduction

PREMIERE PARTIE

LA PRIVATISATION DES LIENS DE FAMILLE

TITRE 1- LE LIEN MATRIMONIAL FONDEMENT DU LIEN FAMILIAL

Chapitre 1- Une conception de la famille commune aux deux rives de la Méditerranée

Chapitre 2- Une conception de la famille renouvelée

TITRE 2- LE LIEN FAMILIAL DETACHE DU LIEN MATRIMONIAL

Chapitre 1- Du lien familial au lien parental

Chapitre 2- Du lien familial aux liens familiaux

SECONDE PARTIE

LA DEMATRIMONIALISATION DES LIENS DE FAMILLE

TITRE 1- LA CONSECRATION JURIDIQUE DE NOUVELLES CONJUGALITES

Chapitre 1- L'insertion des unions hors-mariage dans le Code civil

Chapitre 2- Une exportation du modèle familial français outre-méditerranée

TITRE 2- LA METAMORPHOSE JURIDIQUE DE LA PARENTE

Chapitre 1- L'unité de la filiation inhérente à la procréation

Chapitre 2- L'unité de la filiation construite sur l'engendrement

Conclusion générale

INTRODUCTION

« Le droit de la famille est un droit original car il se nourrit de données humaines (il régit les comportements humains les plus intimes), de données scientifiques (sociologiques, démographiques, méthodologiques, biologiques...) et d'idéologie (le droit de la famille est construit sur de valeurs : valeurs morales hier, étroitement liées à la religion, valeurs que l'on croit "universelles" aujourd'hui, attachées aux droits et libertés fondamentaux). Il est également original par sa dimension symbolique : le droit de la famille est le miroir de la société qui le produit (...). C'est sans oublier que l'une des fonctions du droit est d'offrir un cadre de référence. Il est une boussole pour les individus : il est facteur d'équilibre individuel et de cohésion sociale »¹.

1. Couple et famille, une histoire d'amour. Peut-on réellement imaginer parler du couple² sans parler d'amour ? Toutes les histoires conjugales ne sont-elles pas des histoires d'amour ou de désamour ? À l'inverse, peut-on encore sérieusement parler de famille lorsque l'amour s'étiole dans le couple ? Le couple ne serait alors que le corollaire d'une réalité mouvante, tandis que la stabilité serait de l'essence même de la famille. Le mystère qui entoure le couple est tel qu'un auteur estimait qu'en parler « est une entreprise tout aussi risquée que de sauter en parachute lorsqu'on a le vertige »³, et que « le thème conjugal évoque trop de choses pour chacun, et chacun le voit à travers un regard trop personnel pour qu'on puisse prétendre à l'objectivité »⁴. À l'occasion de propos impertinents sur l'amour conjugal, un auteur remarque qu'« il y a dans le fait de s'engager l'un envers l'autre cette chose toute particulière à chaque couple qui a conduit au don de

¹ P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, Paris, LGDJ, coll. « Droit civil », 5^{ème} éd., 2016, p. 42, spec. n° 54, et p. 66, n° 97.

² Il semblerait que la première utilisation du mot « couple » au sens qui nous intéresse dans cette étude l'ait été vers les années 1150. Cf. A. WALCH, *Histoire du couple en France*, Rennes, éd. Ouest-France, 2003.

³ A. WALCH, *Histoire du couple en France*, *op. cit.*, p. 10.

⁴ *Ibid.*, p.10.

leur personne et qui n'est réductible à aucune analyse »¹. Le droit laisse de côté la question relative aux sentiments² pour traiter avec objectivité celle des liens³.

2. Couple et famille, une histoire de liens. Le couple et la famille sont une réalité vécue par tous. Elle renvoie à la structure familiale propre à chaque individu et dans laquelle la plupart se projette. Le terme « couple » se distingue cependant du terme « famille ». Le sens étymologique du mot « couple » renvoie au latin *copula* au sens de « lien, liaison, groupe de deux personnes liées par l'amitié, l'amour ». Au féminin, le terme correspond au « lien servant à attacher deux ou plusieurs animaux de même espèce ». Enfin, l'acception commune du terme est de désigner l' « homme et la femme unis par des relations affectives, physiques ». Depuis peu, et par extension, le couple peut également être constitué de « deux personnes du même sexe vivant ensemble, et unies par des liens affectifs, physiques »⁴. L'idée générale est donc que le couple lie volontairement deux individus, de sexe différent ou de même sexe, soit par l'amitié ou par l'amour. Appréhender une définition de ce qu'est la famille n'est, en revanche, pas chose aisée. Le même dictionnaire de référence décline sous diverses occurrences ce terme, selon le temps et le lieu. Il s'agirait de « l'ensemble des personnes (enfants, serviteurs, esclaves, parents) vivant sous le même toit, sous la puissance du *pater familias* », comme il peut également s'agir des personnes « unies par le sang ou par l'alliance » par « le mariage, la filiation ou, exceptionnellement, par l'adoption ». Enfin, la famille peut désigner la « succession des individus qui descendent les uns des autres, de génération en génération ». Le terme est pluriel, mais il renvoie, à l'instar du couple, à cette idée de groupe (plus de deux personnes) dont les individus semblent être liés entre eux de façon pérenne.

3. Couple et famille, des notions pluridisciplinaires. Bien qu'intuitives, les notions de couple et de famille font également l'objet de nombreuses études scientifiques et se retrouvent au carrefour de plusieurs disciplines dont les objectifs varient. Les historiens⁵ ont remonté le temps afin de rendre compte de l'origine mais aussi de l'évolution des systèmes familiaux. La psychanalyse se concentre sur l'étude de l'individu afin d'expliquer son psychisme à partir du couple et de sa famille. L'analyse économique rend compte de

¹ M. DOUCHY-OUDOT, « Propos impertinents sur l'amour conjugal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, Dalloz, 2012, p. 81.

² Monsieur le professeur Jean HAUSER affirmait, à juste raison, que « le Droit n'a, à notre époque, aucune raison de s'intéresser à l'amour et, dans ce domaine, laisse largement la place à la liberté ». Cf. J. HAUSER, « Amour et liberté : la devise contemporaine du couple ? », *Arch. philo. dr.*, 2014, t. 57, p. 73. V. aussi l'article de Monsieur le professeur TERRE « Fait-on du bon droit avec de bons sentiments », in *L'amour selon la loi. Exercices d'écriture*, C. PUIGELIER, F. TERRE (dir. de), éd. Mare&Martin, 2015, pp. 19-20. Pour Madame le professeur FENOUILLET, le droit semble pourtant aujourd'hui s'être laissé embarquer dans la logique de l'amour, alors qu'une dissociation de l'ordre du sentimental et de l'ordre du droit est vivement souhaitable. Cf. D. FENOUILLET, *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 2013, p. 44.

³ É. PAILLET, « Liens personnels, liens de famille », in *Des liens et des droits*, Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre LABORDE, Paris, Dalloz, 2015, pp. 433-443.

⁴ P. ROBERT, *Le grand Robert de la langue française : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, par A. REY, éd. Le Robert, 2008, V° Couple.

⁵ A. BURGUIERE, C.F. KLAPISCH, M. SEGALIN et alii (dir. de), *Histoire de la famille*, Paris, Armand Colin, 1986.

cette cellule comme unité de production pour permettre la mise en place de politiques familiales adaptées¹. La psychologie n'est pas en reste puisqu'elle tente d'expliquer le rôle de la famille dans la construction de l'identité de la personne². Si la sociologie observe la famille comme source de création d'un lien social entre individus³, l'anthropologie interroge directement l'humain à sa source, tandis que le droit, dans la vocation de réglementation des rapports sociaux qui lui est dévolue, se propose d'établir un lien juridique entre les membres d'une même famille. En dehors de ce lien que lui seul peut instituer, point de famille ni de couple au sens juridique du terme et, par conséquent, point de droits ni d'obligations. Neurobiologistes⁴, sociologues⁵, anthropologues⁶, démographes⁷ et juristes se sont également intéressés au phénomène familial de la manière la plus large qui soit.

Après quelques précisions liminaires nécessaires au cadre général de cette recherche (**I**), il sera rendu compte de l'évolution du couple et de la famille en droit (**II**). Le recours au droit comparé permettra de révéler les différences et points communs de deux traditions juridiques différentes et constituera la méthode de recherche privilégiée dans cette étude (**III**).

I. CADRE GENERAL DE L'ETUDE

4. Le cadre spatial de l'étude. Le Maghreb constitue le premier ensemble francophone au monde, dont les pays⁸ présentent un nombre important de similitudes. Tant du point de vue religieux, historique, culturel ou encore linguistique, les trois pays qui le forment se retrouvent au carrefour de la mer Méditerranée. Cette position stratégique est, à bien des égards, déterminante dans la perspective comparée tant de leurs droits entre eux, que de leur droit avec celui d'un autre système juridique. Dans ce contexte, le système français, de tradition juridique civiliste faisant partie de la famille des droits romano-germaniques, offre d'importantes opportunités de comparaison avec le système juridique maghrébin. Bien que ces pays fassent partie de ce qu'on appelle communément en droit

¹ En ce sens, V. le dossier dans la Revue droit de la famille « Analyse économique du droit de la famille », 2015, n° 10.

² C. HALPERN, J.-C. RUANO-BORBALAN, *Identité(s). L'individu, le groupe, la société*, éd. Sciences humaines, 2004.

³ F. DE SINGLY, *Les uns avec les autres. Quand l'individualisme crée du lien*, éd. Arman Colin, 2003 ; P.-Y. CUSSET, *Le lien social*, Armand Colin, 2007.

⁴ J.-D. VINCENT, *La biologie du couple*, éd. Robert Laffont, 2015.

⁵ C. CICHELLI-PUGEULT, V. CICHELLI, *Les théories sociologiques de la famille*, éd. La Découverte, 1998.

⁶ C. LEVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, PUF, 1949.

⁷ L. ROUSSEL, *La Famille incertaine*, éd. Odile Jacob, 1989.

⁸ Le cadre de l'étude se limitera au « petit » Maghreb, en opposition au « grand Maghreb arabe » lequel inclut la Libye et la Mauritanie.

comparé « le système islamique »¹ que tout semble éloigner du droit français, force est de constater que la structure du système juridique français n'est pas totalement étrangère aux pays du Maghreb². Les trois pays ont été, au début du siècle dernier, soit sous protectorat français (le Maroc et la Tunisie), soit purement et simplement un département français (l'Algérie). Surtout, au lendemain des indépendances, les structures juridiques françaises mises en place y ont, pour la plupart, été conservées³ malgré quelques réticences dues au sentiment nationaliste⁴. Il est vrai que le domaine des relations familiales n'a pas, à cette époque, fait l'objet de changements substantiels du fait de son attachement étroit à la religion musulmane. Pourtant, le simple contact entre un droit d'inspiration religieuse et un droit totalement laïcisé n'est pas sans conséquences⁵. Pour toutes ces raisons, l'aire géographique privilégiée dans cette étude est celle du Maghreb, le choix ayant été fait de privilégier le droit marocain dans le processus même de comparaison. En effet, le Maroc s'est doté en 2004 d'un Code modernisé de la famille qui promeut l'égalité conjugale, chose jusque là inédite dans le droit des pays arabes. Bien que l'Algérie ait suivi son homologue marocain en 2005, les modifications apportées ne semblent pas comparables à l'audace dont a fait preuve le législateur marocain.

5. L'intitulé « Couple et Famille ». Le parti a été pris d'attacher une grande importance aux deux termes du sujet que sont le couple et la famille. Conscients de la tendance contemporaine de perte de vigilance sur l'importance du sens des mots, le langage demeure aujourd'hui plus que jamais l'outil permettant l'identification claire de ce qui est étudié. C'est pourquoi le souci de produire un matériau permettant de garantir au mieux la fiabilité de la compréhension des mots est au centre de cette étude. Comme le remarquait Gérard CORNU, « l'immense majorité des termes de droit possède de multiples sens juridiques. Le phénomène est irréductible. En droit aussi, le nombre des signifiés est infiniment plus élevé que celui des signifiants, les notions juridiques, beaucoup plus nombreuses que les mots pour les nommer. Même la néologie ne compense pas la

¹ A. GAMBARO, R. SACCO, L. VOGEL, *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2011 ; G. CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 2011. D'autres ouvrages parlent également de « droit musulman » : R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 11^{ème} éd., 2002.

² Pour tout ce qui concerne le droit des obligations notamment, le fond du droit y est similaire, et la jurisprudence n'hésite pas à interpréter les textes locaux à la lumière des décisions de la Cour de cassation française. R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporain, Approche comparative*, Litec LexisNexis, 2^{ème} éd., 2008, p. 244.

³ V. M.J. ESSAID, *Introduction à l'étude du droit*, Rabat, Fondation M.J. ESSAID pour la Réforme du droit et le développement Socio-Économique, avec le concours de la Fondation Éducation et Culture du Groupe Banque Populaire, 4^{ème} éd., 2010.

⁴ Notamment le processus d'arabisation de la justice au Maroc.

⁵ V. *infra*, n° 90.

disproportion car la puissance analytique est un trait accentué de la pensée juridique qui divise, subtilise, distingue sans fin »¹.

6. Un intitulé au singulier. Le choix au singulier de l'intitulé *Couple et Famille* n'est pas indifférent. Il est vrai qu'à l'heure où ces deux notions sont appréhendées dans toute leur factualité², il n'aurait pas été injustifié de traiter des « Couples et des Familles ». Pourtant, face à la pluralité des formes de vie en couple³ et de familles, le souci d'agréger au mieux la variété des composantes des deux notions par le recours à l'abstraction a été privilégié. Ce parti pris ne nie pas l'approche plurielle aujourd'hui consacrée des familles et des couples conjugaux tout au long de l'étude. Une autre raison a justifié ce choix vers un intitulé au singulier : la perspective comparative. Si l'approche de droit interne pure, voire de droit européen et communautaire avait été privilégiée dans cette étude, il aurait été possible de saisir le couple et la famille dans leur réalité plurielle et factuelle conformément à la tendance législative contemporaine. Or, loin de n'être qu'une simple attention de courtoisie à l'égard du système juridique de comparaison, le souci de cohérence scientifique imposait d'y considérer le couple et la famille conformément à la conception qui y a cours. Or, le couple maghrébin ne saurait être autre chose que marié, la famille étant légitime ou n'étant tout simplement pas. Le singulier ou le pluriel prend alors un sens qui n'est plus résiduel, mais est scientifiquement important.

7. Le refus d'une approche exclusivement notionnelle. Aborder l'étude du sujet « Couple et Famille » pourrait paraître indéterminée car elle n'est pas accompagnée de l'occurrence « la notion de... ». Il ressort de la littérature juridique relative aux études portant sur une « notion de... » que, très souvent, « l'expression n'est qu'une redondance inutile qui ne recèle aucune orientation vers la recherche conceptuelle annoncée »⁴. Couple et famille ne sont pas que notionnels. La véracité scientifique supposait le choix d'un intitulé ouvert sur des réalités étudiées particulièrement larges, favorisant l'approche comparative.

8. Un contenu substantiel déterminé. Si la plupart des branches du droit privé font référence à la notion de couple⁵, le cadre d'analyse retenu pour cette étude est cependant restreint au droit civil, particulièrement aux relations personnelles du couple. La démonstration proposée concerne essentiellement le droit extrapatrimonial de la famille

¹ D. ALLAND, S. RIALS (dir. de), Entrée « linguistique juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous *Les rapports des mots et du droit*, Lamy-Puf, 2003, p. 954.

² J. GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux, Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2012.

³ J.-J. LEMOULAND, « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D.*, 1997, chr. 133 ; « Le couple en droit civil », *Rev. dr. fam.*, 2003, chr. n° 22, pp. 11-16 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « À propos du pluralisme des couples et des familles », *LPA.*, 28 avril 1999, n° 84, p. 29.

⁴ C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, Paris, 1987, LGDJ, p. 25.

⁵ A.-M. GILLES, *Le couple en droit social*, Paris, Economica, 1997.

sous l'angle des liens familiaux¹. Le droit patrimonial, notamment le domaine des successions ou encore des régimes matrimoniaux ne sera abordé qu'incidemment afin d'illustrer les propos qui s'y rapportent. Par exemple, évoquer le régime primaire des époux sans aborder la question des charges du ménage ou celle touchant à la solidarité du couple à l'égard des dettes pècherait par son incomplétude. De même, prétendre expliquer l'évolution contemporaine du droit marocain sans revenir sur les raisons de l'immobilisme du droit successoral présenterait le même écueil. Bien que cette seconde dimension ne constitue pas l'objet principal de l'étude, un recours ponctuel aux éléments du droit patrimonial a été nécessaire par souci de pertinence et de clarté du propos.

9. Une approche simultanée du couple et de la famille. Traiter en droit du couple et de la famille n'est pas redondant. L'impossibilité de définir² ce que cette dernière est –de moins en moins ce qu'elle n'est pas-, conjuguée aux spécificités qui y sont attachées selon les traditions juridiques en font un objet d'étude devant être mis en contemplation de l'autonomie revendiquée par la conjugalité. L'admission du mariage homosexuel par la loi du 17 mai 2013 en France illustre ce face à face nécessaire du couple et de la famille. Cet épiphénomène rend compte de toute une (r)évolution familiale.

10. Un jeu de miroirs entre les deux rives de la méditerranée. L'approche du droit français de la famille lorsque le droit comparé s'en empare³ révèle les contradictions autant que les atouts des conceptions renouvelées du couple et de la famille. La comparaison avec les pays européens voisins a un intérêt indiscutable d'amélioration de la législation française, de connaissance du droit étranger, voire de rapprochement des législations européennes. Mais la confrontation du droit de la famille de l'Occident avec une législation familiale issue d'un système reposant sur le droit musulman suggère une tout autre fonction du droit comparé. Plus que d'amélioration ou de rapprochement, il s'agit de construire un pont pour favoriser une communicabilité⁴ entre deux systèmes juridiques⁵ différents. Inhabituelles, les raisons d'une telle approche comparée sont nombreuses. Dans un premier temps, les études privilégiant une approche comparée droit occidental/droit musulman de la famille sont encore peu nombreuses. Lorsqu'elles font état de la rencontre des deux systèmes, c'est essentiellement du point de vue du droit international privé, particulièrement sous l'angle de la réception des institutions de droit islamique par le

¹ A.-M. LEROYER, « Les nouveaux liens de famille : entre idéalisme et réalisme », in *Les nouveaux rapports de droit*, E. JEULAND, S. MESSAÏ-BAHRI, Paris, RJS éd., t. 39, pp. 129-142.

² P. MURAT (dir. de), *Droit de la famille*, Dalloz Action, Paris, 7^{ème} éd., 2016-2017, n° 01.12, p. 3.

³ J.-J. LEMOULAND, « Quel apport du droit comparé au droit français des personnes et de la famille ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, Paris, Dalloz, 2012, p. 329-349.

⁴ V. en ce sens : *La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Liber amicorum, Jean-Claude ESCARRAS, Bruxelles, Bruylant, 2005.

⁵ En ce sens, V. les actes du colloque « La réception réciproque des institutions familiales Europe-Maghreb » dans la Revue de droit de la famille, 2015, sept., n° 38, spec. B. AZZEMOU, « Difficultés de connaissance des institutions familiales étrangères : les difficultés liées à la diversité des sources du droit algérien ».

système juridique français¹. Porter l'attention sur les seules divergences des deux systèmes sans s'intéresser à leurs causes profondes, ni rechercher d'éventuels points communs éloigne de la démarche comparative. Cette attitude favorise une réception à sens unique d'un système juridique par l'autre. Dans un contexte de « consommation culturelle »², la plupart des études menées tant au Nord qu'au Sud de la méditerranée se bornent à étudier le droit français de la famille à la lumière du droit des pays européens voisins³, de la même manière que le droit de la famille marocain constitue, depuis la dernière réforme législative, le pays avant-gardiste du sud de la méditerranée qu'il convient de comparer aux autres législations *moins avancées*⁴ de la même tradition juridique. Cette sclérose de deux modèles si proches géographiquement mais que tout condamne à éloigner a été un élément décisif dans la volonté de comparer ce qui, pour l'entendement général est difficilement comparable, afin de dégeler une conception des relations familiales ici et là, largement gouvernées par la méconnaissance et les préjugés.

11. Une connaissance mutuelle à parfaire. Le processus même de connaissance de la culture juridique d'un autre système a tendance à être mené à travers les catégories analytiques occidentales. C'est pourquoi l'objet de cette étude est d'« installer un jeu de miroirs, un jeu d'interprétations mutuelles, où les rapports entre les *acteurs du transplant* – les porteurs des modèles juridiques occidentaux- et les *acteurs du retour* -ceux qui revendiquent leurs différences culturelles- se contaminent »⁵. Comme l'écrit Monsieur le professeur Jean HAUSER, « quand deux pays veulent se pencher sur la réception réciproque des institutions avec un autre pays, c'est vers eux-mêmes qu'ils doivent se tourner. Ils sont naturellement et inévitablement invités à se regarder pour savoir ce qu'ils peuvent recevoir et pour indiquer ce qu'ils souhaitent être reçu par l'autre. C'est donc, d'abord, à une séance d'introspection, voire de psychanalyse du système national, qu'il faut se livrer (...) »

¹ V. en ce sens : R. EL HUSSEINI-BEGDACHE, *Le droit international privé et la répudiation islamique*, Paris, LGDJ, 2002 ; H. BOUHAREB-CASSAR, *Conséquences des ruptures conjugales entre Nord et Sud de la Méditerranée*, Paris, l'Harmattan, 2012. Voir néanmoins la thèse de Monsieur K. ZAHER, qui a envisagé tant la réception des institutions islamiques dans les pays non-musulmans, que la situation des non-musulmans dans les pays de tradition islamique. Cf. K. ZAHER, *Conflit de civilisations et droit international privé*, Paris, l'Harmattan, 2009.

² W. CAPELLER, « Droits infligés et “chantiers de survivances : de quel lieu parle –ton ?” », in *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales : Autour de Masaji CHIBA*, W. CAPELLER, T. KITAMURA (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 15.

³ À titre d'exemple : A.-C. REGLIER, *L'appréhension de la famille européenne*, Thèse, Aix-Marseille, 2013 ; L. LESTIENNE-SAUVE, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, Paris, LGDJ, 2013 ; L. MONTILLET DE SAINT PERN, *La notion de filiation en droit comparé*, Thèse, Paris II, 2013.

⁴ Entre autres : F. TOBICH, *Les statuts personnels dans les pays arabes : de l'éclatement à l'harmonisation*, Marseille, PUAM, 2008 ; S. PAPI, *L'influence juridique islamique au Maghreb*, Paris, l'Harmattan, 2009 ; M. MONJID, *L'islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, Étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, Paris, l'Harmattan, 2013. V. Pourtant l'étude comparative du professeur M. CHAFI, *Les rapports juridiques entre époux. Étude comparative du droit français et du droit marocain*, Thèse, Paris II, 1989.

⁵ W. CAPELLER, « Droits infligés et “chantiers de survivances : de quel lieu parle –ton ?” », *art. précit.*, p. 17.

Ensuite, mais ensuite seulement, et à supposer que l'autre ait fait de même, c'est à un véritable exercice de droit comparé que l'on peut se livrer »¹.

12. L'espérance d'une théorie commune. La perspective comparatiste apporte une contribution fondamentale à la formation d'une théorie générale du droit, étant entendu que celle-ci doit être comprise non comme une théorie générale du droit national mais davantage comme une théorie commune à différents droits, ou au droit d'une civilisation, la civilisation humaine, sans qu'elle ait la prétention d'être universelle. Cet apport fournirait les éléments communs à différents droits, pour mettre en évidence l'unité juridique par l'examen comparé de la diversité des institutions et servir de base à une compréhension mutuelle.

II. ÉVOLUTION DU COUPLE ET DE LA FAMILLE EN DROIT

13. Existence de mutations profondes. Les processus et les problèmes élémentaires du droit et de la vie sont généralement similaires d'un système juridique à un autre. À cet égard, le professeur DEL VECCHIO a pu écrire que « (...) l'unité fondamentale de l'esprit humain (qui) rend possible et fructueuses les communications de peuple à peuple »² car le droit, avant d'être un phénomène national, est d'abord un phénomène humain. L'idée se vérifie particulièrement en droit de la famille. Le problème de son instabilité, bien qu'il se pose en des termes différents selon le degré d'industrialisation d'une société donnée, se pose aussi, bien que de manière différente, au Maroc et dans les pays de tradition islamique. Monsieur le professeur Mohamed CHAFI, lorsqu'il soutenait sa thèse de Doctorat en 1989 -portant sur *Les rapports juridiques entre époux*³- faisait remarquer que la famille marocaine avait subi, depuis plus d'un quart de siècle, de profondes mutations dans sa structure et sa fonction en raison des transformations que subit la société⁴. L'affirmation semble relever de la banalité face à tant d'évidence. Et pourtant, les tenants d'une conception antique et patriarcale de la famille arabo-musulmane ne cessent de réduire cette structure à ses institutions les plus controversées telles la polygamie ou encore la répudiation. L'évolution contemporaine du droit de la famille est telle que ces institutions se réduisent aujourd'hui –au Maroc en tous cas- à des vestiges d'un autre siècle et seul le respect dû à la source religieuse du droit en empêche la suppression. C'est dire que de telles institutions ont, à leur tour aussi, nécessairement subi les transformations d'une société aspirant à davantage d'égalité et de liberté. L'évolution du droit marocain de

¹ J. HAUSER, « La réception réciproque des institutions familiales Europe-Maghreb », *Rev. dr., fam.*, 2015, sept., n° 51.

² G. DEL VECCHIO, « Les bases du droit comparé et les principes généraux du droit », in *Humanité et Unité du droit. Essais de philosophie juridique*, par G. DEL VECCHIO, Paris, LGDJ, 1963, p. 16.

³ M. CHAFI, *Les rapports juridiques entre époux. Étude comparative du droit français et du droit marocain*, op. cit.

⁴ *Ibid.*, p. 14.

la famille mérite une attention globale qui ne se limite pas à ces institutions. Les mutations en question sont au demeurant perceptibles en droit français (1) et en droit marocain (2).

1. En droit français

14. L'émergence de la notion de couple. Réalité initialement sociale, l'émergence de la notion de couple¹ est récente en droit de la famille. Les travaux universitaires portaient, avant la consécration de cette notion en 1999, sur le mariage et la famille de façon plus large, voire sur les concubinages. L'apparition tardive du couple réside à bien des égards, au fait que celui-ci n'a jamais été, en droit civil², dissociable de la famille qu'il fondait. Celui-ci était le préalable nécessaire à la fondation de la famille³ et non une fin en soi. Ce modèle dominant a longtemps retenu l'attention du législateur et était exclusif de toute autre configuration.

À la fin du siècle dernier, la loi du 15 novembre 1999⁴ reconnaissant le concubinage et portant création du Pacte civil de solidarité introduit dans le Code civil un article 515-8 disposant 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 ». Avec cette loi, le législateur hisse au rang législatif une forme d'union qui a, pendant des siècles, était ignorée au profit du seul mariage et dans le même temps reconnaît que le couple, en droit français, peut être formé de deux personnes de même sexe. La rupture qui s'ensuit en droit de la famille classique sera conséquente. À la famille légitime autrefois valorisée par le Code napoléon a succédé une famille constituée d'un couple, marié ou non, de sexe différent ou de même sexe. Ce changement de perspective du droit de la famille⁵ fait suite au développement de la vie en couple en dehors du cadre marital. Il a eu pour prémisses les concubinages⁶ et a coexisté avec les unions conjugales.

¹ C. BRUNETTI-PONS, *La notion juridique de couple*, Paris, Economica, 1998 ; H. LECUYER, « La notion juridique de couple », *Rev. dr. et patrim.*, 1997, n° 53, p. 62-65 ; J.-J. LEMOULAND, « Le couple en droit civil », *Rev. dr. fam.*, 2003, chron. 22.

² V. néanmoins : *Le droit non civil de la famille*, Préf. J. CARBONNIER, PUF, Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 1993.

³ Sur cet aspect, V. D. FENOUILLET, « De la vertu familiale naturelle du mariage », in *Le discours et le Code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Paris, LexisNexis Litec, 2004, pp. 127-137 ; V. aussi J. HAUSER, « Une république familiale », in *Le discours et le Code, op. cit.*, pp. 139-149.

⁴ L. n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au Pacte civil de solidarité, *J.O.*, 16 nov. 1999, p. 16959.

⁵ C. BRUNETTI-PONS, « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille », *Rev. dr. fam.*, 2003, n° 5, chr. n° 15, pp. 10-17 ; 2^{ème} partie, même revue, n° 6, chron. n° 17, pp. 4-8.

⁶ J. RUBBELIN-DEVICHI (dir. de), *Des concubinages dans le monde*, Paris, éd. du C.N.R.S., 1990.

La reconnaissance d'une notion autonome du couple par rapport à la famille émane d'une volonté d'adaptation du droit aux faits et valeurs nouvelles que la société¹ véhicule. Entre autres faits et valeurs contemporaines, émergeait plus précisément l'idée que les personnes de même sexe pouvaient également former un couple. Si la jurisprudence² dans les années 90 affirmait vigoureusement que le couple ne saurait être autre chose que l'association d'un homme et d'une femme, l'idée faisait peu à peu son chemin que les personnes de même sexe pouvaient être heureuses ensemble et vivre une relation parentale. Le recours à des « droits venus d'ailleurs »³ permettait aux associations LGBT d'illustrer le phénomène en provenance des pays scandinaves⁴ et d'imposer progressivement leurs idées dans la société afin que le droit en constitue le réceptacle. La démarche implique donc une mise en valeur du couple et de sa volonté au détriment de la famille. Il résulte de ces nouvelles valeurs un « éclatement du consensus social sur des valeurs communes »⁵, aboutissant à une philosophie nouvelle au fondement d'une idéologie du bonheur, qui relègue la conception millénaire du mariage à un ordre social révolu qu'il convient de supplanter. À cet égard, un auteur a même pu décréter la fin des bonnes mœurs⁶ -corollaire de l'ordre public- qui permettaient, sous l'effet combiné de la norme sociale de conduite⁷ et de la morale⁸, d'assurer une certaine stabilité à l'institution familiale. L'influence des nouvelles mœurs, privilégiant une approche plus subjective du mariage et la prise en compte par le droit de cette tendance générale ont favorisé la mutation du droit contemporain de la famille⁹. C'est pourquoi le couple tel qu'appréhendé dans cette étude vise tant le couple hétérosexuel que le couple homosexuel.

On le voit d'emblée, les conséquences de la définition du couple adoptée en 1999 promettait nombre de transmutations en droit de la famille. À cet égard, si l'admission du couple homosexuel n'imposait pas l'ouverture du mariage à son profit, elle ne l'excluait

¹ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la justice, La Documentation française, Paris, 1999.

² Cass. soc., 11 juillet 1989, *J.C.P.*, G, 1990, II, 21553, note M. MEUNIER; Cass. civ. 3^{ème}, 17 décembre 1997, *J.C.P.*, 1998, G, 10093, note A. DJIGO.

³ Pour reprendre l'expression du doyen CARBONNIER dans *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, Paris, éd. Flammarion, 1996, p. 44.

⁴ J. POUSSON-PETIT, « Couples conjugaux et pluralismes culturels et juridiques en Europe », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire NEIRINCK*, Paris, LexisNexis, 2015, pp. 385-410.

⁵ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « 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*, M.-T. MEULDERS-KLEIN (dir. de), Bruxelles-Paris, éd. Bruylant-LGDJ, 1997, p. 603, spec. p. 606.

⁶ D. FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique », in *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle. Études offertes à Pierre CATALA*, Paris, éd. Litec, 2000, p. 487-528.

⁷ S. BENISTY, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Paris, Institut universitaire Varenne, « coll. Des Thèses », 2014.

⁸ M. PICHARD, « Droit et morale en droit extrapatrimonial », in *Droit et morale*, D. BUREAU, F. DRUMMOND, D. FENOUILLET (dir. de), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2011, p. 135-153.

⁹ Sur les tensions générées par cette mutation, V. P. DEUMIER, « Le droit de la famille vu par ses sources », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire NEIRINCK*, Paris, LexisNexis, 2015, pp. 229-243.

pas pour autant. La reconnaissance du couple homosexuel ne constituait qu'une première fondation jetée en vue de permettre, à plus ou moins long terme, de franchir le cap du mariage. Mais ce n'était là sans doute qu'un cheval de Troie destiné à ouvrir le droit matrimonial au pluralisme. Nombreux furent en effet les couples de sexe différent qui délaissèrent le mariage pour le Pacs.

15. Un pluralisme conjugal. La consécration de la diversité des modes de conjugalité¹ a conduit la doctrine à mener une riche réflexion sur ce qu'elle a pu désigner comme le droit commun du couple². De nombreuses études s'attachent à mettre en exergue les analogies entre les différents couples, afin de démontrer que le pluralisme hiérarchisé³ a laissé entrevoir une concurrence entre les formes juridiques de la vie en couple⁴, avant que ce dernier ne cède la place à un monisme⁵ conjugal. La tendance à l'uniformisation aujourd'hui constatée⁶ invite à réfléchir sur la portée de la diversité initialement mise en place. Ne serait-ce, au demeurant, qu'un trompe-l'œil qui cacherait une tentation de modèle unique⁷ ? Les écrits doctrinaux relèvent des lignes de convergences assez marquées entre les couples, qui sont autant d'indices de l'émergence d'un modèle familial unique. S'il est vrai que l'idée d'un droit commun trouve une limite dans le respect de la diversité des couples, une partie de la doctrine défend pourtant farouchement les particularités liées à chaque type de conjugalité⁸. Si, comme l'avance Madame le professeur Anne LEBORGNE « le mariage semble avoir perdu de sa superbe »⁹, celle-ci n'hésite pourtant pas à défendre avec force l'idée que ce dernier est un engagement qui intéresse la société tout entière car il est l'acte fondateur de la famille, devant être nécessairement maintenu comme mode spécifique de conjugalité. Comme en écho à ce vœu, Madame Aude MIRKOVIC

¹ A. LEBORGNE, « Réflexion sur la diversité des modes de conjugalité », in *La diversité du droit*. Mélanges en l'honneur de Jerry SAINTE-ROSE, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 675-697 ; Y. LEQUETTE, « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois. Liber amicorum*, Paris, Defrénois, 2012, pp. 523-550.

² En ce sens : X. LABBEE, *Le droit commun du couple*, Presses universitaires du Septentrion, 3^{ème} éd., 2012 ; M. SAULIER, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, Thèse, Paris 2, 2014.

³ V. C. BRUNETTI-PONS, « Couple, concubinage et PACS, De l'émergence d'une hiérarchie des couples », in *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, LGDJ, 2002, pp. 37-47.

⁴ J. HAUSER, « La concurrence des formes juridiques de la vie en couple », *Rev. dr. fam.*, 2000, n° 12, pp. 20-24.

⁵ Y. LEQUETTE, « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », *art. précit.*, spec. n° 16 et s., p. 538. V. aussi, D. FENOUILLET, *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 3^{ème} éd., 2013, pp. 28-29.

⁶ Particulièrement depuis la réforme du Pacs en 2006.

⁷ J.-J. LEMOULAND, « La diversité du droit contemporain de la famille : un trompe-l'œil », in *La diversité du droit*. Mélanges en l'honneur de Jerry SAINTE-ROSE, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 729-750.

⁸ Interrogée sur la question de savoir si la notion de vie maritale pouvait être élargie aux concubins pour le paiement de l'impôt, le Ministère de la justice a répondu que s' « il peut être souhaitable, qu'au sein de chaque mode de conjugalité, une cohérence des notions soit assurée selon le domaine du droit, cette exigence ne doit pas conduire nécessairement à une harmonisation totale des règles applicables à ces différents modes de conjugalité ». En effet, « le pluralisme juridique lié aux différents types d'union répond (...) à la diversité des projets des couples, chacun pouvant exprimer des demandes de protection ou d'indépendance patrimoniale différentes ». Rép. min. n° 13605, *J.O.*, Sénat, Q° 24 déc. 2015.

⁹ A. LEBORGNE, « Réflexion sur la diversité des modes de conjugalité », *art. précit.*, p. 675.

encourageait l'idée que le mariage rend un véritable service public et qu'il convient, par conséquent, de lui restituer sa spécificité et ses avantages¹. Dans le même temps, d'autres auteurs plus réalistes quant au devenir du mariage étaient déjà prompts à une réflexion sur une éventuelle suppression de celui-ci sous prétexte qu'il aurait déjà « plus ou moins disparu », voire serait « devenu une sorte de partenariat renforcé »². Il est vrai qu'affirmer la singularité du mariage aurait été chose louable avant l'entrée en vigueur du mariage entre personnes de même sexe or, aujourd'hui, celui-ci est irrémédiablement coupé de ses racines familiales pour être relégué à un simple statut de couple³, sauf à modifier le droit de la filiation lui-même. Cet ultime chantier de réforme a donc été ouvert comme cela était prévisible.

16. Vers un régime impératif conjugal. Dans ce contexte, réinventer la singularité des statuts de la vie commune a été une des pistes proposées⁴ afin de respecter la liberté individuelle de ceux qui souhaitent rester en dehors du droit, tout en offrant une protection optimale à ceux qui continuent de voir le mariage comme l'acte fondateur de leur vie à deux. Dans cette entreprise, le droit commun du couple qui semble se dessiner est de nature protectrice⁵. Qu'il s'agisse de la dimension patrimoniale du couple⁶ ou de sa dimension personnelle⁷, le juge est appelé à jouer un rôle premier dans la protection des intérêts de ses membres que ce soit pendant la vie de couple, ou lors de la rupture. Comme l'affirme Monsieur le professeur LEMOULAND, le contrôle du juge⁸ « s'étend peu à peu à des domaines qui lui échappaient auparavant, celui des couples non mariés en particulier. Et l'ordre public qui s'exprime alors est loin d'être toujours de simple protection (...) la loi impose aux partenaires des devoirs qui sont considérés comme participant du régime primaire des gens mariés : communauté de vie, secours, assistance, solidarité vis-à-vis des tiers »⁹. L'effort doctrinal mérite donc d'être poursuivi, et une telle protection jurisprudentielle invite à réfléchir à l'élaboration d'un régime primaire impératif conjugal au profit des couples. L'intérêt immédiat d'une telle entreprise réside dans le besoin de

¹ A. MIRKOVIC, « Le mariage, un service public à redécouvrir », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2012, n° 94, pp. 55-58.

² H. FULCHIRON, « Le partenariat est-il soluble dans le mariage (et réciproquement) ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, Paris, Dalloz, 2012, p. 128.

³ S. FULLI-LEMAIRE, « La raison d'être du mariage au début du XXI^{ème} siècle », in *Les piliers du droit civil, Famille, Propriété, Contrat*, Actes du colloque tenu à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), les 6 et 7 juin 2013, N. LAUENT-BONNE, N. POSE, V. SIMON (dir. de), éd. Mare&Martin, 2014, pp. 61-76.

⁴ H. FULCHIRON, « Le partenariat est-il soluble dans le mariage (et réciproquement) ? », *art. précit.*

⁵ Sur la force normative de la nouvelle éthique familiale, cf. R. OUEDRAOGO, *La notion de devoir en droit de la famille*, Bruylant, Bruxelles, 2014.

⁶ A.-S. BRUN, *Contribution à la découverte d'un droit patrimonial du couple*, Thèse, Grenoble, 2003 ; W. BABY, *Les effets patrimoniaux du Pacs*, Defrénois, coll. « Doctorat&Notariat », 2013.

⁷ L. PIZARRO, *Le traitement juridique de la rupture du couple, Réflexion sur l'émergence d'un droit commun de la rupture du couple*, Thèse, Aix-Marseille, 2014.

⁸ V. en ce sens : V. ÉGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, coll. « Doctorat&Notariat », 2010.

⁹ J. LEMOULAND, « La diversité du droit contemporain de la famille : un trompe-l'œil », *art. précit.*, p. 748.

structuration du droit contemporain de la famille, lequel pêche par « une absence totale de réflexion et de cohérence »¹. Dégager un tel statut aurait l'avantage de privilégier les exigences de cohérence et de prévisibilité juridique que n'offrent pas, pour l'heure, les interventions jurisprudentielles ponctuelles. Dans la mesure où loin de s'être éclipsé, le retour en force de l'ordre public² témoigne que son contenu s'est déplacé « d'une part vers la défense de nouvelles valeurs, d'autre part vers un ordre public que l'on pourrait qualifier davantage de protection que de direction »³, il ne serait pas inutile de sérieusement y songer. Dans cette perspective, l'idée se répand au sein de la doctrine non pas d'un désengagement total du législateur vis-à-vis de la norme juridique, mais d'un désengagement relatif⁴. Pour Monsieur le professeur Marc PICHARD, « en formulant son intervention morale dans des mots dont la portée est particulièrement discutée ou dont il adopte une approche discutable » le législateur rend « incertain le sens de son message moral » à tel point qu'il serait légitime de se demander si celui-ci ne se désengagerait pas à son insu⁵. Moins optimiste mais pourtant plus tranchée est l'approche de Monsieur le professeur Yves LEQUETTE pour qui « le droit se devrait d'assumer les responsabilités qui sont les siennes et devrait marquer nettement ses préférences en portant des jugements de valeur substantiels dictés par les intérêts de la société dont il a la charge, afin de servir de guide aux citoyens »⁶, car lorsque « le droit met sur un pied d'égalité des comportements, on ne saurait tabler sur le sentiment que les individus se font du "bien", à travers d'autres systèmes normatifs, pour escompter qu'ils effectueront les choix les plus favorables au "maintien de la société" »⁷.

17. La rupture du lien couple-mariage-parenté : quel fondement pour quelle famille ? À l'heure où la notion de couple est totalement détachée du mariage, le devenir de la famille est des plus incertains. Quels rapports existe-t-il entre couple et famille ? Le couple aujourd'hui est-il exclusif de la famille, ou nécessairement lié à celle-ci ? Le recours à une définition de ce qu'est la famille n'est d'aucune aide⁸ à en croire Monsieur le

¹ J. HAUSER, « Amour et liberté : la devise contemporaine du couple ? », *Arch. philo. dr.*, 2014, t. 57, p. 78.

² Il s'agit d'un retour car l'ordre public imposant une certaine conception de la famille a incontestablement subi un net recul face à la contractualisation des relations familiales. V. en ce sens : D. FENOUILLET, B. DE VAREILLES-SOMMIERES (dir. de), *La contractualisation de la famille*, Paris, éd. Economica, 2001.

³ J. LEMOULAND, « La diversité du droit contemporain de la famille : un trompe-l'œil », *art. precit.*, pp. 747-748. V. aussi : D. FENOUILLET, *Droit de la famille, op. cit.*, pp. 29-30.

⁴ M. PICHARD, « Droit et morale en droit extra patrimonial », *in Droit et morale, op. cit.* pp. 146-147.

⁵ *Ibid.*, p. 153.

⁶ Y. LEQUETTE, « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », *art. precit.*, p. 542, spec. n° 20.

⁷ *Ibid.*, n° 19. Dans le même sens, V. P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, Paris, LGDJ, 5^{ème} éd., 2016, n° 45, p. 39. Ceux-ci n'hésitent pas à affirmer, sur le caractère exemplaire de la loi, que celle-ci « exerce dans le droit familial des fonctions essentielles. Même inefficace, elle crée un sentiment de sécurité et de responsabilité. Elle accomplit un rôle éducatif et exemplaire : elle dit ce qui est mal et ce qui est bien. Surtout, si elle cesse de condamner ce qui est immoral, beaucoup d'individus pensent que l'activité immorale est désormais innocente : la permission légale accélère la liberté des mœurs (...) ».

⁸ Selon les termes mêmes de Monsieur le professeur HAUSER et de Madame le professeur HUET-WEILLER, « la famille est d'abord un groupe de personnes, et de tout cela tout le monde est d'accord. Il n'est pas sûr que l'on

professeur MURAT pour qui « il faut renoncer à une définition simpliste et unique de la famille (...) » qui « consiste à (la) définir de manière générale comme un groupe de personnes unies par des rapports de parenté ou d'alliance (...) » lesquels ne permettent « pas d'inclure certaines formes de vie familiale contemporaines simplement fondées sur la communauté de vie »¹. Si la complexité et la diversité de la notion de famille empêchent d'en fixer une définition², il est des constantes qui soulignent la permanence de cette institution à l'heure où le renouvellement des valeurs morales assure la persistance de l'ordre public. Monsieur le professeur FULCHIRON ne manque pas de le souligner : « que l'individu soit marié ou non n'a plus aucune importance. On préfère cependant qu'il vive en couple, car il semble que ce soit là un cadre plus favorable pour l'enfant (...) un couple, un berceau : l'image familiale la plus traditionnelle, la sainte famille, continue à modeler l'inconscient collectif, quitte à ce qu'on floute un peu la photo »³. Le même point de vue est partagé par Monsieur le professeur MURAT pour qui, en dépit du renouvellement des valeurs de la société, « (...) les familles continuent tout de même très largement à assumer leurs fonctions traditionnelles et que la législation familiale ne s'est pas non plus dissoute dans un tout contractuel »⁴. Bien qu'il s'agisse désormais d'une « Légo-cité »⁵ ou d'une « famille Légo »⁶, l'affirmation est heureuse pour ceux qui voyaient dans la transformation des institutions la fin de la famille et des fonctions qui lui sont traditionnellement dévolues. Et pourtant, l'incertitude et le flou qui l'entourent n'ont jamais été aussi brûlants, car la question demeure de savoir ce qui fonde aujourd'hui la famille.

Il semblerait en tous cas qu'en s'autonomisant, le couple se soit progressivement détaché de l'idée de procréation, pourtant centrale dans la fondation de la famille⁷. Plus

puisse aller plus loin sans discussion ». Cf. *La famille : Fondation et vie de la famille*, Traité de droit civil, 2^{ème} éd., n° 1.

¹ P. MURAT (dir. de), *Droit de la famille*, Dalloz Action, Paris, Dalloz, 7^{ème} éd., 2016-2017, n° 01.12, p. 3.

² V., *a contrario*, la thèse de Mme REGLIER, qui met l'accent sur la pluridisciplinarité de la notion même de famille, et de la pluralité des angles d'analyse de cette dernière, tant sur le plan national qu'europpéen. L'auteur, forte d'une analyse européenne, estime que « les objectifs poursuivis par les différents auteurs qui ont la maîtrise du contenu des notions que ce soit la Cour EDH ou le législateur au sein de l'Union européenne ne sont pas identiques car ils n'ont pas les mêmes intérêts à protéger ». Pour autant, cette complexité ne devrait pas, selon l'auteur, suffire à justifier le refus d'essayer de la définir. A.-C. REGLIER, *L'appréhension de la famille européenne*, Thèse, Aix-en-provence, 2013, pp. 1-3.

³ H. FULCHIRON, « Le partenariat est-il soluble dans le mariage (et réciproquement) ? », *art. précit.*, p. 132.

⁴ P. MURAT, *op. cit.*, n° 01.21, p. 5.

⁵ Pour reprendre l'expression de Madame le professeur DOUCHY-LOUDOT, « Les filiations électives à l'épreuve du droit, vingt ans après », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire NEIRINCK*, Paris, LexisNexis, 2015, spec. p. 506.

⁶ Pour reprendre l'expression de Messieurs les professeurs MALAURIE et FULCHIRON, *Droit de la famille*, Paris, Defrénois, 5^{ème} éd., 2016, n° 92, p. 63.

⁷ F. PAYEN, « La famille organisatrice du sexuel et de la parenté est-elle en voie de disparition ? », in *L'évolution du concept de famille en Europe depuis trente ans : étude pluridisciplinaire*, P. BOUCAUD (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 139-156.

précisément, « dès lors qu'il s'ouvre aux personnes de même sexe, le mariage se détache de la parenté »¹. Encore faut-il s'accorder sur la parenté.

18. L'enfant, symbole de la famille. Ce mouvement perceptible dans l'évolution du droit de la famille a été rendu possible par l'entrée sur la scène juridique d'une figure familiale clé qu'est l'enfant. Comme l'affirme Messieurs les professeurs MALAURIE et FULCHIRON, « (...) dans les sociétés contemporaines, ce serait l'enfant qui "fait famille" »². Le même constat a été souligné il y a un peu plus d'une décennie déjà : « Il est remarquable d'observer qu'un droit commun du couple ait été découvert par le prisme de l'enfant, de la même façon que les relations de couple hors mariage ont d'abord été appréhendées par leurs conséquences, c'est-à-dire précisément par l'enfant, à travers le statut de la filiation naturelle »³. Le droit contemporain de la famille serait donc centré sur la personne de l'enfant⁴, mythe fondateur⁵ du droit contemporain de la famille.

L'enfant est au cœur de la dimension familiale, et avec lui la procréation⁶. S'observe depuis quelques années maintenant un mouvement de mutation de la sexualité⁷ dans le couple, qui ne remplirait plus sa fonction procréative mais se voit valorisée dans sa dimension récréative⁸. Face à ce mouvement de « contraction »⁹ du couple sur lui-même, l'idée est aujourd'hui communément admise que la famille existe par la venue de l'enfant, indépendamment du statut conjugal des parents. Or, dans les couples de même sexe, la potentialité d'un enfant à deux est, par procréation charnelle, nulle.

19. Procréation et couples de même sexe. Les revendications homoparentales initiales privilégiaient la dimension éducative de l'enfant afin de faire aboutir les demandes tendant à établir un lien de droit entre l'enfant du (de la) partenaire du (de la) père (mère). Le débat portait donc sur la capacité du couple homosexuel à élever et éduquer un enfant ensemble. Depuis l'entrée en vigueur du mariage entre personnes de même sexe, la tendance s'est généralisée de recourir, par les couples de même sexe, aux techniques d'assistance médicale à la procréation hétérologue en vue de satisfaire leur désir d'enfant.

¹ J.-J. LEMOULAND, *Droit de la famille*, éd. Ellipses, 2014, p. 49.

² P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, *op. cit.*, pp. 24-25, n° 17.

³ A.-S. BRUN, *Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple*, Thèse, Grenoble, 2003.

⁴ J.-J. LEMOULAND, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 62, spec. n° 76.

⁵ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.*, 1995, p. 249-270.

⁶ M. MESNIL, *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, Thèse, Paris IV, 2015.

⁷ C. ADAM, « La sexualité comme puissance de démesure et de dérèglement du droit », in *Droit des familles, genre et sexualité*, N. GALLUS (dir. de), Paris, LGDJ, Centre de droit privé-Unité de droit familial, 2012, pp. 25-33 ; X. LABBEE, « Le pacte civil de solidarité et la sexualité », in *Du Pacs aux nouvelles conjugalités, où en est l'Europe ?*, J. FLAUS-DIEM, G. FAURE (dir. de), Paris, PUF, 2005, pp. 11-19.

⁸ J. HAUSER, « Le choix de ne pas donner la vie : un droit de ne pas donner la vie ? », in *Être parent aujourd'hui*, P. JACQUES (dir. de), Dalloz, coll. « Thèmes&commentaires », 2010, pp. 9-25.

⁹ Pour reprendre l'expression de Monsieur le professeur Hugues FULCHIRON : « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? », in *Mariage-Conjugalité, Parenté-Parentalité*, H. FULCHIRON (dir. de), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes&Commentaires », 2009, p. XI.

Outre que le procédé est controversé, que l'on soit de même sexe ou de sexe différent, car il conduit à la fabrication d'enfants en vue de satisfaire un désir, il aboutit à nombres d'interrogations relatives à la réception par le droit français de situations illégalement réalisées à l'étranger. Les figures familiales qui en résultent sont inédites¹, et les transformations qui affectent les conditions de la reproduction subissent une mutation sans précédent. La doctrine n'a d'ailleurs pas manqué de se demander si la logique volontariste irriguant le droit du couple était transposable à la parenté ?² En effet, la remise en cause consécutive du système de parenté conduit à la transformation des notions les plus élémentaires : que l'acte d'engendrement humain repose sur la réunion de deux personnes de sexe différent.

20. Une mise en cause de l'unité du droit de la famille. Tel est l'état du droit contemporain de la famille³. Sa construction sur des valeurs nouvelles, remettant en cause l'ordre de la nature est en cours. La mutation de la parenté qui s'ensuit remet en cause la pérennité du système actuel. À la diversité actée des couples en droit de la famille fait écho l'unité de la parenté. La doctrine ne manque de relever ces « contradictions qui s'avèrent de plus en plus difficiles à surmonter »⁴ et qui sont dues au « manque d'harmonie qui avait caractérisé la première vague de réformes dans les années 1960. Désormais, les réformes se succèdent dans la précipitation et le désordre (...) il peut même arriver que deux lois promulguées le même jour reposent sur des logiques différentes »⁵. L'incohérence qui en résulte ne semble plus pouvoir être contenue⁶, et l'interaction entre conjugalité et parenté rend nécessaire une intervention législative définissant les nouvelles valeurs au fondement du système de parenté.

2. En droit marocain

21. Précisions terminologiques. Si en langue française le terme couple porte en son germe l'idée de lien, la langue arabe renvoie également à l'idée unitaire de paire à l'instar de la définition française, en désignant le couple par le vocable *zawj*, qui constitue également une racine de mot. Celle-ci, lorsqu'elle est accompagnée du suffixe (*ane*)

¹ F. BELLIVIER, « La possibilité d'être parent en dépit de la nature et l'impossibilité d'être parent à raison du droit », in *Être parent aujourd'hui*, op. cit., 2010, pp. 39-47.

² D. FENOUILLET, « Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté. Adoption, procréation et parenté à l'épreuve de la toute-puissance du sujet », *Arch. philo. dr.*, 2014, t. 57, pp. 37-71, spec. n° 49.

³ C. BRUNETTI-PONS, « Après la loi du 17 mai 2013, quel état des lieux et quelles perspectives pour le droit de la famille ? », in *Le Mariage & La Loi, Protéger l'Enfant*, Institut Famille & République, 2016, pp. 25-44.

⁴ J.-J. LEMOULAND, *Droit de la famille*, éd. Ellipses, 2014, p. 73.

⁵ *Ibid.*, n° 82, pp. 72-73.

⁶ M. DOURIS, « La diversité des couples et l'unicité de la parenté : une évolution contenue en droit français de la famille ? », in *L'évolution du concept de famille en Europe depuis trente ans : étude pluridisciplinaire*, P. BOUCAUD (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2009, 13-58.

zawjane, désigne les deux époux pris dans leur individualité en insistant sur leur dualisme. Par conséquent, la racine *zawj* peut désigner tant la paire de couple que l'état d'époux, et le féminin *zawja* réfère à l'épouse. Tandis qu'un seul terme en langue française désigne la famille, celle-ci est, en langue arabe, appréhendée soit sous le vocable *oussra*, ou encore *'â'ila*, à cette différence près que la première correspond davantage à l'idée de famille nucléaire, formée par le couple conjugal et ses enfants, tandis que la seconde englobe le cercle plus large de la parenté par les mâles en y incluant les grands-parents, oncles, tantes, petits-enfants...mais aussi la parenté par l'alliance. Face à ce dualisme linguistique, sera retenu dans le cadre de cette étude le vocable *oussra*, car il correspond davantage à l'idée de la famille occidentale nucléarisée ayant fait disparaître la famille lignage¹. La famille, bien qu'elle s'étende encore aux grands-parents², ne sera étudiée ici que sous l'angle restreint du couple et de ses enfants. Un tel parti pris présente l'avantage de raffermir la démonstration, en circonscrivant l'objet d'étude. Les rapports juridiques impliquant les grands-parents ne révèlent d'ailleurs pas en droit français la figure traditionnelle de la famille -dont la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015³ sur le vieillissement marque l'étiollement- mais plutôt l'individualisation à outrance des rapports familiaux et de leur appréhension par le droit.

22. Enjeux du « droit de la famille » au Maroc. Il n'existait pas, dans le droit des pays musulmans, de droit de la famille au sens occidental. Celui-ci fait partie de ce qui est communément appelé le « statut personnel »⁴ englobant tant le droit des personnes, le droit de la famille et le droit des successions. Ces trois disciplines constituent le cœur même du droit musulman, car leur réglementation provient de la source première constituée par le Coran. On comprend dès lors la difficulté qu'a le législateur à modifier ou compléter la loi, celle-ci étant réputée d'une part, parfaite, d'autre part valable en tout temps et en tous lieux. L'importance du changement lorsqu'une réforme intervient en ce domaine est de

¹ Le recul, voire la disparition de cette dernière depuis le XVIII^{ème} siècle a été favorisé par l'industrialisation et le mouvement de modernisation. Il en résulte un transfert progressif à l'État de la plupart des fonctions qui incombait autrefois à la famille. L'érosion corrélative de ses pouvoirs et de ses rôles sociaux a permis l'émergence d'une éthique de l'individu à l'autonomie, afin que ce dernier puisse lui-même choisir les rapports sociaux exigés par l'économie de marché. Une telle évolution se retrouve en Afrique, à cette différence près que les systèmes familiaux contemporains sont le fruit d'un compromis. Si la période coloniale a tenté d'abolir les systèmes lignagers afin d'assurer le développement économique, les indépendances ont au contraire favorisé la famille comme l'ultime refuge de l'individu et comme matrice incontournable de l'État. Toute la force des systèmes familiaux africains repose sur le maintien et l'attachement aux valeurs traditionnelles, en réinterprétant la modernité occidentale conformément aux valeurs locales. Cf. J. COMMAILLE, F. DE SINGLY (dir. de), *La question familiale en Europe*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques sociales », 1997, pp. 144-146 ; M. SEGALEN, *Sociologie de la famille*, Paris, Armand Colin, 4^{ème} éd., 1996, p. 283.

² V. notamment : M. BOURASSIN, C. COUTANT-LAPALUS (dir. de), *Les droits des grands-parents, une autre dépendance*, Paris, Dalloz, 2012.

³ L. n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, *J.O.*, 16 janv. 2016, p. 24268.

⁴ V. en ce sens : M. AOUN (dir. de), *Les statuts personnels en droit comparé, évolutions récentes et implications pratiques*, Leuven-Paris-Dudley, Peeters, 2009, particulièrement M. AOUN, « Origines et fondements historiques des statuts personnels », pp. 11-22.

taille et permet de mieux saisir la constance de la pratique judiciaire¹. Un autre repère, et non des moindres, permet d'apprécier l'importance de la famille en contexte marocain. Il s'agit du critère historique. Durant le protectorat au Maroc, la famille « est devenue un rempart, un refuge, un symbole de l'authenticité, une gardienne des valeurs, des modèles, des traditions ancestrales considérées comme sacrées »². Par conséquent, il s'agissait au lendemain de l'indépendance d'en assurer la protection et de la restaurer comme modèle juridique³. La promulgation de la *moudawana*, transcription fidèle des règles coraniques issues du rite *malékite* auquel appartient le Maroc, poursuit un tel objectif⁴.

23. Un double défi. Aujourd'hui pourtant, le défi est double pour le législateur : comment, tout en conservant une approche respectueuse de la religion, base du système social⁵ (et politique au Maroc), nouer avec la modernité en adaptant le droit aux évolutions de la société⁶ ? Nier purement et simplement le donné religieux conduirait à violer le domaine du *sacré*, alors que les marocains musulmans sont plus que tout autre chose attachés aux fondements de leur religion. Il ne saurait non plus être question de passer outre le processus de modernité qu'imposent la globalisation et les nécessités de la vie urbaine. La complexification de la vie sociale qui en résulte impose d'adapter le droit aux nouvelles réalités familiales. Particulièrement sous l'angle de la condition féminine⁷, l'amélioration de la place de la femme dans la sphère publique au Maghreb a transformé le paysage des relations familiales. Le salariat féminin a favorisé une évolution vers le libre choix du conjoint en milieu urbain, et révélé l'aspiration à davantage de liberté. La sociologie a été le révélateur du changement⁸ des structures et des fonctions familiales. C'est précisément le même mouvement connu lors de l'après-guerre en France, avec les transformations sociales qui ont suivi, qui a conduit aux réformes portées par le doyen CARBONNIER. La nécessité commune d'adapter le droit aux transformations sociales constitue donc le plus petit dénominateur commun entre les deux systèmes. Bien

¹ À tempérer néanmoins au sujet de la jurisprudence tunisienne, V. *infra*, n° 478-479.

² A. MOULAY R'CHID, « Le droit de la famille entre la politique et le changement social », in *Droit et environnement social au Maghreb*, Paris-Casablanca, éd. CNRS&Fondation du Roi Abd-El-Aziz pour les études islamiques et les sciences humaines, 1989, p. 237.

³ Il s'agit d'une restauration de ce modèle car on estimait « les richesses premières du droit musulman altérées par de mauvaises pratiques, de mauvais usages, de mauvaises coutumes, et qu'il était temps de restaurer le modèle juridique de la famille, en revenant aux richesses premières, à savoir la Charia ». A. MOULAY R'CHID, « Le droit de la famille entre la politique et le changement social », *art. précit.*, p. 238.

⁴ Sur l'intérêt et les objectifs de la codification, V. *infra*, n° 91-92.

⁵ Sur le système de valeurs de la société marocaine et son évolution, V. l'étude de Madame Rahma BOURQIA : *Les valeurs : changements et perspectives*, réalisée dans le cadre du rapport *50 ans de développement humain*, Perspectives 2025.

⁶ Y. BEN ACHOUR, « Mutations culturelles et juridiques, vers un seuil minimum de modernité ? », *Rev. tun. dr.*, 1990, pp. 55-73.

⁷ Pour une approche prospective de cette question, V. le Rapport préparé par Madame M. BENRADI pour le Haut-Commissariat au Plan, *Dynamique sociale et évolution des statuts des femmes au Maroc*. « Prospective Maroc 2030 », Royaume du Maroc, 2006, disponible en ligne.

⁸ A. ADAM, *Une enquête auprès de la jeunesse musulmane du Maroc*, Aix-en-provence, éd. La pensée universitaire, 1963.

évidemment, les réponses apportées sont loin d'être les mêmes, car les enjeux sont autres ici et là. Pour autant, l'individu demeure au cœur de la réflexion, et le droit est appelé à assurer sa fonction classique d'organisation de la société.

24. Le resserrement de la famille autour du couple. Le 3 février 2004 a incontestablement marqué le début d'une ère nouvelle dans l'histoire du droit de la famille au Maroc. Cette date, outre qu'elle signe la fin d'une longue histoire teintée d'un patriarcat exacerbé, place désormais la famille marocaine sous la direction conjointe de l'homme et de la femme. Finie l'approche de la famille sous l'angle d'un homme « chef de la famille »¹, et d'une épouse « lui devant obéissance ». Le législateur décide d'opter pour un nouvel équilibre et des relations égalitaires au sein de la cellule familiale, afin de protéger et garantir les droits de l'épouse et ceux de l'enfant. De manière plus globale, l'objectif est d'assurer « la préservation de la famille en tant qu'entité qui comprend à la fois l'homme, la femme et l'enfant »². Contrairement à son homologue français, le législateur marocain n'a pas choisi de mettre en place une égalité entre époux à partir du volet patrimonial, au risque de créer une situation concurrentielle entre eux, mais celui-ci a privilégié une intervention à partir des relations personnelles du couple³. Il a ainsi pris la peine de donner une définition⁴ du mariage empreinte de symbolisme. En droit marocain, le mariage est « un pacte fondé sur le consentement mutuel en vue d'établir une union légale et durable, entre un homme et une femme. Il a pour but la vie dans la fidélité réciproque, la pureté et la fondation d'une famille stable sous la direction des deux époux »⁵. Désormais « membre de l'organe directionnel du foyer »⁶, l'épouse assure conjointement avec son époux la direction des affaires familiales et devient juridiquement responsable des actes de gestion accomplis pour la famille. Enfin, cette définition insiste sur le fait que le mariage est synonyme de stabilité et d'entente mutuelle dans la fondation d'une famille⁷. La rupture avec l'ordre patriarcal ancien bouleverse la représentation de la société, et le législateur accepte enfin de tenir compte « de la réalité à savoir le rôle croissant de la femme dans la société notamment dans la famille. La femme actuellement travaille, occupe des postes remarquables, elle jouit d'un statut social, il serait donc injuste de ne pas lui accorder un

¹ F. BELKNANI, « Le mari chef de famille », *Rev. tun. dr.*, 2000, pp. 49-93.

² M. MONJID « Les apports de la réforme du droit marocain de la famille », in *Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français*, J. POUSSON-PETIT (dir. de), Paris, L'Harmattan, 2009, p. 49.

³ V. *infra*, nos développements n° 99 et s.

⁴ Contrairement aux Codes algérien et tunisien.

⁵ Art. 4 Code marocain de la famille (çi-après CMF).

⁶ Pour reprendre l'expression de Monsieur MOUNIR in *Le nouveau droit de la famille au Maroc. Essai analytique, le sort des mariages mixtes, les marocains à l'étranger*, éd. Cheminements, 2005, p. 22.

⁷ Sur l'importance de la famille au sein de ce système, cf. la récente création d'un Conseil consultatif de la Famille et de l'Enfance dont les missions consistent à « assurer le suivi de la situation de la famille et de l'enfance, d'émettre son avis sur les plans nationaux relatifs à ces domaines, d'animer le débat public et d'assurer le suivi de la réalisation des programmes nationaux, initiés par les différents départements, structures et organismes compétents » (art. 169 de la Constitution).

statut dans la famille »¹. Cette adaptation du droit aux faits sociaux, bien connue du législateur français, a donc permis à la règle de droit musulman de montrer sa capacité à nouer avec la modernité tout en servant de matériau incontournable dans cette évolution. Pour preuve, chaque nouveauté introduite au sein du code a été appuyée du verset coranique correspondant. L'égalité telle qu'introduite est donc recherchée dans le donné religieux qui ne s'y oppose pas, et sert de fondement légitimant la réforme. C'est dire les précautions prises dans la modification de la loi en vue de sa légitimation et son appropriation par la société civile. En faisant évoluer la législation familiale vers davantage d'égalité entre les sexes, le législateur aspire non seulement à modifier la règle de droit, mais surtout à inculquer les valeurs égalitaires aux individus. La doctrine en France n'a pas manqué de le souligner lorsqu'elle a observé que « (...) le législateur marocain contemporain, en imposant dans son nouveau droit de la famille les principes d'égalité entre homme et femme entend, au-delà du symbole faire évoluer les comportements par le modèle désormais proposé (...) »². Ce nouveau modèle de la famille moderne et égalitaire, s'il fait suite à une longue tradition patriarcale, constitue aujourd'hui un défi car il doit imprégner les mentalités individuelles, particulièrement masculines qui se voient détrônées de leur place de « chefs de famille » au profit d'une codirection du foyer à égalité avec l'épouse. C'est pourquoi la réussite de la réforme ne saurait être complète sans un profond changement de mentalités auquel il ne peut être parvenu que sur le temps long. Le débat doctrinal au Maroc porte donc sur l'appropriation des nouvelles dispositions tant par les acteurs judiciaires³ que par la société civile, mais aussi sur la nécessité (ou pas ?) de revoir certaines dispositions dont les lacunes ont été révélées (plus de dix ans maintenant) après l'entrée en vigueur du Code.

25. Le rôle du juge dans l'application des nouvelles dispositions. Si l'application de la loi ne peut faire abstraction des dispositions culturelles en vigueur dans un État donné, l'étude du système juridique marocain offre l'occasion d'évaluer le degré d'affranchissement du juge de son déterminant culturel. En partie de type positiviste, le système judiciaire marocain est fondé sur un système normatif sacralisé issu tant du droit musulman *fiqh* que d'une culture qui fait la place large à l'autorité religieuse des hommes⁴. À ce système normatif s'ajoute une « logique politique de fonctionnement »⁵ qui ne postule

¹ M. MONJID « Les apports de la réforme du droit marocain de la famille », *art. précit.*, p. 54.

² P. MALAURIE, H. FULCHIRON (dir. de), *Droit de la famille, op. cit.*, n° 53, p. 42.

³ M. KACHBOUR, *Commentaire du Code de la famille, Le mariage*, t. 1, Casablanca, 3^{ème} éd., Matba'ath Annajah Al jadida, 2015, p. 154 (en langue arabe).

⁴ M. MOUAQIT, « Dispositions culturelles/axiologique du juge et interprétation du nouveau code de la famille », in *Le code de la famille. Perceptions et pratique judiciaire*, M. BENRADI, H. ALAMI M'CHICHI, A. OUNNIR et alii (dir. de), Fès, éd. Friedrich Ebert Stiftung, p. 147.

⁵ *Ibidem.*, p. 148.

ni l'indépendance du juge ni son autonomie¹, accentuée par l'existence d'un ensemble de convictions sociales dont « le trait principal est la patriarcalité (...) système de valeurs fondé sur un modèle général de relation autoritaire et vertical, dont la manifestation principale est la relation d'inégalité et de discrimination à l'encontre des femmes ». L'imbrication de ces facteurs conduit à la mise en place d'un système complexe et hybride dans lequel le rôle du juge ne saurait être surdimensionné². En outre, dans la conception positiviste du droit, une bonne application de la loi suppose que l'opinion subjective du juge n'influence pas la décision qu'il rend. La tentation serait grande, lorsqu'il est en désaccord avec son contenu substantiel, que le juge applique la loi conformément à ce que lui dicterait son système de valeurs. Une telle attitude -lorsque l'énoncé de la loi pêche par son imprécision et ses lacunes- empêcherait la concrétisation du changement voulu par le législateur, bien qu'elle ne s'exprime pas directement mais se trouve enrobée « dans la neutralité du langage juridique (...) et l'impersonnalité de la règle de droit »³. Autant de déterminants sont à même de renseigner sur les orientations possibles de la jurisprudence.

III. LE DROIT COMPARE COMME METHODE DE RECHERCHE

26. Détermination du comparé et du comparant. La législation marocaine n'a pas été le point de départ du processus de comparaison, mais davantage le *comparandum*, c'est-à-dire le comparant. Par conséquent, c'est bien le couple et la famille en droit français (*comparatum*) qui détermineront le mode même selon lequel la comparaison aura lieu. Cette approche imprimera au processus même de comparaison une tournure particulière et un intérêt spécifique. Particulièrement, elle permettra de mettre en relief que la manière de concevoir un ordre social n'est pas universellement admise, que le droit tel que conçu au sein d'un système donné n'est pas la seule technique utilisable, enfin, que les frontières mêmes du droit sont variables dans l'espace et dans le temps. Cette approche explique aussi que l'accent n'ait pas été mis sur certaines institutions controversées du droit musulman telles la polygamie ou la répudiation qui n'ont pas d'équivalent en droit français (bien que la tentation de l'analogie soit forte entre la répudiation de droit islamique et le divorce français pour altération du lien conjugal).

La présente démonstration se veut duale dans le traitement de l'objet d'étude (2), ce qui explique le recours au droit comparé (1) comme méthode de travail.

¹ Cette réalité est parfaitement bien exprimée par Monsieur le professeur MOUAQIT qui insiste sur l'interventionnisme du pouvoir exécutif ou administratif dans le fonctionnement judiciaire afin d'imprimer sa propre orientation, particulièrement en droit de la famille, cf. spec. pp. 157-159.

² *Ibidem.*, p. 159.

³ *Ibid.*, p. 143.

1. Opportunité du recours au droit comparé

27. La comparabilité des deux systèmes juridiques. Au Maroc comme partout ailleurs, les réformes législatives sont accompagnées d'études comparatives de droits. La valeur de ces études est grande pour les pays qui souhaitent réformer leur législation, car elle permet de se tourner vers l'expérience juridique des pays qui ont connu les mêmes problématiques plus tôt au regard du développement socio-économique. Une certaine communicabilité est donc inéluctable entre systèmes juridiques¹. Même indirecte, elle est bien la preuve de l'existence de concordances entre les systèmes juridiques quant à la finalité du droit². Or, l'attention n'a que trop été portée sur les discordances entre le système juridique islamique et le système juridique occidental par des examens superficiels et trop hâtifs, qui ont bien souvent favorisé le primat de la théorie et l'idéologie, faussant le donné pris comme acquis. Il peut y avoir des ressemblances très grandes en réalité. Dans ce contexte, DEL VECCHIO a démontré comment³ des ressemblances et des identités –qu'il qualifie de *natives*- se vérifient dans les droits des différents peuples en dehors de toute communication entre eux. Pour l'auteur, c'est bien la preuve de notre commune condition humaine « que la philosophie avait depuis longtemps entrevu : à savoir l'unité de l'esprit d'où naît le droit »⁴. Bien que les phases du développement des systèmes juridiques ne soient pas similaires -en raison notamment des circonstances particulières de la vie de chaque peuple- il n'en demeure pas moins que « “la commune nature” et “l'esprit commun” des nations se manifeste (..) par l'étonnante apparition d'institutions identiques »⁵. Et tel est le cas du couple et de la famille. C'est pourquoi l'auteur considère confirmée cette « unité fondamentale de l'esprit humain »⁶. Tant le développement des exigences et des nécessités communes imposent au droit la création de nouvelles catégories juridiques, même différentes des schémas et des catégories traditionnels. C'est pourquoi il est parfaitement possible d'utiliser les expériences des pays ayant des régimes socio-politiques et économiques différents, à condition de mener ce processus dans le respect des conceptions culturelles en vigueur dans le pays en question. De l'aveu même de l'auteur, les emprunts d'un système à un autre sont beaucoup plus faciles lorsqu'ils ont lieu entre États de la même tradition juridique. Pour autant, cette différence ne constitue en soi, ni un obstacle à la communicabilité, ni à la comparaison entre les systèmes.

¹ Pour preuve, cf. G. KADIGE, D. DEROUSSIN, S. JAHEL et alii (dir. de) *Le Code civil français et le dialogue des cultures juridiques*, Colloque de Beyrouth, 3, 4 et 5 mai 2004, Centre d'études des droits du monde arabe, Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université Saint-Joseph, Bruxelles, Bruylant, 2007.

² G. DEL VECCHIO, *Humanité et unité du droit*, Paris, LGDJ, 1963.

³ G. DEL VECCHIO, « Les bases du droit comparé et les principes généraux du droit », in *Humanité et Unité du droit. Essais de philosophie juridique*, Paris, LGDJ, 1963, pp. 11-19.

⁴ *Ibidem*, p. 13.

⁵ *Ibid.*, p. 14.

⁶ Pour reprendre l'expression de Monsieur DEL VECCHIO.

Il n'est néanmoins pas rare de lire au sein des traités de droit comparé que la comparaison suppose un degré minimum d'homogénéité. À notre sens, il serait dérisoire de renoncer à comparer le droit français de la famille au droit marocain sous prétexte que le premier trouverait sa source dans la volonté d'un législateur humain tandis que le second est lié par une source *supra* humaine. Outre que ce raisonnement aboutirait à limiter de façon inadmissible le domaine du droit comparé en présentant le droit musulman tel un droit immobile, incapable de s'adapter aux réalités sociales, il présenterait également l'inconvénient d'être anti-scientifique. Nombre de sociétés dépourvues de similarités structurelles adhèrent à des normes qu'elles n'ont pas préalablement formulées, pourvu que le processus d'acculturation opère efficacement au moment de la greffe. C'est pourquoi le danger contre lequel le comparatiste doit être vigilant est celui du décalage entre la règle opérationnelle qu'il formule et le modèle cognitif qu'il étudie. Cette vigilance a tout au long de l'étude accompagné nos développements car la conception que l'on se fait du couple et de la famille est étroitement liée au système politique et juridique de chacune des aires d'étude. Toute règle de droit potentiellement exportable devait être passée au crible de sa compatibilité tant au droit qu'aux mœurs locales.

28. Le recours à la méthode comparative. En s'intéressant à la structure du système juridique marocain, il est remarquable de constater que celui-ci ne s'éloigne guère de la structure du système français¹ car le premier a suivi, après le protectorat, le modèle français² dans nombre de domaines. Pour autant, ceci ne signifie pas que les mécanismes juridiques qui y ont cours sont mis en œuvre de la même manière qu'en France, ne serait ce que du point de vue culturel. En effet, la pratique du droit y est faite par des hommes dont la mentalité est déterminée par les conditions culturelles de leur propre pays. La mentalité arabo-musulmane est formée par une longue tradition qui est, quoi que l'on puisse en dire, différente de celle de l'Occident. Même après s'être familiarisé avec la manière de penser européenne, il reste dans la profondeur de l'esprit arabo-musulman la mentalité originaire qui détermine, en fin de compte, la manière de penser. C'est ce que Monsieur le professeur Rodolfo SACCO désigne par formants implicites ou « cryptotypes » qui sont des facteurs non formulés et qui modèlent le droit. Cet auteur explique que toute communauté juridique obéit à des formants non écrits sans en être consciente ou sans qu'elle soit en mesure de les exprimer³. Il s'agit tout simplement de la mentalité. Pour l'auteur, le juriste comparatiste lui-même appartenant à un système juridique donné aura autant de mal à se libérer de l'asservissement de ces cryptotypes dont la permanence permettra de retrouver le contenu des règles intemporelles d'un système juridique donné⁴. À cette fin, le domaine du droit

¹ Bien entendu, le système politique joue un rôle. Il rend inconcevable, dans certains pays, des expériences qui ont été faites dans d'autres pays.

² En ce sens, V. *La circulation du modèle juridique français*, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, Paris, Litec, 1993.

³ R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991, p. 105.

⁴ *Ibid.*, p. 107.

pur doit être dépassé afin de privilégier une approche portant sur l'ensemble des facteurs sociaux en vue d'appréhender tout formant utile à la démonstration. À cet égard, l'approche fonctionnelle présente l'avantage de mieux saisir l'influence du milieu sur la création et la transformation du droit. Elle élargit sensiblement les perspectives de la comparaison juridique et empêche d'isoler artificiellement le fait juridique de son environnement social et culturel. Elle est également le gage que les résultats récoltés répondront au mieux à l'exigence de fiabilité scientifique, en appréhendant utilement le fonctionnement du système juridique étranger. C'est pourquoi les différentes sources d'influence du droit constituent des données fondamentales dont il convient de tenir compte.

Bien que la tâche du comparatiste consiste surtout à s'intéresser aux dissemblances de l'objet comparé afin de les expliquer, le choix a été fait, en vue de rendre utile et fécond le travail de comparaison, de privilégier l'approche à partir des ressemblances afin d'expliquer les raisons d'être des divergences ayant définitivement permis de consacrer la contrariété des deux systèmes. Le droit comparé « ainsi entendu devient une meilleure approche, en vue d'une connaissance plus complète des phénomènes juridiques ; c'est, dit-on même parfois, une science des problèmes plus qu'une science des règles de droit, s'attachant moins à la solution juridique prise en soi qu'au pourquoi et au comment de cette solution »¹.

Plutôt que de se contenter d'approximations insatisfaisantes et indignes du caractère scientifique de l'entreprise comparative, il nous a semblé plus opportun, à l'instar de ce que préconisait Monsieur le professeur Rodolfo SACCO, de préserver l'intégrité conceptuelle de la langue juridique étrangère lors de nos développements. Nous avons néanmoins cédé à la tentation de rendre disponible le concept en question dans la langue de rédaction chaque fois qu'il était possible de le faire, afin de ne pas tenir en otage une tradition juridique par la langue, et en essayant -avec la plus grande précaution- autant que possible d'éclairer l'esprit ayant animé l'institution étrangère, en la replaçant dans son contexte d'origine.

2. La dualité de la recherche

29. But de la perspective comparée des droits. La présente recherche se veut un cas de comparaison objective dans un but de recherche scientifique, son objet s'attachant moins à établir la supériorité d'une législation sur une autre, aux fins de modification ou de remplacement. La recherche a davantage pour objet de mettre en lumière les tendances d'évolution (de révolution ?) des législations étudiées. Ce qui a particulièrement été

¹ M. ANCEL, « Situation et problèmes actuels du droit comparé », in *Livre du centenaire de la société de législation comparée. Évolution internationale et problèmes actuels du droit comparé*, Paris, 1971, p. 13.

stimulant du point de vue du droit comparé, c'est de déterminer les différents problèmes d'une société donnée –qui sont, dans une large mesure, similaires- et les réponses qui leur sont apportées par différents droits. Dans ce contexte, l'étude comparée d'institutions socio-juridiques de différentes législations ne répond pas uniquement à une préoccupation académique ou à la satisfaction d'un esprit de recherche¹, mais elle s'impose davantage comme une nécessité pratique du fait de la multiplication des rapports entre les États que ce soit dans l'ordre économique, politique, juridique ou encore moral². Ainsi que le souligne un auteur, « ce qui intéresse aujourd'hui à une époque d'interpénétration réciproque entre États, c'est de comparer les institutions, de s'informer de leurs caractéristiques, de leur évolution, pour arriver à se mieux comprendre, et plus encore à s'en inspirer pour l'amélioration de son propre système juridico-social »³. Conscients que le législateur français ne recourra pas à des emprunts législatifs dans un système juridique confessionnel comme l'est le Maroc, l'inverse pourrait être envisageable à condition de respecter la nature sexuée de la structure familiale. À défaut d'emprunts, un des objectifs de cette étude est d'éclairer le législateur étranger sur ce qu'il souhaite importer et ce qu'il ne souhaite pas -en dehors de tout jugement de valeur- tout en lui offrant un état des lieux de l'évolution de l'institution familiale au sein d'un système dont les récentes évolutions ont radicalement bouleversé les structures familiales. Les objectifs pratiques de l'analyse comparative que sont l'amélioration du droit national ou encore leur harmonisation n'occuperont donc qu'une position secondaire, le recours à la méthode comparative permettant de contribuer à la connaissance scientifique afin de mesurer les différences entre modèles juridiques⁴. En effet, nous n'adhérons pas à l'idée que le droit comparé doit avoir pour objectif l'établissement d'un droit universel, car les droits varient fondamentalement avec les cultures. C'est pourquoi loin d'avoir en vue un objectif d'unification des droits, le but recherché consiste davantage à préciser ce dont nous voulons aussi bien que ce dont nous ne voulons pas. Au surplus, un des buts recherchés par cette étude a été de projeter un éclairage sur la portée éducative du droit comparé, dont l'objet consiste à connaître la manière dont les hommes, ici et là, ordonnent leurs rapports et conçoivent la justice afin de mieux se connaître, pour mieux se comprendre. Ainsi, le droit comparé se mue en instrument privilégié de coopération humaine dans la vocation universaliste qui lui revient.

30. But de la perspective positive. La présente étude se veut également positive et prospective. La perspective positive de rationalisation du droit des couples (et du droit de la famille globalement) est aujourd'hui en marche au sein de la doctrine⁵. Bien qu'il

¹ En ce sens : H.P. GLENN, « Vers un droit comparé intégré », *RIDC*, 1999, pp. 841-852.

² Surtout, les problèmes ici et là sont, dans une très large mesure, les mêmes.

³ V. CADERE, « Quelques réflexions sur les études de science juridique comparative », *RIDC*, 1971, p. 849.

⁴ P. LEGRAND, « À propos d'une réflexion sur la comparaison juridique », *RIDC*, 1993, p. 879.

⁵ En ce sens : P. MURAT, « Pour une vraie réflexion prospective en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Raymond LE GUIDEC*, LexisNexis, 2014, pp. 777-794. V. aussi, du même auteur :

n'existe pas, en droit civil, de « droit commun » du couple, entendu comme un ensemble de règles uniformes régissant tant ses relations personnelles que patrimoniales, il est notable de relever que les rapprochements entre couples mariés et couples non mariés constituent aujourd'hui autant de lignes de convergence permettant de dessiner les contours d'un potentiel droit commun, applicable indifféremment aux couples conjugués durant leur vie commune. Pour cela, il convient en premier lieu de vérifier si la diversité des règles, juridiques soient-elles ou jurisprudentielles, répond à un objectif donné¹ ou si l'absence d'unité est plutôt révélatrice de désordre et d'imprévisibilité. Si tel était le cas, rien ne s'opposerait à ce que la notion juridique de couple soit accompagnée d'un statut légal qui en fixe les principes élémentaires tels que reconnus par le législateur en faveur des partenaires pacsés, ou par la jurisprudence ponctuellement, au profit des concubins. À cette fin, un *régime impératif conjugal* (RIP) « qui se réduirait au strict minimum »², permettrait de consacrer l'ordre public de protection imposé aujourd'hui aux couples, indépendamment de leur statut. Cette démarche permettrait de fusionner les règles élémentaires du Pacs et du mariage, dont la quasi-similitude de régime juridique brouille aujourd'hui les frontières. Maintenant que le mariage est admis au profit des couples de même sexe, il semble inutile dans les mots de la loi de distinguer là où celle-ci a renoncé à le faire. La vigilance est pourtant de mise, car la spécificité de chaque type de conjugalité doit être maintenue : le mariage demeure incontestablement le mode de conjugalité dont l'essence est la durée. Cette inscription dans le temps fait naître une solidarité incontournable qui n'a aucun autre équivalent au sein des nouvelles conjugalités. Pour autant de raisons, sa spécificité doit être mise en avant.

Cette démarche conduit donc à inventorier les droits et obligations liés à la notion de couple, en distinguant les éléments juridiques qui s'y rapportent et leur commune évolution. Selon Monsieur le professeur Jean HAUSER, « la société a le droit de trier ce qu'elle accorde au seul fait de la vie en commun, jugé comme socialement utile parce que remède à la solitude, et ce qu'elle accorde à l'engagement à finalité sociale : un statut de base de la vie en commun, des régimes différents selon l'utilité sociale du couple considéré »³. Mais pour cela, une esquisse doit impérativement être brossée des grandes lignes qui doivent gouverner l'ensemble⁴. Sans cela, « le résultat sera médiocre, car il n'offrira ni la cohérence (qui est la base de l'activité interprétative des juristes), ni la force

« Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », in *Mélanges en l'honneur du professeur J. HAUSER*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 405-426.

¹ Pour Monsieur le professeur MURAT, « le pluralisme des formes de conjugalité repose sur une gradation dans l'intensité des effets juridiques découlant de chaque forme de couple qui reste assez lisible ». Cependant, ce dernier reconnaît que « toutes les formes de conjugalité présentent des points communs ». P. MURAT, « Pour une vraie réflexion prospective en droit de la famille », *art. précit.*, p. 786.

² Pour reprendre l'expression de Monsieur le professeur MURAT : « Pour une vraie réflexion prospective en droit de la famille », *art. précit.*, p. 787.

³ J. HAUSER, « Couple et différence de sexe », in *La notion juridique de couple*, C. BRUNETTI-PONS (dir. de), *Economica*, 1998, p. 111.

⁴ P. MURAT, « Pour une vraie réflexion prospective en droit de la famille », *art. précit.*, p. 785.

du sens (qui est socialement attendue d'un droit de la famille) »¹. C'est pourquoi l'effort doctrinal amorcé doit être poursuivi. Dans ce cadre, la recherche positive d'un régime impératif conjugal permettrait de fournir de sérieuses pistes de réflexion pour une tentative de construction d'ensemble du droit des couples.

31. Plan. La présente étude prend le parti, au plan de la comparaison juridique, de démontrer que les deux systèmes étudiés ne présentaient pas de contrariété de principe portant sur la physionomie de leurs relations familiales. Jusqu'à une date récente, la nature sexuée du mariage en France reposait sur l'union d'un homme et d'une femme pour la fondation de la famille. Aujourd'hui, la rupture est définitivement consommée par l'entrée en vigueur du mariage entre personnes de même sexe. L'éclairage a ainsi été porté sur ce qui pouvait fonder une communauté de valeurs entre les deux systèmes juridiques étudiés. Leur évolution simultanée offre néanmoins une grille de lecture inédite sur le point de non retour consommé, et permet d'apprécier les raisons ayant poussé chacun des systèmes à opter pour telle ou telle conception de la famille. À cet égard, la présente recherche entend apporter une contribution à la détermination du couple et de la famille contemporains en droit comparé. Les divers visages du couple en droit français attestent d'une libéralisation nouvelle du droit de la famille, rendue possible tant par un processus de privatisation qu'un processus –toujours en cours– de dématrimonialisation. Cette libéralisation contraste fortement, tant par ses objectifs que par ses fondements, avec l'entreprise de modernisation raisonnée du droit de la famille dans les pays du Maghreb, à tout le moins du Maroc.

Il faut bien reconnaître que, depuis les réformes engagées par le doyen CARBONNIER et jusqu'à l'aube du XXI^{ème} siècle, le mouvement de privatisation, point de départ de notre analyse (**Partie I**), a conduit à valoriser l'autodétermination des individus dans leur sphère familiale et l'égalité entre eux, en vue de leur assurer une sorte de droit au bonheur individuel. La nouvelle famille contractualisée² ou plutôt « le droit de la personne unie par un lien familial »³ répondait, semble-t-il, à une aspiration sociale privilégiant les désirs individuels au détriment d'une législation imposée. Cette approche individualiste du droit favorise l'émergence d'une législation fragmentée et sans cohérence d'ensemble, reposant essentiellement sur la satisfaction des revendications de certains⁴. Comme cela a parfaitement pu être affirmé, « l'individu devient l'objet d'une sorte de religion »⁵. Alors que l'évolution pouvait sembler uniforme, la trajectoire prise dans l'évolution du couple et de la famille aujourd'hui se détache en tous points de l'évolution amorcée sous l'égide du

¹ *Ibid.*, p. 785.

² Sur ce processus, V. X. LABBEE, « La contractualisation du droit de la famille : et après ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire NEIRINCK*, Paris, LexisNexis, 2015, pp. 261-277.

³ Pour reprendre l'expression de Monsieur le professeur Vincent ÉGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, *op. cit.*, p. 25.

⁴ A.-C. AUNE, *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille*, Marseille, PUAM, 2007.

⁵ A. GARAPON, « Rapport français », in *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille*, Paris, Economica, travaux de l'association Henri CAPITANT, t. XXXIX, 1988, p. 707, spec. p. 713.

doyen CARBONNIER. Au début du XXI^{ème} siècle, le législateur, loin de procéder à la reconstruction du droit de la famille désormais modernisé et conforme aux aspirations de la société, poursuit le chantier législatif en anticipant les aspirations de celle-ci et en se conformant aux revendications d'une faible minorité. Le processus de dématrimonialisation prend le relais de l'objectif affiché de simple adaptation du droit aux faits, et conduit à un véritable mouvement de transformation des bases familiales auquel rien n'obligeait ni socialement, ni juridiquement, à en croire les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme intervenues en la matière. Cette dématrimonialisation s'impose donc comme le second temps de l'analyse (**Partie II**). La question du mariage entre personnes de même sexe, nouvel entrant sur la scène juridique, complique d'autant la mission du législateur qui doit impérativement tirer les conséquences de la transformation de la définition du mariage. À cette religion des droits de l'homme, le droit maghrébin se situe à contre courant en assurant, à partir d'une législation fondée sur le donné révélé, une farouche protection de la structure familiale qui demeure marquée du sceau de l'indisponibilité, malgré quelques assouplissements. Pour autant, l'indisponibilité et le fondement révélé du droit de la famille ne sont pas synonymes d'immobilisme bien au contraire, ces constantes du droit maghrébin témoignent de leur capacité à s'adapter aux nouvelles exigences d'une société qui aspire aussi à la liberté et à l'égalité.

Afin de mener à bien cette démonstration, les fondements mêmes du lien familial doivent être revisités au sein des deux systèmes afin de saisir avec justesse les raisons ayant poussé à son évolution ici et là. Cette démarche permettra d'apporter des éléments de réponse à la question portant sur la manière dont a été résolu le paradoxe entre deux aspirations foncièrement contradictoires : d'une part le couple porteur d'amour et de liberté¹, d'autre part la famille, structure en quête de stabilité. Il apparaîtra très rapidement que les liens complexes entretenus entre couple et famille dépendront largement des représentations culturelles propres à chacune des aires d'étude, ainsi qu'aux objectifs poursuivis par chacune d'elles : stabilité et organisation de l'ordre social selon des valeurs objectives ou organisation de l'ordre social selon des aspirations individuelles. En somme, comment le droit peut assurer la permanence du lien familial entre individus déliés².

PARTIE 1. La privatisation des liens de famille.

PARTIE 2. La dématrimonialisation des liens de famille.

¹ J. HAUSER, « Amour et liberté : la devise contemporaine du couple ? », *Arch. philo. dr.*, 2014, t. 57, pp. 73-80.

² F. DE SINGLY, *Les uns avec les autres, Quand l'individualisme crée du lien*, éd. Armand Colin, 2003. V. aussi, P. PEDROT, « Lier, délier, relier », in *Identités, filiations, appartenances*, P. PEDROT, M. DELAGE (dir. de), Grenoble, PUG, 2005, pp. 71-83.

Première partie

LA PRIVATISATION DES LIENS DE FAMILLE

32. Privatisation des liens et principe de liberté¹. Selon le Grand Robert de la langue française, le verbe *privatiser* consiste à confier au secteur privé une activité relevant jusqu'alors du secteur public². La *privatisation*, action en cours correspond dans cette étude au processus par lequel la famille, structure par essence institutionnelle, quitte le domaine étatique pour ne relever que de l'ordre strictement personnel des individus. Ce mouvement de privatisation correspond en réalité à un des traits contemporains du droit de la famille, qui considère la famille comme une structure résolument tournée vers l'épanouissement de ses membres, en vue de garantir leur bonheur. Cette tendance a trouvé un terreau fertile dans la pensée du doyen CARBONNIER, pour lequel la vie des familles constitue par excellence le domaine du non-droit³. À cet égard, les réformes entreprises sous son égide traduisent le désengagement étatique au profit d'une régulation privée de la famille, dans laquelle la morale (religieuse) permettrait aux individus de s'autodéterminer. Dans ce contexte, la liberté est de mise afin que chacun puisse atteindre le présupposé bonheur selon ce qu'exige cette morale. Or, la permission légale accélère la liberté des mœurs, et le souci permanent d'adaptation du droit aux faits conduit au suivisme législatif. L'effet *domino* qui en ressort est l'affaiblissement du rôle éducatif et exemplaire de la loi au profit d'une régulation des comportements sociaux⁴, incompatible avec la fonction dévolue à la règle de droit.

33. Privatisation des liens et contractualisation. En toile de fond à ce mouvement, la contractualisation est l'autre trait contemporain du droit de la famille. L'action dirigiste

¹ Sur les principes de liberté et d'égalité en droit civil, cf. : V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste », in *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle*. Études offertes à Pierre CATALA, Litec, 2001, pp. 83-107.

² P. ROBERT, *Le Grand Robert de la langue française*, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Paris, 2^{ème} éd., entièrement revue et enrichie par A. REY, t. III, 1992, V^o Privatiser.

³ J. CARBONNIER, *Flexible droit (Pour une sociologie du droit sans rigueur)*, Paris, LGDJ, 10^{ème} éd., 2014, spec. pp. 9-103.

⁴ Comme l'indique Monsieur le professeur MURAT, « (...) les individus ne veulent plus être enfermés dans des rôles prescrits et des statuts traditionnels ; ils privilégient des liens affinitaires et égalitaires qui sont négociés et valorisent leur expérience personnelle ». P. MURAT (dir. de), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz Action, 7^{ème} éd., 2016-2017, n° 01.21, p. 5.

du législateur en faveur d'une famille institutionnelle « imposée d'en haut » cède la place à une action négative en vue de promouvoir un nouveau type de famille : la famille « consensuelle »¹. Dans cette dernière, les mots d'ordre privilégiés sont ceux de liberté et d'égalité, véritables principes directeurs du droit de la famille. La triade liberté-égalité-contractualisation accélère à n'en pas douter le processus de privatisation afin de faire émerger une nouvelle famille démocratisée. Dans ce contexte, l'architecture des relations familiales fondées sur le lien du mariage (**Titre I**) est davantage perçue comme une contrainte incompatible avec l'idéal de liberté, si bien que la venue du premier enfant se fait en dehors de ce cadre. L'approche factuelle de la famille qui en découle place celle-ci davantage comme une structure qui permet d'élever un enfant par le couple, et non plus l'institution qui permet l'accueil de celui-ci. La logique matrimoniale, renversée, cède la place à une appréhension parentale du couple (**Titre II**).

¹ Pour reprendre l'expression de Monsieur le professeur Vincent ÉGEA dans son travail de thèse.

Titre premier. Le lien matrimonial

fondement du lien familial

34. Le passage d'un ordre social à un autre. Au lendemain de la Révolution française, le mariage est un lien civil que permet la rencontre de deux volontés libres. La rupture qui s'ensuit dans la conception du lien matrimonial ayant cours en Occident jusque là est conséquente. Selon la nouvelle philosophie, l'affirmation au profit des hommes de l'égalité des droits permet de leur garantir une égalité absolue. Dans ce contexte, la volonté libre et toute puissante de l'individu prévaut sur le groupe social. Le nouvel idéal qui en ressort fait la part large à l'exaltation et la protection de la liberté individuelle, rompant radicalement avec l'ordre du *cosmos* dans lequel le mariage constituait une réalité objective indépendante de la volonté. Tout ne procède désormais plus d'un ordre supérieur et harmonieux qui dépasse les individus, mais cet ordre place l'homme au coeur même de sa philosophie. Si ces nouvelles règles ont d'abord inspiré les domaines politique et économique, elles ne tarderont pas à imprégner la sphère sociale et juridique.

35. Une approche non exclusivement juridique de la famille. Une des spécificités de la famille¹ dans les sociétés traditionnelles est d'échapper, en principe, à la volonté des individus, la mission du législateur étant de réglementer et diriger les rapports familiaux en vue d'imposer un modèle. À cette fin, il tient nécessairement compte « de l'existence du groupement familial tel que l'ont formé la religion, les mœurs, les conditions du travail et que l'a conservé la tradition »². C'est pourquoi l'étude du droit de la famille ne saurait être menée sans son arrière-plan religieux, fondement premier du lien matrimonial. Dans ce contexte, la rupture opérée par les valeurs nouvelles interroge, de manière renouvelée, le fondement moral du lien matrimonial. Selon un auteur, lorsque la loi civile « (...) veut innover, elle fait le plus souvent une œuvre inutile ou mauvaise »³. Jusqu'à quel degré ces propos se vérifient-ils aujourd'hui dans la législation, dans un contexte d'affranchissement du donné religieux ?

¹ Étymologiquement, la « famille » est la *familia* romaine, constituée par toutes les personnes vivant dans la même maison (*domus*) et se trouvant sous l'autorité d'un même *paterfamilias*, également maître (*dominus*). Se trouvent inclus dans cette famille toute personne ne présentant pas nécessairement un lien de parenté direct avec le *paterfamilias*, tel que les serviteurs et les esclaves. Est donc privilégiée la dimension domestique de la famille sous la puissance d'un chef, qui en crée l'unité. Dans un second sens, la famille constitue un groupe très large, formé de l'ensemble des personnes liées entre elles par un lien de filiation et d'alliance. Enfin, le sens le plus courant aujourd'hui est celui qui la considère comme une entité nucléaire, appelée aussi famille *conjugale*, c'est-à-dire composée du couple qui la constitue et ses enfants. Ayant profondément évolué, celle-ci ne repose plus nécessairement sur les liens du sang.

² G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol*, Paris, t. 1 « Introduction générale, les personnes », Paris, LGDJ, 1956, p. 206.

³ *Ibid.*, p. 207.

36. Le temps du renouveau en France. Fondé sur le préalable du mariage dans la quasi-totalité des sociétés, ce pilier du droit selon les mots du Doyen CARBONNIER¹ reposait entièrement sur une construction législative et jurisprudentielle dont le but était d'en assurer la pérennité, en trouvant le juste équilibre entre les intérêts individuels de ses membres. Cet « intérêt familial »² consacrait l'inégalité entre époux et enfants, leurs natures respectives justifiant la promotion de ce seul modèle familial. Pourtant, le XX^{ème} siècle en Occident sera le théâtre de l'entrée en droit de nouveaux principes modifiant sensiblement les rapports entre les membres de la famille. Après la famille traditionnelle et patriarcale, remplacée par le modèle³ de la famille moderne, il s'agit de l'émergence d'une famille *post-moderne*⁴ dont le fondement ne relève plus de l'institution, mais procède de la volonté individuelle elle-même⁵.

37. Le renouveau au Maghreb. Parallèlement à l'évolution occidentale, les rapports familiaux dans les pays du Maghreb semblent suivre la même trajectoire – toutes proportions gardées- que les pays européens. Le désir d'égalité dans les rapports familiaux devient une revendication de la société civile. Il correspond à un engagement de ces pays au respect des principes universels inscrits dans les déclarations de droits et traités qu'ils ont acceptés de ratifier. Pourtant, une réserve est permise s'agissant de la teneur de l'égalité dans ces pays. Le droit des pays du Maghreb, particulièrement la matière du « statut personnel »⁶, trouve sa source dans les prescriptions religieuses issues du Coran. Droit *révélé*, celui-ci ne tolère que l'on y touche que d'une main tremblante car il suppose immuable la part de donné, qui s'y confond avec la foi de ses fidèles. Répondre aux revendications d'égalité au sein des rapports familiaux, sans contrevenir à la part du « révélé » dans la Loi relève de l'équilibre.

38. Méthodologie adoptée. Pour mener à bien l'analyse comparative du mariage dans l'une et l'autre aire d'étude, il importe de replacer l'objet de comparaison au sein de l'ensemble des rapports qui le relie à son ordre juridique⁷ de référence. Pour cela, il sera nécessaire de tenir compte des « éléments déterminants »⁸, c'est-à-dire des facteurs extra-

¹ J. CARBONNIER, « Les trois piliers du droit », in *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 2001.

² S. GAUDEMET, « “L'intérêt de la famille”, élément d'un ordre public familial », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard CHAMPENOIS*, Paris, Defrénois, 2012, pp. 287-302.

³ A. TERRASSON DE FOUGERES, *Le modèle dans le droit de la famille : Notion et fonction (essai de droit comparé interne)*, Thèse, Paris II, 1994.

⁴ G. SALAME, *Le devenir de la famille en droit international privé, une perspective post-moderne*, Marseille, PUAM, 2006.

⁵ D. FENOUILLET, P. VAREILLES-SOMMIERES (dir. de), *La contractualisation de la famille*, Paris, Economica, 2001.

⁶ M. AOUN (dir. de), *Les statuts personnels en droit comparé, Évolutions récentes et implications pratiques*, Leuven-Paris, Peeters, coll. « Law and religion studies », 2009.

⁷ E. BULYGIN, « Système juridique et ordre juridique », in *L'architecture du droit*, Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, Paris, Economica, 2006, pp. 223-229.

⁸ L.-J. CONSTANTINESCO, « La comparabilité des ordres juridiques ayant une idéologie et une structure politico-économique différente et la théorie des éléments déterminants », *RIDC*, 1973, pp. 5-16.

juridiques ayant pu avoir une influence directe ou indirecte sur l'objet à comparer. Une prise en compte des différences fondamentales inhérentes à chaque système juridique s'imposera afin d'éviter les conclusions erronées et hâtives qui seront uniquement fondées sur des ressemblances formelles. Élément essentiel de la comparaison, cette première phase donnera la matière première nécessaire au travail même de comparaison. Cela amènera, ensuite, au processus même de comparaison. Ainsi que l'a souligné le professeur NIBOYET : « Il y a deux étapes : une première étape, étape descriptive dans laquelle il faut connaître le droit étranger, puis une deuxième étape qui consiste à l'exploiter comme une matière première que l'on a retiré du sol et qu'il faut ensuite pouvoir traiter »¹.

À une conception commune de la famille fondée sur le seul mariage sur les deux rives de la méditerranée (**Chapitre 1**) se substituera une conception marquée par les transformations notables de la famille opérant distinctement sur les deux rives méditerranéennes (**Chapitre 2**).

¹ NIBOYET, *Montesquieu et le droit comparé. La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de l'Esprit des Lois. 1748-1948*, Paris, 1952, p. 256.

Chapitre premier. Une conception de la famille commune aux deux rives de la Méditerranée

39. L'intemporalité du mariage. Bien qu'il ne fasse pas l'objet d'une définition précise¹ dans le Code civil français, le mariage a toujours été perçu comme l'institution qui permet la fondation d'une famille². La superbe de cette union est donc d'ouvrir naturellement sur la famille, en permettant l'accueil des enfants du couple. Cette spécificité mérite donc que le droit y accorde la plus haute importance, et qu'il ait voulu la favoriser comme mode exclusif de fondation d'une famille. Outre les liens étroits que le mariage entretient avec la morale, il est au-delà un lien sacré empreint d'un symbolisme profond qu'il convient de protéger.

40. Le temps de la mise à l'épreuve. En remontant le temps, l'histoire du mariage occidental révèle une évolution caractérisée par son manque de linéarité (**Section 1**), caractéristique qui semble avoir transcendé les siècles car le mariage continue, aujourd'hui encore, à susciter des controverses. C'est bien la preuve que celui-ci est insaisissable et que son évolution est couplée aux transformations de la société. Jusqu'à un présent relativement récent, les législations familiales dans leur quasi-totalité poursuivaient le même objectif de protection de la famille fondée sur le mariage. Dans les pays de tradition islamique, depuis l'avènement de l'Islam, cet attachement reste indéfectible, le mariage est cellule de base de la société (**Section 2**).

La *comparabilité*³ du mariage dans les deux ordres juridiques établira les rapports de ressemblance – aux fins de rapprochement - et de dissemblance – de l'évolution sociétale. Seront mis en perspective l'évolution d'une société aujourd'hui sécularisée, où la foi et l'idéologie religieuse se sont retirées de la plupart des domaines de la vie civile⁴, à une

¹ V. s'agissant de l'opération même de définition, l'article de R. THERY « Approche sociologique de la "vie familiale" : la question des définitions », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 61-105. L'auteur distingue entre la *définition usuelle* d'un mot (qui se constate par l'usage), la *définition conventionnelle* (définition posée a priori au sein d'un langage spécialisé et à laquelle elle confère une dimension normative) pour enfin dégager la *définition hypothétique* (qui constitue une proposition de classement au sein d'une démarche scientifique).

² Dans ses travaux préparatoires du Code civil, -PORTALIS (Jean Étienne Marie PORTALIS, (1745-1807), l'un des rédacteurs du Code civil aux côtés de TRONCHET, MALEVILLE et BIGOT DE PREAMENEU - y voyait « la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée ». Cf. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille*, Paris, Dalloz Sirey, 18^{ème} éd., 2013, p. 599.

³ Sur cette notion de *comparabilité*, voir L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé, la méthode comparative*, Paris, LGDJ, t. 2, 1974.

⁴ C. LE TERTRE, *La religion et le droit civil du mariage*, Paris, Defrénois, coll. « Doctorat&Notariat », 2004.

société d'imprégnation religieuse et encore inégalitaire¹. Une lumière plus vive éclairera la façon de concevoir le droit², ainsi que le système de valeurs qui y préside, ce qui permettra une meilleure compréhension des évolutions propres à l'un et à l'autre de ces ordres juridiques.

¹ I. FADLALLAH, « Lien conjugal et rencontre de civilisations », in *Le statut personnel des musulmans, Droit comparé et Droit international privé*, J.-Y. CARLIER, M. VERWILGHEN (dir. de), Bruxelles Bruylant, 1992, p. 344.

² Il faut garder à l'esprit tout au long de ce travail que le droit français, comme toutes les législations modernes, est purement humain. Il est l'œuvre perfectible des hommes, basée sur l'expérience et la raison, pour ne s'appliquer qu'aux conflits matériels des particuliers. À l'inverse, le droit musulman repose sur une logique de révélation divine. Plus encore que le droit français, il est attaché aux notions originelles qui l'ont constitué. Aux yeux de ses fidèles, il a atteint sa complète perfection le jour même où il a été promulgué. Le Coran, les enseignements du prophète transmis et complétés par ses compagnons -puis par les disciples de ces derniers- ont été codifiés par les quatre fondateurs des écoles orthodoxes puis commentés par les jurisconsultes. Telle est la source du droit islamique. Cf. M.-M. SALAMA, *Le mariage en droit musulman*, Thèse, Montpellier, 1923, pp. 14-15.

Section 1. Le mariage occidental

41. Une interpénétration de trois systèmes. La conception occidentale du mariage¹ résulte de l'interpénétration de trois systèmes aux origines distinctes : le droit romain, la doctrine chrétienne et enfin, les coutumes germaniques². Dénué de dimension religieuse, le mariage romain consensuel n'attachait pas de valeur particulière à la dimension sexuelle de l'union. C'est pourquoi le mariage occidental tel que connu aujourd'hui est une jonction entre le consensualisme caractérisant le mariage romain et l'importance liée à la consommation du mariage dans les coutumes germaniques³. Il épouse enfin la conception chrétienne du mariage. La dissolution de l'union répond de la même manière à des règles différentes dans chacun des trois systèmes. La grande liberté dont bénéficiaient les couples germaniques de se séparer et de choisir un nouveau conjoint rejoint la conception du divorce en vigueur chez les romains. Si la morale sociale se montrait favorable à la stabilité des unions, la rupture du mariage était toutefois admise, et les romains l'utilisaient abondamment. La doctrine chrétienne du mariage devait, dans un tel contexte de permissivité, se situer par rapport au droit existant. Sur le fondement des textes scripturaires, les Épîtres de saint Paul⁴ et trois passages des Évangiles⁵, l'Église chrétienne affirmera son attachement à la stabilité du mariage et cherchera à imposer sa nouvelle loi. Néanmoins, un certain réalisme commandait de ne pas faire abstraction des habitudes en vigueur, quitte pour cela à tolérer quelques exceptions au principe d'indissolubilité en vue de faire triompher le principe évangélique.

42. Un mariage « institution ». Évoquer le mariage sous son angle institutionnel suppose de définir l'« institution » en tant que catégorie juridique⁶. Trouvant sa racine dans les mots *instituere*, *institutor* et *institutio* -qui signifient à la fois « l'action de création, l'action de fondation et l'action d'établir une personne dans une fonction préexistante »- la notion porte en son germe l'idée que, « lorsqu'on fonde, on établit en même temps une règle, un cadre imposé de fonctionnement de l'objet créé »⁷. Instituer

¹ J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, Paris, éd. du Cerf, 1987.

² B. BASDEVANT-GAUDEMET, *Églises et autorités, Études de l'histoire de droit canonique médiéval*, Limoges, PUL, coll. « Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique », n° 14, 2006.

³ Dit « par étapes », car la phase finale du mariage de ce type de mariage est la consommation à proprement dite. Rapprocher avec la conception musulmane du mariage, cf. *infra*, n° 37, note n° 2.

⁴ « Que la femme ne se sépare pas de son mari, -en cas de séparation, qu'elle ne se remarie pas, ou qu'elle se réconcilie avec son mari – et que le mari ne répudie pas sa femme », Première épître aux Corinthiens (7, 10).

⁵ Dans l'Évangile selon Saint-Marc : « Ce que Dieu a unit, que l'homme ne le sépare pas » (10, 9). Saint-Matthieu l'évoque à deux reprises : « Tout homme qui répudie sa femme – hormis le cas de fornication – la contraint à l'adultère et celui qui épouse une répudiée commet l'adultère » (5, 32 et 19, 9-10).

⁶ J.-P. BRAS (dir. de), *L'institution, Passé et devenir d'une catégorie juridique*, Actes du colloque organisé le 22 et 23 juin 2006 par le Centre d'Étude des Systèmes Juridiques de la Faculté de Droit, de Sciences économiques et de Gestion de l'Université de Rouen, Paris, l'Harmattan, 2008.

⁷ Y. SASSIER, « Réflexion autour du sens d'instituere, institutio, instituta », in *L'institution, Passé et devenir d'une catégorie juridique*, *op. cit.*, p. 27.

consiste donc à émettre une règle et imposer un cadre servant de modèle. Imprégné de l'idée de permanence, ce sens est celui adopté depuis l'Antiquité romaine, puis repris au Moyen âge par les théologiens dans le domaine de la divinité, perçue comme *institutor* de toutes choses. La théorie de l'institution de Maurice HAURIOU reprend cette même idée de fondation -acte éminemment objectif- en y ajoutant la nécessité d'organisation autour d'une puissance dont la fonction est la représentation du concept fondateur. L'idée sous-jacente est qu'une communauté ne saurait être efficacement gouvernée que *via* un pouvoir représentant. Maurice HAURIOU apporta un troisième élément de définition de l'institution qu'est la « communion ». Celle-ci permet, selon l'auteur, de dégager une certaine unité dans la collaboration du pouvoir central avec les organes collaborateurs. Cette unité doit passer par l'adhésion de chacun des membres du groupe à l'idée fondatrice, l'assimilant et la faisant sienne. L'exercice du pouvoir ne se justifierait que par cette soumission de tous à l'idée fondatrice¹. Si cette théorie se vérifie au sujet des formes d'organisation de la vie en société, elle reçoit une parfaite application en matière familiale. Ainsi perçue, la cellule *famille* serait constituée du pouvoir central représenté par la figure du *pater familias*, l'organe collaborateur constitué du conjoint adhérent à l'idée fondatrice : l'établissement d'une famille.

43. Méthode de travail. Afin de percevoir avec justesse la nature et la portée des évolutions ayant affecté le groupe familial, il convient avant toute chose de resituer ces évolutions dans leur contexte historique, en les mettant en rapport avec les transformations des courants d'idées, mais aussi les événements de tous ordres qui ont provoqué la modification des textes. Ce n'est qu'à partir de là qu'il sera possible d'appréhender la transformation contemporaine du lien matrimonial et plus largement, du lien familial. À cette fin, l'économie d'une étude chronologique ne peut être faite. Deux phases seront alors à distinguer : celle précédant la Révolution française -pendant laquelle la dimension morale du mariage était mise en avant (§1)- puis celle qui y est consécutive (§ 2).

§1) La dimension morale du mariage chrétien

44. Valeur de la loi morale et/ou religieuse par rapport à la loi civile. « Par-dessus le lien juridique, il y a un autre lien, religieux ou moral selon les cas, plus solide, plus étroit, plus exigeant (...). Un droit matrimonial ne tient pas seulement son importance de la réglementation propre qu'il édicte, mais aussi des normes de conflits par lesquelles (...) il concède ou dénie une sphère d'application à d'autres règles, venues de plus haut »². Ces propos du doyen CARBONNIER renvoient à la morale et/ou à la religion jugées « supérieures » à la règle de droit, et attestent bien que l'approche strictement juridique du

¹ E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Rev. droit et société*, n° 30-31, 1995.

² J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle*. Études offertes à Georges RIPERT, Paris, LGDJ, t. I, 1950, p. 337.

mariage ne saurait en refléter une fidèle vision. Tronquée et incomplète, la démonstration souffrirait du défaut de sincérité intellectuelle. La double incursion en terrain philosophique et religieux est nécessaire pour mener à bien une telle étude, car « historiquement, la conception juridique du lien conjugal ne s'est quasiment jamais élaborée sans prendre en compte une certaine transcendance, dont les racines, tout en dépassant très largement la sphère du droit, n'en constituent pas moins l'un des principaux fondements »¹. À ce titre, l'interférence entre le droit romain et le droit canonique² n'est pas sans avoir une incidence sur les règles présidant au mariage occidental. Son caractère moral découle tant de l'approche philosophique dont il a fait l'objet (**A**) que de la sphère religieuse qui s'en est approprié le monopole législatif (**B**). Nul besoin cependant de broser un tableau exhaustif retraçant en détail l'évolution de la conception du mariage au cours des siècles. Cette entreprise a déjà fait l'objet de nombreux brillants travaux³. Plus modestement, l'accent sera mis sur les principaux courants doctrinaux ayant conduit à la fixation d'une doctrine du mariage, objet de transformation progressive.

A) Le point de vue philosophique

45. Le fondement du droit. S'intéresser à la dimension religieuse du droit en Occident suppose de délimiter la période durant laquelle les normes juridiques des pays occidentaux ont pu trouver leur source dans les normes révélées par Dieu⁴. Ayant fait le choix de laisser de côté le droit de la Grèce ou la Rome antiques, le propos s'attachera principalement à examiner cette question à l'époque du Moyen-âge chrétien, période à laquelle la question semble avoir atteint sa forme la plus aboutie. L'apport de saint THOMAS D'AQUIN est, à ce titre, capital car, reprenant l'apport des sciences profanes et notamment des écrits d'Aristote, il y introduira le rapport avec Dieu selon la pensée chrétienne. La *Somme théologique* est une œuvre majeure où est notamment étudié le droit.

¹ A. BETHERY DE LA BROSSE, *Entre amour et droit, le lien conjugal dans la pensée juridique moderne (XVI^{ème} - XXI^{ème})*, Paris, LGDJ, 2011, p. 1.

² A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 1996 ; J. CHELINI, *Histoire religieuse de l'Occident médiéval*, Paris, éd. Hachette Littératures, 1991 ; J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2012 ; J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 1^{ère} éd., 2002. Cf. aussi J.-P. DURAND, « Code civil et droit canonique », *Rev. Pouvoirs*, 2003, n° 107, pp. 59-79.

³ J. BASDEVANT, *Des rapports de l'Église et de l'État dans la législation du mariage du Concile de Trente au Code civil*, Paris, 1900 ; O. MARTIN, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire (1789-1804)*, Paris, éd. Arthur Rousseau, 1901 ; G. DUMAS, *Histoire de l'indissolubilité du mariage en droit français*, Paris II, éd. Arthur Rousseau, 1902 ; E. STOCQUARD, *Aperçu de l'évolution juridique du mariage*, Bruxelles, éd. O. Lamberty, 1905 ; P. BERNARD ALVES PEREIRA, *La doctrine du mariage selon Saint augustin*, Paris, éd. Gabriel Beauchesne, 1930 ; P. FONTEZ, *Les diverses étapes de la laïcisation du mariage en France*, Perpignan, Pontifica universitas gregoriana, 1972. Plus récemment, v. A. BETHERY DE LA BROSSE, *Entre amour et droit : le lien conjugal dans la pensée juridique moderne (XVI^{ème} - XXI^{ème})*, op. cit.

⁴ La réflexion philosophique, notamment sur la nature humaine, ne peut occulter la question du rapport au divin et donc Dieu, que ce soit pour l'écarter ou l'admettre.

Faisant la distinction entre la loi positive humaine et la loi positive divine, le docteur angélique dégage une catégorie intermédiaire qui permettra d'éclairer le contenu de la seconde, par l'usage de la première¹ : la loi naturelle. En effet, la combinaison entre philosophie et théologie enrichit la réflexion relative à la loi naturelle. Celle-ci, selon le philosophe, est inscrite dans la nature même de l'homme, et repose sur des jugements normatifs *évidents* tels que « l'homme doit faire le bien » ou encore « être juste, ne pas voler... ». Présentant la caractéristique d'être vagues et surtout incomplets, ces principes généraux demandent à être précisés dans leur contenu, leurs limites, les modalités de leur exécution et répression en cas de non respect. La tâche est d'autant plus ardue que se développe et se complexifie la vie sociale. C'est à la réalisation de cette tâche que s'emploie la loi positive humaine, qui doit dériver de la loi naturelle, première règle de la raison. Si la loi positive humaine s'en éloigne et ne s'harmonise pas pleinement avec la loi naturelle, elle n'est plus « loi » au sens de juste, mais « corruption de la loi ».

46. La loi naturelle. Utilisant une expression imagée, un auteur définissait la « loi naturelle » comme « la face humaine de la loi éternelle »². Loi naturelle et loi éternelle semblent ainsi être les deux aspects d'une seule et même réalité : Dieu, qui est « non seulement l'être par excellence, mais encore la loi par excellence parce qu'il est la source de tous les êtres en dehors de lui, de l'homme en particulier »³. Selon la célèbre formule de saint THOMAS D'AQUIN, « la loi naturelle est la participation de la loi éternelle dans la créature raisonnable ». Le fondement ultime de la loi humaine est par conséquent la loi éternelle, laquelle n'est autre chose que Dieu lui-même. Et c'est en vertu d'une délégation du pouvoir législatif, conférée par la loi naturelle, que l'homme détermine le juste⁴ en promulguant sa propre loi humaine. Néanmoins, le législateur humain ne peut, de façon totalement libre, décider de ce qui est juste et de ce qui ne l'est pas. Saint THOMAS D'AQUIN précise très justement qu'« il convient de souligner que la volonté humaine, par une entente commune, peut rendre juste ce qui ne répugne pas en soi à la justice naturelle. C'est le cas du juste positif. C'est pourquoi le Philosophe, dans le livre V de l'*Éthique à Nicomaque* exprime l'idée qu'est juste légal ce qui est indifférent antérieurement à la prescription légale : l'accomplissement d'une telle action ne diffère en rien de son non-accomplissement. Mais si quelque chose répugne en soi au juste naturel, la volonté humaine ne peut pas le rendre juste. Il en serait ainsi si le législateur permettait de voler ou

¹ Pour une approche philosophique de la personne, cf. *infra*, n° 19.

² G. KALINOWSKI, « Le fondement objectif du droit d'après la "Somme théologique" de saint Thomas d'Aquin », *Arch. philo dr.*, 1973, t. 18, p. 69.

³ *Ibidem.*, p. 69.

⁴ Pour saint Thomas D'AQUIN ou ARISTOTE, le juste est le but auquel tend le travail du juriste, qui est « le prêtre de la justice ». C'est la conception du juste du *dikaion* et du *jus* qui est « harmonie, équilibre, bonne proportion arithmétique ou géométrique entre les choses ou les personnes », dont le but est « le juste rapport objectif, la juste proportion découverte entre les pouvoirs dévolus au roi, aux gardiens, aux autres classes de citoyens (...). Appliqué à l'individu, le mot droit désignera la part qui lui revient dans ce juste partage, puisque la justice a pour objet d'attribuer à chacun son droit ». V. M. VILLEY, « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », *Arch. philo droit*, 1964, t. 9, p. 103.

de commettre l'adultère. Voilà pourquoi Isaïe dit : « Malheur aux auteurs de lois iniques ! »¹. C'est donc par l'existence de la loi *naturelle*² que se justifie le pouvoir qu'a l'homme de dire le droit, de légiférer³ ce juste positif conformément aux limites de la morale issue du christianisme⁴. Ici encore, la loi *naturelle* telle qu'appréhendée par saint THOMAS donne une explication objective du problème de justice à partir du réel observable, en distinguant selon un subtil équilibre entre la loi (*lex*) d'un côté, et le juste (*ius*) de l'autre. La doctrine du droit naturel qui naîtra avec GROTIUS et PUFFENDORF s'acheminera davantage vers une philosophie du droit, assimilant *lex* et *ius* dans un système exclusivement rationnel⁵, dans lequel « la nature de l'homme » est individuellement considérée⁶. Le mot « nature » sera de plus en plus compris en fonction de l'expérience scientifique et finira par prendre, après NEWTON notamment, une signification purement phénoménale⁷. On sera déjà bien loin du droit naturel tel qu'étudié par ARISTOTE ou Saint THOMAS D'AQUIN. Malgré cet excès de rationalisme, le principal avantage de lier le droit à la « nature humaine » en tant qu'exigence rationnelle commune à tous les hommes, permet de ne pas l'intégrer à une conception – religieuse ou idéologique – particulière, et présente l'avantage de ne pas l'en couper totalement car la religion reconnaît à tous les hommes quelque chose en commun.

47. Perception du lien conjugal à l'aune de cette conception du droit.

S'inscrivant dans un ordre qui dépasse l'homme, le lien conjugal selon cette pensée juridique est une réalité *naturelle* qui transcende l'homme⁸ afin de « répondre à des critères de justice et s'insérer dans un ordre supérieur à l'individu (...) à la fois moral et politique, s'approchant ainsi le plus possible du vrai et du bien »⁹. Cette vision objective du lien conjugal correspond à une harmonie du monde dont la finalité est de mener l'individu qui

¹ *La Somme théologique*, II a, II æ, q. 57, art. 2.

² « La loi naturelle selon Aristote et Saint Thomas d'Aquin », in *Jalons d'une recherche émérite*, Écrits de Pierre KAYSER parus de 1981 à 2001, Marseille, PUAM, 2003, pp. 145-161. ARISTOTE et PLATON, s'ils s'accordent à objectiver le lien conjugal, ont une approche totalement opposée du réel qui nous entoure et auquel l'on doit pouvoir se référer. Alors que pour l'un – Platon –, le réel s'assimile à l'idée « en soi », qui est immuable et à laquelle l'homme ne peut participer que de manière imparfaite, l'autre privilégie le mouvement, ce qui est en vie. Pour Aristote, *être, c'est être en acte*. Or, pour Platon, les choses soumises au changement ne peuvent « être », et n'ont pas d'identité propre. Partant de là, ce n'est pas réalité. Aristote, tout en essayant de démontrer que les choses ne sont que « nécessité », leur associe une finalité, ce qui le pousse à observer la nature des choses, et le conduit à admettre l'existence d'un ordre au sein de la nature, distinct de la volonté humaine. En matière conjugale, c'est cette finalité là qu'il va s'agir de trouver.

³ À l'inverse du système juridique musulman qui n'utilise pas la nature comme fondement de sa médiation du rapport entre Dieu et l'homme.

⁴ G. AMBROSETTI, « Y a-t-il un Droit naturel chrétien ? », *Arch. philo. dr.*, 1973, t. 18, p. 77.

⁵ Sur l'approche cartésienne, cf. *infra*, n° 19.

⁶ Cf. *infra*, n° 20.

⁷ M. HALBECQ, « Le Divin et les conceptions du droit naturel », *Arch. philo. dr.*, 1973, t. 18, p. 171.

⁸ Cette réalité de l'ordre du cosmos vient directement de l'héritage gréco-latin transmis à l'Occident médiéval, repris ensuite par le christianisme.

⁹ A. BETHERY DE LA BROUSSE, *Entre amour et droit, le lien conjugal dans la pensée juridique moderne (XVI^{ème} - XXI^{ème})*, op. cit., p. 14.

s'y conforme au vrai, en lui permettant d'accéder au bonheur¹. Cette conception d'un « tout harmonieux » dérive directement de la notion de *cosmos* propre à la civilisation grecque, dans laquelle chaque élément ne se distingue qu'en vue de favoriser l'accord déterminé du tout. C'est le règne de l'objectivité pure, où le sens du mot « droit » est compris telle une qualité, une chose qu'il sous-tend : le Bien, entendu dans sa dimension incorporelle et immatérielle. Il en découle que les droits sont « dans les choses », et non « sur les choses »². Par conséquent, le lien conjugal -découlant de la nature³ même des choses- ne nécessite pas de faire l'objet d'une construction intellectuelle⁴. Perçu comme l'expression de la justice⁵ et du droit, il ouvre sur l'harmonie et l'amour⁶. La justice est entendue ici comme le « sentiment qui détermine une pratique, et cette pratique est une vertu, la vertu de l'homme juste »⁷. La force du lien conjugal dépend alors étroitement de l'idée que l'on se fait du juste et du droit. Une fois la conception même du droit renouvelée, elle se répercutera nécessairement sur le lien conjugal et la façon dont il est conçu à une époque donnée.

¹ C. DESPOTOPOULOS, « Sur la famille d'après Aristote », *Arch. philo. dr.*, 1975, t. 20, pp. 71-87.

² J.-M. TRIGEAUD, « Sur les origines juridiques et mythiques gréco-romaines du concept occidental de personne. Une histoire de la liberté », in *Personne, Droit, Existence*, éd. Bière, coll. « Bibliothèque de philosophie comparée », 2009, p. 23.

³ M. THOMANN, « Christian Wolff et le droit subjectif », *Arch. philo. dr.*, Dossier « Le droit subjectif en question », 1964, t. 9, p. 153.

⁴ Pour le doyen CARBONNIER, les tenants de ce courant de pensée croient en l'existence « d'un patrimoine transmissible de notions et de sentiments, de mythes et de complexes, patrimoine très ancien, ancien au point de se retrouver dans un très grand nombre de peuples, de telle sorte que nous avons en sa présence l'impression, l'illusion de l'éternel et de l'universel ». L'auteur ne reconnaît pas l'existence d'un droit naturel à la matière familiale, droit naturel qu'il qualifie de « fonds non pas originel, mais très archaïque de la psyché humaine » auquel il ne semble reconnaître que son utilité pratique, « plus exactement un droit naturel par myopie irrémédiable de l'observateur » : J. CARBONNIER, « V° Famille, Législation et quelques autres », in *Mélanges offerts à René SAVATIER*, Paris, Dalloz, 1965, p. 147-148. Toutefois, celui-ci déclare pouvoir admettre l'existence d'un éventuel droit naturel, qui ressortirait des contraintes de la biologie, or dit-il « nous avons changé tout cela. Au temps de l'analyse des sangs, de l'insémination artificielle, de la pilule contraceptive... les droits positifs entendent se soumettre la nature, et non plus s'y soumettre », Préface au dossier de droit de la famille, *Arch. philo. dr.*, 1975, t. 20, p. 2.

⁵ La justice consiste à accorder à chaque chose sa place dans un monde harmonieux où règne un juste universel donné par la nature, voir en ce sens : « La justice selon Aristote », in *Jalons d'une recherche émérite*, Écrits de Pierre KAYSER parus de 1981 à 2001, *op. cit.*, pp. 133-144 ; « Essais de contribution aux notions de droit, de justice et d'équité », in *Jalons d'une recherche émérite*, *op. cit.*, pp. 311-369.

⁶ Cet amour que Platon définit comme « la possession éternelle du bien ». Il sera l'élément qui va unir deux personnes différentes dans un seul et même souffle, en en dégageant leur caractère identique.

⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, Paris, PUF, 27^{ème} éd. refondue, 2002, p. 102.

B) *Le point de vue religieux*

48. Compétence de principe du droit canonique¹. Dans le prolongement de cette vision objective, les théologiens et canonistes ont longuement œuvré afin de fixer la doctrine du mariage². Perçu telle une morale, le mariage chrétien constitue un état inférieur au célibat. La virginité est préférée à la chasteté conjugale et le célibat au mariage. Les époux ont l'obligation de progresser dans toutes les vertus car le mariage est indépendant de leur vie personnelle. Leur perfection morale est d'autant plus élevée qu'ils observent la fidélité et la chasteté conjugales, et qu'ils recherchent la formation spirituelle de leurs enfants³. Célibat et mariage constituent donc des états de vie compatibles avec la sainteté, avec cette différence que le premier la favorise plus que le second selon l'approche augustinienne.

Le référentiel à l'époque étant Dieu, il s'agira pour l'Église chrétienne de promouvoir un cadre matrimonial dans lequel s'exerce une hétérosexualité ouverte à la procréation. La société familiale est organisée selon un principe hiérarchique de complémentarité, en vertu duquel le mari dirige et protège sa famille en qualité de chef. Le respect de cette hiérarchie

¹ Le droit canon est un droit confessionnel chrétien qui est né près de deux millénaires avant le Code napoléon. Par opposition au droit laïc, il n'a pas pour but d'imposer des règles destinées à prévenir les désordres dans la société, mais de poser des jalons permettant au chrétien de gagner son salut. Il s'agit d'un droit pour une large part coutumier, car composé de décisions ponctuelles de nature différentes : conciliaires, épiscopales, abbatiales ou pontificales. Aussi, chaque église à l'époque disposait de son propre droit canonique. Aux débuts du Christianisme, l'enseignement juridique qu'il était possible de tirer de l'Évangile, des Actes ou des Épîtres était extrêmement réduit. Ce n'est que lorsqu'un comportement éthique ou religieux -à la suite d'une assez longue durée- était jugé conforme à l'Évangile qu'il faisait l'objet de codification. À partir de l'an mille, la nécessité s'est faite sentir de compiler en des recueils les multiples décrétales pontificales. Le plus célèbre de ceux-ci eut pour auteur un moine de Bologne prénommé GRATIEN qui publia la *Concordantia discordantium canonum*, connue sous le nom de *Décret de Gratien*. La complétude et le caractère synthétique de l'ouvrage lui ont vite permis d'acquérir une valeur quasi officielle, et l'habitude a été prise à Rome d'ordonner, dès leur naissance, les textes juridico-religieux. La compilation du droit canonique ne date que du début du 20^{ème} siècle avec le premier *Codex iuris canonici* promulgué par BENOIT XV le 27 mai 1917. Il s'agit du premier code de l'histoire du droit canonique catholique romain dont la refonte fut ordonnée par le pape JEAN XXIII le 25 janvier 1959. Bien qu'il existait déjà en 1804 un *Corpus iuris canonici* qui s'inspirait largement de l'œuvre privée de GRATIEN, ce droit n'avait pas autorité sur tout le monde chrétien en raison des schismes existants avec les communautés orientales chrétiennes. Le nouveau *Codex Juris Canonici* a été promulgué par le pape Jean Paul II le 25 janvier 1983 et a fait l'objet de modifications substantielles -notamment en matière de mariage- afin de lui conférer plus de spiritualité et moins de technicité.

² L'union conjugale en Occident est perçue comme un mystère chrétien par lequel les époux ne forment qu'une seule chair, à l'image de l'Église qui n'existe que par son union avec le Christ. Dans l'existence de la vie du couple, les deux grandes vertus que sont la fidélité et la solidarité -qui régissent également les rapports avec le Seigneur- gouvernent également la vie conjugale. Une morale intègre s'acquiert dans le mariage, le couple ayant pour rôle de transmettre la morale et la foi. L'Église catholique y voit (le nouvel apport du *Codex* est ici capital puisque dans la nouvelle conception, on ne se marie plus uniquement pour se donner mutuellement le droit d'avoir des relations sexuelles en vue de la procréation, mais pour former une intimité de vie et une communauté d'amour) l'un des sept sacrements qu'elle reconnaît. La différence capitale avec les autres Églises se situe dans le fait que ce sont les époux eux-mêmes qui se le confèrent. Les Églises protestantes ont des vues très divergentes sur ce point car les anglicans y voient un sacrement mineur, tandis que les luthériens eux n'y voient qu'un simple contrat.

³ B. ALVES PEREIRA, *La doctrine du mariage selon Saint augustin*, Paris, éd. Gabriel Beauchesne, 1930, pp. 66-67.

permet de faire observer l'ordre et l'harmonie au sein du foyer, en favorisant l'établissement de liens d'ordre naturel, moral et spirituel dont la fin ultime est d'atteindre l'état de perfection¹. Il semblait dès lors *naturel* que l'Église disposa du monopole² de la réglementation de principe en la matière³, seuls les effets civils étant réglementés par le pouvoir royal. La lutte entre la puissance temporelle et le pouvoir spirituel remettra en cause cette répartition⁴ -notamment au XVI^{ème} siècle- avec la réforme protestante et l'avènement du pouvoir absolu⁵.

Fixées entre l'an mille et le XIII^{ème} siècle, les règles du mariage chrétien ont permis à l'Église, dès le haut Moyen-âge, de bénéficier d'une influence grandissante et d'une force politique considérable⁶ sur les règles du droit de la famille. Tout en s'inspirant des enseignements de la Bible et de l'Évangile, elle parvient à élaborer une doctrine du mariage⁷ en imposant sa conception de l'institution matrimoniale. Elle emprunte au droit romain ce qui ne heurte pas la morale chrétienne, notamment les éléments nécessaires à la formation du mariage tels son caractère monogame et l'âge minimal requis⁸. Le mariage à l'Église était la condition nécessaire de toute famille légitime et cet acte religieux valait acte civil. Tous les auteurs de l'époque définissaient le mariage comme un sacrement⁹ indissoluble dont les finalités sont la perpétuation de l'espèce, l'éducation des enfants, la vie commune dans la paix et l'amour mutuel, en présence d'obligations et de devoirs propres à chacun des conjoints¹⁰.

¹ M.-C. BARBAZZA, « L'épouse chrétienne et les moralistes espagnols des XVI^{ème} et XVII^{ème} siècles », *Mélanges de la CASA DE VELAZQUEZ*, t. 24, 1988. pp. 99-137.

² CHENON, *Le rôle social de l'Église*, Paris, 1921.

³ Cette compétence exclusive remonte au X^{ème} siècle.

⁴ À la différence d'autres pays, tel l'Italie où le mariage catholique, et plus généralement religieux a été intégré à côté du mariage laïc dans le Code civil italien : article 82.

⁵ Sur cette remise en cause, v. *infra*, n° 53.

⁶ P. DAUDET, *Études sur l'histoire de la juridiction matrimoniale*, I. *Les origines carolingiennes de la compétence exclusive de l'Église*, Thèse, Paris, 1933 ; II. *L'établissement de la compétence de l'Église en matière de divorce et de consanguinité*, Paris, 1941.

⁷ La doctrine canonique du mariage chrétien est fixée, dans ses débuts, sous le règne des Carolingiens qui y introduisent une spiritualité conjugale. La société de l'époque, encore largement germanisée, laissait l'homme libre de ses pulsions sexuelles. L'élaboration d'une doctrine du mariage avait pour objet de freiner la pratique des mariages entre proches ou éloignés, celle de la répudiation, de la polygamie et de l'infanticide, malgré quelques résistances des mœurs traditionnelles. Tout mariage contracté sans respect des formes religieuses - notamment sans bénédiction- ne pouvait être valable. Cf. J. CHELINI, *Histoire religieuse de l'Occident médiéval*, Paris, éd. Hachette littératures, 2002, pp. 196-200.

⁸ Le domaine des prohibitions à mariage étant très libéral dans le droit romain. Celui-ci ne sera pas repris par le droit canon, de même que le consentement des titulaires de la puissance paternelle dont l'absence n'aura aucune incidence sur la validité du lien. De façon similaire, le statut social des époux est sans incidence sur sa validité, contrairement à ce qui avait cours à Rome.

⁹ Ce n'est qu'au XII^{ème} siècle, en 1184 que le mariage prend place parmi les sept sacrements : « ce que Dieu a uni, l'homme ne doit pas le séparer », Cf. Évangile selon Saint Matthieu, XIX, 6. Le deuxième Concile de Lyon en 1267 l'affirmera, puis le Concile de Florence en 1439.

¹⁰ E. ROGUIN, *Traité de droit civil comparé. Le mariage*, Paris, éd. Pichon & Successeur, 1904, spec. n° 124 et s.

49. La théorie du mariage-contrat-sacrement. Dans ce contexte, trois éléments concourent à la bonté de l'union conjugale (*tria bona*) selon SAINT AUGUSTIN. À côté de *proles*, *fides*, se trouve ce que l'on appelle le *sacramentum*¹. Ce dernier élément, aussi appelé par SAINT AUGUSTIN² « lien minimum » -en comparaison au lien « *magnum* » qui unit le Christ à l'Église- est ainsi qualifié du fait qu'un époux retrouve sa liberté par la mort de l'autre -tandis que le Christ et l'Église demeurent éternellement unis-. Si *proles* (élément originaire du mariage et le seul dont Dieu ait parlé au moment de la création du monde : « croissez, multipliez et remplissez la terre ») et *fides* (la foi) constituent des éléments volontaires et humains dont le but est de faire naître entre les époux le *vinculum conjugale* -source de droits et d'obligations- le *sacramentum* imprime au mariage certaines propriétés qui en font une union indissoluble. Il s'agit de l'élément spirituel qui s'introduit lors du mariage indépendamment de la volonté des époux, pour en faire le symbole de l'union du Christ et de son Église³. La supériorité du mariage qui en résulte permet de maintenir le mariage même non procréateur⁴.

Toute la difficulté pourtant résidait dans le fait que les protestants⁵ refusaient de voir le mariage comme un sacrement produisant la grâce. Lorsqu'ils souhaitaient faire constater leurs mariages, ceux-ci devaient demander au ministre du culte catholique un concours que leur foi repoussait⁶. À cela s'ajoutait la problématique des mariages clandestins célébrés sans bénédiction nuptiale, et la question était de savoir s'il fallait considérer ces unions comme valides ou non. Si l'on admettait que le mariage était un sacrement, les mariages célébrés dans de telles conditions ne pouvaient valablement être reconnus. À l'inverse, les

¹ Le terme *sacramentum* est employé par Saint AUGUSTIN de façon très large et lui donne même plusieurs significations littérales, notamment celle de symbole, de signe ou encore de lien indissoluble. Or, un sens fondamental a essentiellement été retenu dans ses écrits, l'empêchant de remplacer ce mot par un autre. Ce sens semble être le rapport du mariage vis-à-vis de l'union spirituelle entre le Christ et l'Église. Cette propriété d'ordre surnaturel a imprimé au mariage le caractère mystérieux et religieux. Pour VASQUEZ, Saint AUGUSTIN n'a jamais appelé le mariage « sacrement » au sens stricte et théologique du terme. Pour MAUSBACH, il désignait l'indissolubilité du lien conjugal et pour POURRAT, il s'agissait du lien matrimonial indissoluble car il est la figure de l'union du Christ avec son Église.

² Saint AUGUSTIN sera le premier à établir une relation logique entre le sacrement et l'indissolubilité du mariage en formulant précisément et harmonieusement la doctrine des biens du mariage.

³ G. SERRIER, *De quelques recherches concernant le mariage contrat-sacrement, et plus particulièrement de la doctrine augustiniennne des biens du mariage*, Thèse Nancy, Paris, éd. De Boccard, 1928.

⁴ Néanmoins, si on laissait la possibilité à un époux de dissoudre le lien et de se remarier, ce dernier pourrait atteindre un des grands biens du mariage. Pour autant, la doctrine du mariage ne le lui permet pas, car « si le lien conjugal n'est pas renforcé par le *sacramentum* d'une chose supérieure à la condition mortelle des hommes, on ne comprend pas comment il puisse établir une union si strictement indissoluble ». Cf. P. BERNARD ALVES PEREIRA, *La doctrine du mariage selon Saint Augustin*, Paris, éd. Gabriel Beauchesne, 1930, p.183.

⁵ Pour les protestants, il n'existe que trois sacrements : le baptême, l'eucharistie et l'ordre. Ceux-ci considèrent bien le mariage comme une chose sainte instituée par Dieu. Néanmoins, il ne s'agit pas d'un sacrement et il revient donc à l'autorité publique de le réglementer parce qu'il intéresse avant tout la société. C'est pourquoi la thèse de CALVIN et LUTHER admettait le divorce pour disparité de culte, l'incompatibilité d'humeur, la longue absence et l'adultère.

⁶ Bien que l'édit de Nantes ait accordé aux protestants le droit de faire constater leurs mariages par leurs ministres, celui-ci fut révoqué en 1685. Ce ne sera qu'en 1787 qu'ils obtiendront l'autorisation de faire célébrer leurs mariages par le juge à leur domicile.

reconnaître rendait la bénédiction nuptiale comme simple accessoire. Si l'idée d'un mariage-contrat ne fait pas l'objet de discussions en son principe¹, était en revanche discutée la question de savoir quels rapports existaient entre le contrat et le sacrement. Étaient-ils indépendants ou indivisibles ?

50. Les thèses débattues. Plusieurs thèses étaient soutenues. Pour VIGOR, le contrat conférait au mariage son caractère indissoluble alors que le sacrement permettait d'y ajouter la grâce. AURIENSIS et GEBENNENSIS procédaient à la même distinction, tout en reconnaissant la possibilité de déclarer nul le contrat de mariage sans remettre en cause le sacrement. Cette thèse ne revenait pas moins à admettre l'indépendance des deux éléments, alors que la grande majorité des théologiens soutenaient l'idée que contrat et sacrement ne faisaient qu'un. Pour Petrus FERNANDEZ, « le contrat de mariage est de droit naturel, mais le Christ y a ajouté quelque chose de plus, *quae facit illud sacramentum* »². C'est pourquoi le contrat ne pouvait être sans le consentement, ni le sacrement sans le contrat. Inséparables, ces éléments justifiaient le pouvoir que l'Église s'est toujours reconnue d'annuler le contrat en constatant la nullité du sacrement. Dans le prolongement de cette idée, le ministre du sacrement étaient les contractants eux-mêmes et non le prêtre. La volonté des époux réaliserait donc à la fois le contrat et le sacrement. Mais le problème subsistait de savoir si elle pouvait réaliser l'un à l'exclusion de l'autre ? La question a une fois de plus mobilisé ceux pour qui le mariage constituait un contrat élevé au rang de sacrement par le Christ et ceux qui voyaient en l'intention des époux la condition de validité du sacrement. Si une telle intention faisait défaut, les époux pouvaient valablement contracter sans recevoir le sacrement³. Dans le premier cas, la compétence exclusive de l'Église serait maintenue, dans le second se profilait le spectre d'une sécularisation du mariage. À ce dilemme, le Pape PIE IX a tranché en faveur des prérogatives de l'Église⁴ et condamné l'apport des nouvelles doctrines. Son successeur LEON XIII se chargea de promulguer le 10 février 1880 la doctrine du contrat-sacrement dans l'importante encyclique *Arcanum divinæ sapientiæ* sur le mariage chrétien, réfutant la théorie du mariage-contrat purement civil, considérée comme erreur-base du rationalisme⁵. Telles

¹ Du fait que le mariage constitue le premier contrat de droit naturel valable par le consentement des deux parties à l'union. Cf. A. COSTE-FLORETO, *La nature juridique du mariage. Ce qu'elle est dans le Code civil ; ce qu'elle devrait être*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1935, p. 14.

² Cité par G. SERRIER, *De quelques recherches concernant le mariage contrat-sacrement, et plus particulièrement de la doctrine augustinienne des biens du mariage*, Thèse, Nancy, Paris, éd. De Boccard, 1928, p. 218.

³ A. COSTE-FLORETO, *La nature juridique du mariage. Ce qu'elle est dans le Code civil ; ce qu'elle devrait être*, op. cit., 1935, p. 15.

⁴ La doctrine de l'indivisibilité est exprimée de façon claire par PIE IX, notamment dans l'allocution *Acerbissimum vobiscum* du 27 septembre 1852 : « Entre fidèles, il ne peut y avoir de mariage qui ne soit en même temps sacrement, et dès lors entre chrétiens toute autre union de l'homme et de la femme en dehors de l'union sacramentelle, même contractée en vertu de la loi civile, n'est autre chose qu'un honteux et pernicieux concubinage, le sacrement ne peut jamais être séparé du contrat matrimonial, et c'est à l'Église seule qu'appartient le pouvoir de régler tout ce qui, d'une manière ou de l'autre, peut toucher au mariage ».

⁵ A. COSTE-FLORETO, *La nature juridique du mariage. Ce qu'elle est dans le Code civil ; ce qu'elle devrait être*, op.cit., p. 27.

étaient donc les opinions soumises au Concile de Trente en vue de la consécration d'une doctrine officielle promouvant le mariage. Lors de la 24^{ème} session du Concile, la Haute assemblée adopta l'idée qu'elle se faisait du mariage, sans effort de conciliation entre les différentes opinions. Elle a estimé qu'« instituée par Dieu, l'union conjugale apparaît originairement comme un contrat perpétuel et indissoluble, formé sous l'inspiration divine au moment où Adam laisse échapper ces paroles : “Voici vraiment l'os de mes os et la chair de ma chair”. Et tel, le mariage devait demeurer jusqu'à la venue du Christ. Celui-ci, en permettant qu'il sanctifiât les conjoints par une grâce spéciale, l'éleva vraiment au dessus de sa condition d'origine, et sans modifier cependant la nature du contrat, il fit de celui-ci un sacrement »¹. Insistant sur l'origine primitive divine de l'union conjugale, la théorie du mariage contrat-sacrement telle qu'adoptée, ne fit pas « table rase » de la doctrine augustinienne, mais la reléqua au second plan. Le sacrement est donc le contrat élevé en dignité, devenu signe et cause de la grâce. Les deux ne font qu'un tout indivisible.

Plus tard, l'expression moderne de la doctrine du mariage contrat-sacrement formulera le mariage ainsi : « le mariage est un contrat élevé par Notre-Seigneur-Jésus-Christ à la dignité de sacrement »². Pendant longtemps, les canonistes n'ont pas traduit en une forme spéciale la doctrine telle qu'émise par le Concile de Trente. Il faudra attendre le XVIII^{ème} siècle pour la voir traduite en une formule consacrée.

51. Les difficultés posées par la fixation de la législation canonique du mariage.

Quatre éléments sont au fondement de l'élaboration de la législation canonique du mariage. Il s'agit du consentement des époux, de la *copula carnalis*, des fiançailles et de la bénédiction nuptiale. Si les deux derniers éléments que sont les fiançailles -simple préliminaires- et la bénédiction nuptiale -élément non indispensable à l'administration du sacrement- n'ont pas soulevé de difficultés particulières, ce sont surtout les deux premiers éléments qui ont cristallisé les tensions. Pas de mariage sans le consentement des époux, mais pas de mariage complètement indissoluble sans la *copula carnalis*³. Le débat entre Pierre LOMBARD et GRATIEN -partisans pour l'un de l'élément consensuel, l'autre de l'élément charnel- paraît à plusieurs égards désuet et la doctrine actuelle ne manque de le rappeler. Le consentement nécessaire au mariage ne pouvant souffrir d'entorse, ce serait l'élément déterminant dans la conclusion de l'union. Mais la consommation du mariage n'en est pas moins dépourvue d'importance car l'impuissance constituait bien un empêchement dirimant, et la non consommation de l'union cause de dissolubilité. Les deux éléments sont donc prépondérants dans la conception canonique du mariage.

¹ Cité par G. SERRIER, *op. cit.*, p. 220.

² *Ibidem.*, p. 221. Cf. le catéchisme du Diocèse de Toul, 1788 : « Dieu a institué le mariage dès le commencement du monde, mais il n'a été élevé à la dignité de sacrement que par Notre-Seigneur-Jésus-Christ ». « Avant d'être sacrement, le mariage n'était qu'un contrat par lequel l'homme et la femme se faisaient un don mutuel de leur corps et s'obligeaient à demeurer ensemble ». Cité par G. SERRIER, *op. cit.*, p. 242.

³ R. VANHEMS, *Le mariage civil, sa formation, ses effets, sa dissolution. Étude critique de l'idée de contrat*, Paris, éd. Arthur Rousseau, 1904, p. 8.

Les différentes réformes entreprises ultérieurement à la controverse ne toucheront plus à la nature du mariage¹, mais concerneront la forme de sa publicité -en raison d'un grand nombre d'unions clandestines. Après l'échec du quatrième Concile de Latran en 1215, le Concile de Trente permettra de fixer l'exigence de publicité du mariage. Désormais, aux côtés du mode d'expression du consentement est ajoutée l'incise : le recueil du consentement devant le *parochus* en présence de deux témoins². Tout ministre du culte ne saurait désormais procéder au mariage en dehors des règles édictées, élevées au rang d'empêchement dirimant par le Concile. À partir de cette date, la doctrine du mariage canonique trouvera une réelle cohérence dans sa formulation, autour des deux premiers éléments que sont la *copula carnalis* et le consentement, la publicité y constituant un accessoire. La doctrine canonique du mariage-contrat-sacrement était désormais immuable quant au fond.

Telle est la théorie officielle qui régit pendant de longs siècles le mariage des Français. La doctrine du mariage canonique s'articulera ensuite autour de la notion de contrat, formulée par les pontifes puis précisée dans ses contours par les maîtres de l'époque : BONAVENTURE ou encore saint THOMAS D'AQUIN. L'École allemande du droit naturel moderne³, d'une importance centrale et dont les thèses seront reprises par les philosophes des Lumières, nourrira notamment les débats relatifs au sort de la famille en contexte révolutionnaire.

§2) Vers une approche contractuelle du mariage

52. La soustraction progressive de la compétence religieuse en matière matrimoniale. Bien que l'autorité religieuse eût le monopole en matière matrimoniale, les effets de l'union demeuraient régis par le pouvoir civil. Insatiables, les besoins de la couronne ont peu à peu conduit à l'empiètement du domaine réservé de l'Église – notamment par de nombreux moyens doctrinaux⁴-, affaiblissant le caractère religieux du

¹ Il est désormais acquis que celui-ci est un sacrement, source de grâces spirituelles, et le Concile de Trente ne fera que le rappeler. Toute discussion est donc close quant à la nature de l'union.

² R. VANHEMS, *Le mariage civil, sa formation, ses effets, sa dissolution. Étude critique de l'idée de contrat*, op. cit., p. 13.

³ Dans son développement historique, la doctrine du droit naturel revient aux jurisconsultes du *Digeste* puis aux théologiens du Moyen Âge, dont Saint Thomas D'AQUIN est le plus représentatif. Dans nos développements, la doctrine du droit naturel réfère à l'École du droit de la nature et des gens, en raison de son importance quant à l'élaboration des textes français au lendemain de la Révolution. Cette école est née vers les XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles, dont les juristes les plus représentatifs sont notamment l'allemand PUFENDORF (1632-1694), traduit en français par Huguenot Jean BARBEYRAC, et le hollandais GROTIUS (1583-1645).

⁴ Ainsi en est-il de la thèse de MELCHIOR CANO (XVI^{ème} s.) qui, tout en utilisant les divergences d'opinions des théologiens, fera du contrat-sacrement, ce tout indivisible, deux éléments distincts et séparables. LERIDANT (XVIII^{ème} siècle) relève une expression maladroitement employée par l'Église pour désigner le mariage, celle de « contrat élevé par Jésus-Christ à la dignité de sacrement ». Selon lui, le Christ n'a pas entendu bouleverser ni modifier les institutions existantes, mais seulement ajouter la bénédiction nuptiale destinée à répandre la grâce sur les époux, sans toucher à l'état primitif de l'union conjugale. Or, cette approche mettra en évidence deux

mariage (A). La proclamation du caractère civil du mariage en sera la conséquence directe (B).

A) *L'affaiblissement du caractère religieux du mariage*

53. Le sacramentum revu par les gallicans. Afin de soustraire le monopole de la réglementation des affaires matrimoniales à l'Église, le pouvoir royal -aidé par les laïcs- s'attaqua tout particulièrement au *sacramentum*. Loin de réfuter l'idée que le mariage est un sacrement, les gallicans -particulièrement TABARAUD- s'emploieront à démontrer que le raisonnement théologique est erroné. Selon TABARAUD, le sacrement de la loi nouvelle ne constitue pas le sacrement du mariage, car celui-ci existerait déjà avant même la venue du Christ. Par ailleurs, les époux le reçoivent à leur insu, quand bien même ils n'auraient pas eu recours à l'intermédiaire du prêtre¹. Pour parvenir à un tel raisonnement, une définition élargie du sacrement a été retenue. Étayant leur argumentation sur les textes mêmes des Pères², les tenants de cette doctrine se limiteront à la seule bénédiction nuptiale, dont ils veulent faire l'élément essentiel et constitutif du sacrement. Cette approche rejoint celle de MELCHIOR CANO pour qui tout sacrement nécessite, pour produire son effet spirituel, une manifestation extérieure -*via* un rite sacré-. Une telle approche explique que les tenants du gallicanisme n'aient voulu voir le rite extérieur que dans la bénédiction du prêtre. Leur analyse les conduira à percevoir le mariage-sacrement comme totalement indépendant du mariage-contrat, suite logique de la dissociation du contrat et du sacrement. Une fois l'objectif atteint, l'étape suivante consistait à affaiblir le monopole du pouvoir spirituel en matière matrimoniale en vue de leur soustraire. Ce même objectif jouira du XVI^{ème} au XIX^{ème} siècle d'un crédit considérable.

54. L'émergence d'un nouveau cadre philosophique. Une controverse religieuse, dont l'ampleur était insoupçonnée au départ, semble avoir permis la fixation d'un nouveau cadre philosophique en Occident. Celle-ci opposa les partisans de l'ordre franciscain et la papauté. Selon la prescription de saint FRANÇOIS aux frères de son Ordre, il fallait, à l'instar du Christ, ne pas manifester de signes de richesse et faire vœu de pauvreté. Les franciscains se limitaient à revendiquer un simple *usage* sur les choses ou les actes qu'ils

sortes de contrat dans le mariage, un contrat civil, relevant du pouvoir temporel, et un contrat naturel. TABARAUD (XVIII^{ème} siècle), défenseur du pouvoir civil, relève que le contrat de droit naturel qui ressortit de la volonté des contractants et sur lequel l'Église a pleine autorité, se confond avec le contrat civil dès lors que c'est le défaut de loi qui rend le contrat purement naturel. De sorte qu'à partir du moment où existe une société policée, le contrat naturel disparaît au profit du contrat civil, voire forment un tout indivisible constitué du consentement des parties -essence du mariage- dans les formes établies par la loi. Cette doctrine gallicane rencontrera, dès sa naissance, des partisans convaincus car elle était en harmonie avec certaines idées qui avaient cours à cette époque. Le pouvoir royal s'empressera de la reproduire dans les documents officiels, en affirmant son pouvoir de juger les affaires matrimoniales. Le but étant de permettre au pouvoir temporel de légiférer en matière matrimoniale, les différentes thèses s'emploieront à démontrer la séparabilité du contrat et du sacrement.

¹ LERIDANT, *Traité sur le mariage*, Paris, 1753, p. 4.

² Notamment St Ignace, St Polycarpe, Tertullien, Sirice...

effectuaient, sans jamais en détenir la propriété. La papauté –dont l’avis était autre quant à la valeur à accorder à la pauvreté- s’employa à démontrer que cette thèse n’était pas fondée, notamment du fait de l’usage qu’il est possible de faire de son « pain » dont on a assurément la propriété en le mangeant. Il reviendra particulièrement à JEAN XXII de condamner cette thèse¹, notamment en obligeant les franciscains à « devenir propriétaires », ce que le général de l’ordre Michel DE CESENE et Guillaume d’OCCAM s’efforceront de réfuter. Ceux-ci démontreront, selon une philosophie dont le fondement est le refus du droit, qu’ils ont *l’usage sans le droit*². Une telle réflexion s’affranchit du savoir que Monsieur le professeur TRIGEAUD qualifie de « mythique (...) primitivement acquis de l’expérience du droit »³ au profit d’un savoir théologique qu’elle affirme indépendant. Outre qu’elle conduit à mettre entre parenthèses les exigences de sémantique et de droit, une telle philosophie procède à la dénaturation de la réflexion du philosophe du droit. Particulièrement, l’idée de justice en ressort entièrement dépendante du rapport établi entre les personnes et les biens (ou les choses plus largement), et entre la nature de l’homme et la nature des choses. Une telle distinction remonte à ARISTOTE, grâce à laquelle il procède à la distinction entre une « justice générale » liée au droit extra-patrimonial et une « justice particulière » attachée au droit patrimonial. Or, dans cette controverse, Guillaume d’OCCAM n’est pas juriste mais dialecticien. Il excelle dans la science de distinguer le sens des mots et leur définition. C’est cette liberté « qu’il prend à l’égard du langage, persuadé que les mots ne sont que des signes, que leur usage est conventionnel, que les sens des mots sont relatifs, qu’ils “connotent” des réalités diverses, selon le point de vue de l’usager »⁴, qui facilitera le glissement du sens du mot « droit », vers le sens de « pouvoir ». Par ailleurs, Guillaume d’OCCAM sert une cause, celle des franciscains, pour qui la vie la plus sainte est la vie exclusive de droit. Ceci explique qu’il s’emploiera à démontrer que ceux-ci n’ont qu’un usage *de fait* et non un droit sur les biens. Selon la conception romaine du droit pourtant, les franciscains ne pouvaient valablement affirmer ne pas en disposer. C’est pourquoi il était nécessaire, pour la cause, de modifier cette conception romaine trop générale du sens du mot « droit » pour en adopter une plus restreinte, correspondant à leur théorie. Or, tout concept est signifié par un mot. Dans le langage juridique⁵ encore plus qu’en tout autre domaine, il convient de tenir compte du

¹ Particulièrement en raison de la distorsion entre la théorie qui considère les franciscains comme non propriétaires et la pratique qui –du fait de l’extension de l’ordre et de son prestige- a révélé le contraire (possession de nombreux biens : églises, couvents, livres et provisions). Bien que quelque peu fictif, un compromis –trouvé par la papauté- a permis de conserver les biens des communautés franciscaines à leur disposition, en leur permettant un simple usage dessus, la propriété en revenant au Saint-Siège. Ce régime s’est maintenu jusqu’à l’arrivée du pape JEAN XXII qui le dénoncera.

² M. VILLEY, « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam », *Arch. philo. droit*, 1964, t. 9, p. 116.

³ J.-M. TRIGEAUD, « Sur les origines juridiques et mythiques gréco-romaines du concept occidental de personne. Une histoire de la liberté », in *Personne, Droit, Existence*, éd. Bière, coll. « Bibliothèque de philosophie comparée », 2009, p. 19.

⁴ *Ibid.* p. 116-117.

⁵ R. PERROT, *De l’influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Thèse, Paris, Sirey, 1947.

sens que le concept exprime, en rapport inévitable avec un élément auquel il renvoie¹. Si la règle juridique ne peut être portée que par des mots, elle représente aussi la traduction d'un fait concret en termes de droit. C'est ce qu'on appelle le « référent sémantique » ou « référent ontologique »², dont le sens va permettre de désigner une chose que le mot traduit. C'est pourquoi le professeur Jean-Marc TRIGEAUD souligne qu' « il n'est guère possible de considérer juridiquement le langage autrement, ce qui relativise d'emblée diverses approches, légitimes certes, mais latérales, en ce qu'elles ne découvrent aucun aspect susceptible d'intéresser le sens recherché ».

55. Le renversement sémantique de la définition de la « personne ». Facilité par le désordre du Haut Moyen Âge -mais aussi par le peu d'initiation des hommes de l'époque à l'abstraction³-, la pensée de Guillaume D'OCCAM élèvera au niveau de science un mode de pensée qui était informel. La question de l'individualité de la personne apporte un éclairage supplémentaire à notre propos et nécessite de mobiliser la notion de « personne ». La perspective philosophique, dans sa dimension ontologique, s'attache à déterminer la personne dans son acte d'existence en s'attachant à « discerner l'être, en déterminer le siège, la consistance, le sens, en lui reconnaissant à la fois l'immutabilité derrière les fluctuations du changement, la nécessité derrière les contingences (...) ». Or, le sens que prend le mot personne dans la spéculation métaphysico-religieuse de Guillaume D'OCCAM est différent de celui que s'en faisait la conception gréco-romaine⁴. Dans un contexte où émerge un « langage parallèle », celui-ci emploiera le mot « sujet »⁵, plus facilement personnalisable. Or, le sens de ce mot n'a jamais été assimilable à celui de personne, plus qu'il ne constitue l'être dans son substrat, distinct de la personne qu'il désigne. L'identité de la personne ne peut être réductible à son apparence. Son essence même est sous-jacente à l'extériorité qui se matérialise dans l'objet ou la chose apparente. Pour autant, cette extériorité ne peut se manifester que dans la transcendance (par opposition à l'immanence) pour toujours être en lien avec l'objet dont elle provient : l'être. L'identité s'oppose alors à la simple apparence, dont elle peut manifester l'extériorité. Or, le sens juridique de la personne tel que posé aujourd'hui s'est laissé enfermer dans le seul paraître en occultant l'identité. Le nouveau sens du mot « personne » ne traduirait plus

¹ M. DOUCHY-LOUDOT, « La notion de non-droit », *RRJ*, 1992, p. 434.

² J.-M. TRIGEAUD, « Sur les origines juridiques et mythiques gréco-romaines du concept occidental de personne. Une histoire de la liberté », in *Personne, Droit, Existence*, éd. Bière, coll. « Bibliothèque de philosophie comparée », 2009, p. 17.

³ Ceux-ci pensent spontanément à partir de leur individualité, la tendance étant à l'époque la libération des entraves de l'ordre objectif.

⁴ Le mot « personne » chez les grecs est *prosopon*, *persona* en latin. Il désigne « un rôle joué dont la trame est fixée selon un livret constitué d'avance à partir d'un élément objectif relié à un "bien" dont on se dispute la propriété ». Cf. J.-M. TRIGEAUD, « Sur les origines juridiques et mythiques gréco-romaines du concept occidental de personne. Une histoire de la liberté », *art. précit.*, p. 20.

⁵ Le mot personne en grec signifie *prosopon*, *persona* en latin. Dans ce contexte de spéculation, ce mot sera associé à d'autres vocables grecs ou latins comme « *hypostasis* » et « *substantia* » dont le trait commun est de faire référence à des choses extérieures à l'homme, particulièrement d'ordre économique-social.

que la dimension liée au « paraître », désormais synonyme d' « être ». Un tel glissement sémantique¹ opère par le dédoublement du sens du mot personne en un bien extérieur - rattaché juridiquement à un patrimoine²-, reflet d'un bien intérieur. Le mot « personne » désignerait, suivant ce raisonnement, tant l'être que l'apparence. C'est ce que Monsieur le professeur TRIGEAUD résume par l'idée que « la personne s'ontologise en quittant l'aire des apparences, et l'être ou la réalité ontologique se personnalisera »³. Le sens du mot « personne » sera réduit à l'idée d'un bien propre, entraînant dans le sillage de ce langage parallèle la notion de droit. Or, et nous rejoignons Monsieur le professeur TRIGEAUD dans son analyse, il ne convient pas de « projeter sur la personne ce langage récent issu de l'idéalisme moderne. Celle-ci ne possède pas de droits dits subjectifs, puisque de tels droits n'existent pas dans le langage des sources gréco-romaines »⁴.

56. Un raisonnement fondé sur l'individu libre. Le même contresens ayant conduit à considérer l'apparence comme être personnel rejaillit sur la notion d'acte. Par contamination de langage, le même contresens a permis de présenter le sujet comme « l'auteur d'une action à laquelle celle-ci est imputée », qui entraînerait sa responsabilité. Théologisant ce langage, le sujet est « considéré comme étant en relation de communauté intersubjective avec les autres sujets d'action »⁵. Autrement dit, le sujet renverrait à une action engageant une responsabilité libre et individuelle. Or, le terme *communitas* ne renvoie pas aux sujets actifs comme *societas*, mais à des sujets ontologiques ne dépendant pas les uns des autres, dont l'action n'est pas réductible à l'acte. Le sujet en question ne constitue pas ce « sujet en action » au sein d'une communauté perçue tel « un réseau intersubjectif projetable sur le “vivre ensemble” social »⁶. Le concept de *liberté individuelle* caractéristique de la philosophie franciscaine permettra à Guillaume D'OCCAM de défendre la thèse qu' « il existe une infinité d'actes moralement *indifférents*, c'est-à-dire libres, que l'individu n'est point tenu rationnellement d'accomplir, mais qu'il accomplit par amour, ce en quoi tient la vertu chrétienne »⁷. Chaque individu serait en l'occurrence un « foyer de conduite libre, donc un centre de pouvoir absolu »⁸. La morale classique de l'ordre naturel se trouve vite mise à l'écart, la liberté individuelle telle que comprise par Guillaume D'OCCAM trouvant à s'appliquer dans un « secteur de la vie dans lequel nos actes sont soumis à l'ordre naturel, où nul acte n'est « indifférent » pour la morale

¹ Sur la transformation de la définition de la nature de l'être, cf. G. BERNARD, « Vers des droits de l'homme...sans l'homme », in *Le Mariage&La Loi, Protéger l'Enfant*, Institut Famille&République, 2016, pp. 101-109.

² T. REVET, « L'argent et la personne », in *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, pp. 141-154.

³ J.-M. TRIGEAUD, « Sur les origines juridiques et mythiques gréco-romaines du concept occidental de personne. Une histoire de la liberté », *art. précit.*, p. 21.

⁴ *Ibid.*, p. 21.

⁵ *Ibidem.*, p. 22.

⁶ *Ibidem.*, p. 38.

⁷ M. VILLEY, « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », *art. précit.*, p. 122.

⁸ *Ibidem.*, p. 122.

naturelle, et c'est dans cette zone que se situent la justice et le droit »¹. C'est pourquoi cette liberté radicale ne peut jouer que dans une sphère supérieure, celle de la vertu. Guillaume d'OCCAM a confondu les deux sphères que saint THOMAS D'AQUIN avait su distinguer : le domaine de la vie surnaturelle d'un côté, le domaine du droit et de l'ordre social temporel de l'autre². Il ne s'agit plus seulement de détourner de leur sens premier les notions, mais bel et bien de mettre au centre de cette philosophie la volonté individuelle, en mettant la liberté comme pierre angulaire du droit. C'est ce que Madame le professeur DOUCHY-LOUDOT relève comme étant « la victoire du nominalisme juridique (...) les concepts ne sont pas faits pour désigner des réalités tirées de l'observation objective de la nature des choses, ils sont le résultat de conventions sociales qui s'accordent à donner tel sens, tel contenu à tel concept, indépendamment de toute réalité car celle-ci est niée en soi »³.

57. La redéfinition du rapport à la transcendance. Dans ce contexte, mieux situer l'homme dans sa dimension extérieure de « personne » conduit à considérer au plan théologique⁴ Dieu dans sa structure propre, ontologisé comme accomplissement d'un être extérieur abstrait et transcendant. Le postulat de la singularité, étendu à la transcendance, conduit à lui nier sa toute-puissance. Au-dessus de la raison humaine, il y a désormais la Raison divine, -et non plus la Raison immuable- dont dépend l'idée de justice. Le fondement de celle-ci changeant, le sens du mot droit suit le mouvement. Il se décline désormais sous la forme d'une liberté ou d'un droit, loin de l'idée de justice, expression de

¹ *Ibidem.* p. 122-123.

² M. VILLEY explique très justement que « du personalisme chrétien valable au plan surnaturel, il (G. d'OCCAM) tire toute une philosophie, refusant de quitter lorsqu'il traite de l'ordre naturel les lunettes nominalistes, individualistes du mystique. Et la merveilleuse notion chrétienne de la liberté, valable pour le moine détaché du monde, mais peut être moins pour les hommes enfoncés dans le temporel, propriétaires, négociants, escrocs et voleurs auxquels les juristes ont affaire – il la transpose précisément dans le monde du droit ». Cf. M. VILLEY, « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », *art. précit.*, p. 123.

³ M. DOUCHY-LOUDOT, « Propos impertinents sur l'amour conjugal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, Paris, Dalloz, LGDJ, 2012, pp. 82-94.

⁴ Si la personne au sens gréco-romain constitue un masque en vue d'exercer un rôle, l'évolution métaphysique a conduit à considérer la personne en vertu de ce seul aspect extérieur, en la personnalisant dans son être et l'ontologisant dans son paraître. La réflexion théologique sur la « personne » -transmise notamment par CICERON-a donc conduit les Pères grecs entre le II^{ème} et le IV^{ème} siècle à substituer le point de vue du *sujet* à celui de « bien propre patrimonial » afin de lui conférer une identité interne. À cette fin, l'homme est considéré comme conçu à l'image de Dieu. Or, cette idée conduit l'œuvre théologique à définir Dieu comme une « personne ». Se pose alors la question de savoir comment l'interpréter. Dans ce contexte, l'élaboration théologique s'attacha au concept de personne au sens originel, en privilégiant l'idée de masque. Or, l'évolution métaphysique l'a ensuite attaché à la *réalité* sous le masque. Afin de faire admettre qu'il s'agit de nommer la personne unique et non le personnage configurable en un rôle générique, l'œuvre théologique s'est donc attachée à dégager trois dimensions du masque : le masque à proprement parler, la réalité sous le masque, enfin l'être derrière le masque, l'identité qu'il recouvre. Il s'agit de l'approche de la Trinité selon laquelle Dieu est une « Personne », mais n'en est pas moins « trois personnes », c'est-à-dire trois manifestations ou apparences d'un Dieu unique, avec trois rôles distincts et ontologiquement autonomes. Cf. J.-M. TRIGEAUD, « Sur les origines juridiques et mythiques gréco-romaines du concept occidental de personne. Une histoire de la liberté », *art. précit.*, p. 35-36.

la Raison immuable¹. L'universalité de l'ordre transcendant se transforme en immanence, dont la multiplicité d'éléments empêche de relier.

58. L'émergence de la pensée cartésienne. Si Guillaume D'OCCAM a pu être considéré comme le père du nominalisme, René DESCARTES pourrait bien être le père du rationalisme. Établissant une méthode de connaissance totalement subjective et rationnelle -dite méthode *déductive*-, celui-ci soumet la réalité -en vue de parvenir à la vérité- à une sorte de grille de lecture totalement rationnelle. Or, n'étant, par définition, pas rationalisables, certains domaines ne peuvent être étudiés sous l'angle d'une telle méthode de connaissance², dont l'unité de mesure retenue est le « sujet pensant ». En procédant à l'acte même de penser, l'individu découvre son existence. Totalement rationalisé, le concept de personne est définitivement coupé de l'être et de la transcendance. La Raison et l'esprit sont complètement désolidarisés. Entraînant une mutation profonde de la pensée, la démarche cartésienne touche de très près la sphère juridique. Comme le souligne André-Jean ARNAUD, « lorsque le mot “droit” au sens de droit subjectif a fini par supplanter la définition antique de “rapport juste entre les choses”, et lorsque ce nouveau concept fut définitivement lié à celui de “liberté”, la voie était ouverte à une conception radicalement nouvelle du droit dont les critères les plus manifestes sont la conceptualisation systématique, un développement idolâtre pour le subjectivisme³, la prétention à l'universalité, l'affirmation de l'unité de la raison, la séparation de la société civile et de l'État, l'organisation axiomatique des principes juridiques. En particulier, la mise en ordre du droit autour de quelques concepts accessibles à l'entendement de chacun -parce qu'inscrits dans la raison de chacun- a constitué l'aboutissement d'un cheminement de pensée propre à ce que les philosophes entendent par “époque moderne” »⁴. Est déjà très loin l'ère des idées platoniciennes ou de la philosophie d'Aristote qui privilégiaient l'abstraction, et attribuaient à la nature un ordre distinct de celui existant entre individus, pouvant être observé dans la cité comme au sein de la famille.

59. La mutation corrélative de la conception objective du mariage Cette *révolution* méthodologique va affecter la notion même de mariage qui, d'une réalité objective naturelle est remise en cause par le jeu de la singularité des choses. Au sujet de la

¹ Telle que comprise dans la vision aristotélicienne.

² Un auteur a d'ailleurs soulevé cette problématique en se demandant « dans quelle mesure les méthodes scientifiques de raisonnement peuvent être utilisées dans les sciences dites sociales ? » avant d'ajouter que « le droit est une science normative. Or, à la différence des sciences descriptives, pour les sciences normatives il n'y va pas seulement de connaître mais d'obliger ; les principes de la science, les postulats de la géométrie, les vérités expérimentales ne peuvent être qu'à l'indicatif ; le droit, lui, a pour objet propre de nous fournir des règles d'action, il use du mode impératif ». Cf. R. NERSON, « Progrès scientifiques et droit familial », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle*. Études offertes à Georges RIPERT, Paris, LGDJ, 1950, pp. 405-406.

³ P. MAYER, « Existe-t-il des normes individuelles ? », in *L'architecture du droit*, Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, Paris, Economica, 2006, pp. 679-691.

⁴ A.-J. ARNAUD, « Philosophie des droits de l'Homme et droit de la famille », in *Internationalisation des Droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, Actes des Journées d'Études des 15 et 16 décembre 1994, organisé par le Laboratoire d'Études et de Recherches Appliquées au droit privé (LERADP) de l'Université de Lille II, Paris, LGDJ, 1996, p. 4-5.

famille, il s'agit purement et simplement de sa négation comme essence universelle. « Par extension, dit Michel VILLEY, le nominalisme, au nom de l'individualité, ici des hommes, est négation des communautés : la cité, mais aussi la famille dans leur consistance ontologique : la famille n'est plus qu'un rassemblement artificiel et contingent, procédant d'une organisation abandonnée aux soins des seules volontés »¹. Par suite, « (...) le mouvement des idées descend dans le droit et la politique, impliquant une nouvelle conception de l'État »² car, « toute conception d'ensemble du monde, lorsqu'elle vient à triompher dans un groupe social, se répercute sur les juristes »³.

Au XIV^{ème} siècle, au lieu d'être conçu en fonction d'un ordre objectif, le lien conjugal sera appréhendé à partir de l'individu, sujet omnipotent « absolument libre et détenteur de tous les droits »⁴. Tout un référentiel en ressort bouleversé. En matière conjugale, l'ancienne approche de droit naturel s'est très vite trouvée mise à l'écart, entraînant une profonde mutation de la conception du mariage, réduit à un simple accord individuel⁵. Cette transformation affecte corrélativement la notion d'amour conjugal. Le lien existant autrefois entre amour et justice⁶ sera tout naturellement métamorphosé. La *réalité*, qui dans l'ancienne science juridique pouvait trouver le droit dans les choses extérieures, est désormais tributaire de la pensée -d'où la distinction que Descartes opère entre l'âme humaine et le corps-. Cet isolement de la pensée et du corps se répercutera en matière conjugale, dissociant de ce fait l'union charnelle de l'union spirituelle. Ainsi que le souligne Monsieur BETHERY DE LA BROSSE « à vouloir soumettre toute la réalité dans une grille rationnelle de type géométrique, on exclut nécessairement les aspects irrationnels de cette même réalité -comme l'amour, que l'on place de ce fait hors de la raison et de la science (...)- impensables par manque de logique adaptée pour les appréhender »⁷. DESCARTES marque à cet égard un pas décisif dans le processus de subjectivisation de la pensée, en contribuant à poser les principes de la science moderne indépendamment de toute réalité spirituelle.

¹ P. MOREAU, « Penser le droit de la famille avec Michel Villey », *Arch. philo. dr.*, 2006, p. 335.

² A. BETHERY DE LA BROSSE, *Entre amour et droit : le lien conjugal dans la pensée juridique moderne (XVI^{ème}-XXI^{ème})*, *op. cit.*, p. 35.

³ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, « coll. Léviathan », 2003, p. 278.

⁴ A.-J. ARNAUD, « Philosophie des droits de l'Homme et droit de la famille », in *Internationalisation des Droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, *op.cit.*, p. 5.

⁵ Voir en ce sens : J.-P. AGRESTI, « Le mariage et le contrat à la fin de l'Ancien Régime : éléments de réflexion tirés de l'histoire du droit », in *Lien familial, lien obligationnel, lien social*. Livre I « Lien familial et lien obligationnel », E. PUTMAN, J.-P. AGRESTI, C. SIFFREIN-BLANC (dir. de), Marseille, PUAM, coll. « Inter-normes », 2013, pp. 53-92.

⁶ J. JIANG, « Droit et amour, variations sur la moralité », in *Études en l'honneur du Professeur J. ARNAUD-MAZERES*, Paris, Litec, 2009, pp. 395-414 ;V. aussi J.-M. TRIGEAUD, « Le politique et le droit entre amitié et amour. Une redéfinition de la personne », in *Personne, Droit, Existence*, *op. cit.*, pp. 57-66.

⁷ A. BETHERY DE LA BROSSE, *Entre amour et droit : le lien conjugal dans la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 129.

Une fois ce nouveau cadre philosophique étendu à tous les domaines¹, le processus voit son couronnement achevé par un inversement total de la fonction du droit, qui d' « un rapport supra, interindividuel »², se retrouve exclusivement relié au sujet³ dont il procède. Le droit n'est plus perçu comme objet de la Révélation, mais « il devient possible d'affirmer qu'il est des droits inhérents à l'individu, des droits universels inscrits dans la raison humaine »⁴. Le lien conjugal n'est plus appréhendé comme une réalité qui dépasse le couple⁵, mais rationalisable car se rapportant à chacun de ses membres. À cet égard, la Révolution n'a fait que tirer les conséquences de la nouvelle conception du droit.

B) La consécration du mariage civil républicain

60. Le sacre de l'individu libre. La Révolution française « fait entrer dans le champ de la relativité, du changement perpétuel, ce qui relevait en principe du transcendant, de l'immuable, de l'ordre naturel et éternel approuvé par Dieu »⁶. Surtout, elle marque le triomphe de l'individu libre, le Code civil promulgué consacrant « les droits subjectifs de l'individu, son droit à la liberté, son droit à la propriété individuelle, son droit à la liberté

¹ Monsieur le professeur Hugues FULCHIRON relève que la liberté individuelle constitue désormais une valeur essentielle dans un grand nombre de systèmes. Il revient au système le plus libéral d'imposer naturellement son idéologie aux autres, par un *phénomène de contagion*. Il s'agit de ce que l'auteur appelle « le triomphe du système le plus libéral ». P. ARNAUD dénonce pour sa part « un trait particulièrement choquant de la "maladie occidentale" qui, en même temps qu'elle favorise la propagation du délire démo-libéral, bloque l'application de l'esprit positif aux secteurs les plus sensibles de l'existence humaine, (...) une seule loi, une seule norme : l'arbitraire individuel. Lorsqu'il s'agit de brider la fantaisie individuelle, de rappeler l'égoïsme à la réalité de l'existence sociale, alors on ne veut plus entendre parler de nature, ni évidemment non plus de science (...) la vérité est mise aux voix, c'est-à-dire qu'il n'y a plus de vérité ». Cf. P. ARNAUD, « Essai d'approche positive du problème de la famille d'après Auguste Comte », *Arch. philo. dr.*, t. 20, p. 138-139.

² M. VILLEY, « La genèse du droit subjectif chez Guillaume D'OCCAM », in *Le droit subjectif en question*, *Arch. philo dr.*, 1964, t. 9, p. 104.

³ D'ailleurs, un propos du doyen CARBONNIER reflète bien cette philosophie : « La conception française du mariage, c'est, en dernière instance, que chaque être humain a la responsabilité, non seulement de son propre bonheur, mais de sa propre moralité. La liberté est pour les autres, le devoir moral n'est que pour moi ». Cf. J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle*, Études offerts à Georges RIPERT, *op. cit.*, p. 345.

⁴ A.-J. ARNAUD, « Philosophie des droits de l'Homme et droit de la famille », *art. precit.*, p. 4.

⁵ Le doyen CARBONNIER soulignait de façon profonde que « Le mariage français est une union perpétuelle. Certes, notre droit reconnaît pleinement, aux divorcés comme aux veufs, le droit de se marier. C'est la règle juridique. Mais la règle morale, c'est la perpétuité du lien, et elle affleure, par instants, à la lumière du droit ». Il continue, en ajoutant cette pénétrante remarque : « Ainsi, en faux bourdon, à travers le droit, la voix grave de la règle morale ne cesse pas de se faire entendre. L'harmonie, dira-t-on, est impossible : d'un côté rien que la liberté, d'un autre, rien que des limitations ; ou il faut se dresser contre le droit, ou votre morale est vaine. Mais la réponse, c'est la liberté : la suprématie de la liberté, loin d'être pour le devoir moral une défaite, lui assure le véritable règne auquel il ait vocation ». Cf. J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », *art. precit.*, pp. 343-344.

⁶ J. BOUVERESSE, « Le couple et l'individu : la socialisation à l'épreuve de la liberté occidentale », in *Le droit entre tradition et modernité*. Mélanges à la mémoire de Patrick COURBE, Paris, Dalloz, 2012, p. 53.

contractuelle »¹. Ayant pendant longtemps structuré l'Ancien Régime et servi de relais indispensable au pouvoir royal, les corps intermédiaires sont affaiblis² voire anéantis car « nul corps, nulle communauté ne doit s'interposer entre la base, les citoyens, et l'État qui les représente (...). Entre la base et le sommet, entre le sommet et la base, la volonté qui remonte se transforme en pouvoir et redescend ; cet incessant mouvement de va-et-vient doit toujours être parfaitement fluide »³. La phase libérale de la Révolution va pourtant rapidement changer à la veille de la promulgation du Code civil. Fondant la société issue de la Révolution sur la propriété et la famille, les rédacteurs du Code demeurent paradoxalement convaincus de la nécessité d'une famille forte, où la conservation des biens est centrale⁴.

61. L'affaiblissement de la famille. La Révolution consacre le contrat comme fondement de toute chose, car « la volonté individuelle possède une véritable puissance créatrice »⁵ qui permet à la volonté de chacun de s'exprimer. Cette conception de la liberté individuelle, héritage direct d'OCCAM, se manifeste avec force dans l'idée que le mariage n'est plus qu'un contrat civil que la volonté fait et défait. Le second projet de codification de CAMBACERES prévoyait que le droit de la famille reposerait sur la liberté, et que tout individu est « maître de sa personne », tout en reconnaissant la place centrale du mariage qu'il qualifie de « nature en action (...) formé pour le bonheur de deux individus »⁶. Le sacrement de mariage devient une « cérémonie » à caractère privé s'ajoutant au consentement matrimonial⁷. La suppression des corps intermédiaires permet la consécration de l'individu comme fondement du politique⁸. À cet égard, la puissance paternelle ne constitue plus qu'une fonction, dont le but est la protection du mineur. Humanisée, elle est soumise au contrôle des nouveaux tribunaux de famille. La reconnaissance des liens de filiation naturelle par la loi du 17 nivôse an II, puis le décret du 12 brumaire an II sur les successions mettent à quasi égalité les droits de succession des

¹ A. COLIN, H. CAPITANT, *Traité de droit civil, Introduction générale, institutions civiles et judiciaires, Personnes et Famille*, t.1, Paris, Dalloz, 1957, p. 129.

² *Ibid.*, p. 125.

³ J. BOUVERESSE, « Le couple et l'individu : la socialisation à l'épreuve de la liberté occidentale », *art. précit.*, p. 79.

⁴ Cf. R. LE GUIDE, « Regards sur les fonctions économiques de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 299-307.

⁵ J. BOUVERESSE, « Le couple et l'individu : la socialisation à l'épreuve de la liberté occidentale », *art. précit.*, p. 77.

⁶ Cité par O. MARTIN, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire (1789-1804)*, Thèse, Paris, éd. Arthur Rousseau, 1901, pp. 112-113.

⁷ P. FONTEZ, *Les diverses étapes de la laïcisation du mariage en France*, Perpignan, Pontifica universitas gregoriana, 1972.

⁸ Ceci explique que la famille dans le Code civil n'ait pas une partie qui lui soit dédiée. Les rédacteurs du Code en traitent, mais d'un point de vue purement individualiste, réglant les rapports de ses membres entre eux, « sans prendre conscience, ou au moins sans prendre pleinement conscience que toutes les règles ont trait à une institution unique : la famille, dont elles fixent la constitution, l'organisation et la dissolution ». Cf. H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil, la Famille*, t. 1, 3^{ème} vol., 7^{ème} éd. revue par L. LEVENEUR, Montchrestien, 1995, p. 4, n° 685.

enfants naturels et des enfants légitimes. La capacité de la femme mariée est reconnue et la puissance maritale est remise en cause. Autant d'éléments ont incontestablement affaibli la famille en tant que corps intermédiaire.

62. Le mariage, un contrat civil. En raison d'une conception bourgeoise du mariage, la réforme de la famille n'était pas la priorité des révolutionnaires. La proclamation des droits de l'homme et du citoyen sera l'occasion de porter au grand jour les revendications égalitaires¹ permettant de libérer l'Homme dans sa vie privée². La Constitution de 1791 et le décret du 20 septembre 1792 font du mariage un contrat libre sécularisé : « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil »³ proclame l'article 7 de la Constitution. C'est la première fois dans l'histoire de France que le sacrement de mariage cesse d'être nécessaire pour fonder la famille légitime⁴. D'abord civilement conclu devant l'officier d'état civil, la célébration religieuse du mariage ne peut intervenir qu'après, au nom du respect de la liberté de conscience. Ce bouleversement met fin à des siècles de mariage uniquement religieux. Les officiers publics reçoivent désormais les déclarations de naissances, de mariage et de décès. La rupture est ainsi consommée avec l'ancienne époque où il revenait aux prêtres et curés, depuis l'ordonnance de Villers-Cotterêts (1539) de constater et enregistrer tout évènement familial. L'admission d'une liberté individuelle propre à chacun et la sécularisation consécutive du mariage conduisent à admettre le divorce. Bien que les nouvelles dispositions portent en leur germe le caractère révolutionnaire et individualiste, nombre d'entre elles demeurent marquées par l'ancien droit : l'autorité paternelle, le statut d'incapable de l'épouse -considérée au même titre que les fous et les enfants comme une « perpétuelle mineure »- devant obéissance à son époux ou encore l'autorisation du père⁵ au mariage de son fils. La nouvelle législation s'inscrit dans une perspective de compromis entre d'une part, l'esprit libertaire et individualiste porté par la phase révolutionnaire, d'autre part le respect de l'ordre familial issu de la tradition catholique depuis des siècles⁶. La philosophie individualiste imprènera pourtant la conception du mariage : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de

¹ Cf. notamment J.-P. DURAND, « Code civil et droit canonique », *Rev. Pouvoirs*, 2003, n° 107, p. 59-79.

² Deux conceptions s'opposaient lors des débats précédant la promulgation du Code civil en 1804. Une première considérait que rien ne pouvait empêcher l'irruption des droits de l'homme dans la sphère familiale (et donc du privé) et, partant de là, celle-ci ne présentait pas de spécificité particulière. C'est ce qu'I. THERY appelle *droit du principe*. Une deuxième conception voyait en la famille une « société irréductiblement spécifique » dont l'organisation devait se faire conformément à la nature et des rapports existants entre membres d'une même cellule, il s'agira du *droit du modèle*. Cf. I. THERY, *Le démariage*, Paris, Éd. O. Jacob, 1993, p. 23.

³ Lors de la promulgation du Code civil en 1804, PORTALIS avait fait remarquer que le mariage n'est ni un acte civil, ni un acte religieux. Il est un acte naturel, commun à toutes les personnes humaines et donc un acte devant être organisé par la loi civile.

⁴ Y. BRULEY, « Mariage et famille sous Napoléon : le droit entre religion et laïcité », *Napoleonica. La revue*, 2012, n° 2, pp. 111-126.

⁵ A. DESRAYAUD, « Le père dans le Code civil, un magistrat domestique », *Napoleonica. La Revue*, n° 2, 2012, pp. 3-24.

⁶ S. BLOQUET, « Le mariage, un “contrat perpétuel par sa destination” (Portalis) », *Napoleonica. La Revue*, n° 2, 2012, pp. 74-110.

consentement ». La prise en compte de la liberté dans le mariage -venue directement de la pensée anglaise dont LOCKE est représentatif- ouvre la porte à l'accueil des sentiments et de l'amour au sein du mariage.

63. La consécration du mariage d'amour. À l'inverse de la conception dominante jusqu'au XVIII^{ème} siècle, bonheur et mariage ne sont plus antagonistes. Le bonheur tel que perçu repose sur l'expérience des sentiments et la sensibilité. Après avoir été l'apanage des hommes d'Église, des philosophes, des juristes et des moralistes, c'est au tour des romanciers de s'intéresser au mariage. La littérature de l'époque¹ promeut une conception du mariage fondé sur les sentiments humains, délaissant son côté obligationnel. L'idée dominante à l'époque s'attachait à démontrer qu'« une contradiction irréductible oppose les pulsions individuelles et l'ordre établi, le besoin intime de liberté et les contraintes de la collectivité, le sentiment amoureux et l'institution »². C'est notamment l'idée que MONTESQUIEU défend. Démontrant comment l'ordre de la société permet de parvenir à un équilibre, il met en relief le sacrifice du bonheur individuel qui en résulte. Comparant le mariage tel que vécu en France avec le *harem* dans ses *Lettres persanes*, il mettra en lumière les conditions, selon lui, favorables au plaisir amoureux. Le *harem* favoriserait un amour sensuel et raffiné, où les relations charnelles seraient plus difficiles à obtenir, en raison de la pudeur inculquée aux filles dès leur plus jeune âge. Un tel amour serait d'autant plus stimulé par la concurrence des femmes entre elles, rivalisant de sensualité pour être préférées³. Or, MONTESQUIEU valorise un sentiment amoureux à partir des individualités qui le ressentent. Détaché de la morale, il se trouve réduit à la seule dimension charnelle et sentimentale : c'est le règne du mariage subjectif. Pour appréhender les relations humaines, VOLTAIRE raisonne lui aussi en termes de sensibilité et d'intérêt individuel. S'appuyant sur la philosophie anglaise *lockienne*, il développe une pensée dont le fondement est la passion et l'intérêt individuel, moteurs des actions humaines. Pour ce dernier, le mariage serait la consécration d'un « désir mutuel de vie commune et de relation charnelle »⁴. La question du désir physique –fondement naturel du mariage- sera développée par ROUSSEAU. Sa théorie du *contrat social* favorise l'émergence d'une conception juridique du mariage qui repose sur trois idées. La première considère que l'homme est guidé par le plaisir sensible, « l'amour du bien-être, seul mobile des actions humaines »⁵. Cette approche est probablement la plus déterminante dans la mutation contemporaine du mariage. La seconde procède à une nette distinction entre la possession des choses et celle des personnes, « le droit de propriété n'étant que de convention et

¹ C. PHILIPPE, « Maupassant, précurseur du mariage moderne », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, Liber amicorum*, Strasbourg, PUS, LGDJ, 1994, pp. 367-377.

² S. MELCHIOR-BONNET, C. SALLES (dir. de), *Histoire du mariage*, Paris, 2009, p. 604-605.

³ MONTESQUIEU, *Lettres persanes*, lettre III.

⁴ A. BETHERY DE LA BROSSE, *Entre amour et droit : le lien conjugal dans la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 182.

⁵ ROUSSEAU, *Le contrat social*, Paris, GF Flammarion, 1992.

d'institution humaine, tout homme peut à son gré disposer de ce qu'il possède : mais il n'en est pas de même des dons essentiels de la nature, tels que la vie et la liberté, dont il est permis à chacun de jouir et dont il est moins douteux qu'on ait droit de se dépouiller »¹. Sans doute est-ce cette idée sur laquelle repose la liberté du consentement au mariage. Enfin, ROUSSEAU distingue le pouvoir gouvernemental du pouvoir paternel, en mettant l'accent sur ce dernier, qui seul justifie l'état de nécessité inhérent à l'enfance.

64. L'admission du divorce. Cette question a donné lieu à de virulents débats au XVIII^{ème} siècle entre canonistes et juristes². En admettant le divorce de façon très large³, la Révolution a généré nombre d'excès⁴. SEDILLEZ proposait une théorie très proche de la nature, laissant au juge la possibilité d'apprécier, en toute conscience, les faits d'espèce qui lui seraient soumis. Le mariage étant un pur contrat civil, il est désormais possible de le rompre de la même manière qu'il a été formé, sans que la société ne dispose d'un droit de regard. Si cette théorie n'a pas eu à l'époque un réel succès, elle semble aujourd'hui très proche de notre conception du divorce. Pour PORTALIS, « le véritable motif qui oblige les lois civiles à admettre le divorce, c'est la liberté des cultes (...) je rendis tout indépendant de la religion : les tribunaux, les mariages... Mon intention était de rendre purement civil tout ce qui appartenait à l'État et à la Constitution, sans égard pour aucune religion. Je ne voulais accorder aux prêtres aucune influence et aucun pouvoir sur les affaires civiles »⁵. Le divorce résulte ainsi directement de la Déclaration des droits de l'homme qui a proclamé la neutralité religieuse et la sécularisation stricte du mariage.

¹ ROUSSEAU, *Discours sur l'origine de l'inégalité*, Paris, GF Flammarion, 1992, p. 246.

² Pour les premiers, le mariage était un contrat-sacrement relevant exclusivement du pouvoir spirituel, alors que pour les seconds (notamment les gallicans) le contrat-civil relevait du pouvoir temporel, donc des prérogatives étatiques. Dans la continuité de l'édit de 1787, la laïcisation progressive de l'état civil a été favorable à la main mise de l'État sur le mariage, l'échange des consentements devant un ministre de culte ne suffisant plus. L'Église est contrainte de renoncer à son rôle d'inspiratrice du droit, et la liberté conquise s'introduit au plus profond de l'intimité des individus. Elle s'accordait désormais mal avec l'engagement perpétuel du mariage-sacrement. Une hiérarchie s'installait entre les pouvoirs civil et religieux, faisant du second l'« accessoire » du premier.

³ Décret du 20 septembre 1792. L'admission du divorce a été justifiée au cours des discussions par des considérations sentimentales et juridiques sans jamais évoquer son utilité sociale ni le principe même de son admission. Les assemblées délibérantes maintenaient un contact avec le peuple duquel elles étaient issues, en permettant à chaque citoyen de communiquer à l'Assemblée ses réflexions écrites ou orales. Lues en séance par des secrétaires ou par les pétitionnaires eux-mêmes, ces pétitions pouvaient faire l'objet d'abus. En ce sens, la loi relative au divorce était essentiellement une loi de liberté : O. MARTIN, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire (1789-1804)*, Thèse, Paris, éd. Arthur Rousseau, 1901, pp. 68-75.

⁴ Certains divorces avaient été constatés authentiquement avant le 20 septembre 1792, que le décret des 4-9 floréal an II (23-28 avril 1794), facilitant le divorce, régularisa par suite ; en cas de séparation de fait pendant six mois, ou d'abandon pendant la même durée, le divorce pouvait être prononcé sans délai. Des pénalités étaient prévues pour certaines municipalités réfractaires au prononcé du divorce dans de telles conditions. Cf. O. MARTIN, *La crise du mariage dans la législation révolutionnaire (1789-1804)*, Thèse, Paris, éd. Arthur Rousseau, 1901, pp. 88-89.

⁵ Cité par J. BASDEVANT, *Des rapports de l'Église et de l'État dans la législation du mariage du Concile de Trente au Code civil*, Paris, 1900, p. 201 ; B.-E. O'MEARA, *Napoléon en exil à Sainte-Hélène*, t. 1, p. 150, cité par E. STOCQUARD, *Aperçu de l'évolution juridique du mariage*, Bruxelles O. Lamberty, 1905, p. 247.

65. Les abus générés par une pratique excessive du divorce. Le principe de liberté individuelle promu par la religion s'opposait à l'idée d'une union indissoluble. Trois types de divorce ont été retenus par le Comité de législation : le divorce par consentement mutuel, le divorce pour motifs déterminés et le divorce sur allégation unilatérale d'incompatibilité d'humeur¹. Il s'agit de l'application littérale de la théorie du mariage-contrat car c'est bien celle-ci qui justifie les deux premières formes de divorce. Un délai de deux mois était nécessaire pour dissoudre le mariage en cas de consentement mutuel, sans condition de délai et sans connaissance de cause lorsqu'existait un motif, enfin un délai minimum de six mois en cas d'allégation d'incompatibilité d'humeur. L'intervention de l'autorité publique était limitée à l'enregistrement de la volonté des parties. Or, les pétitions s'étaient multipliées en faveur d'une révision des nouvelles règles du divorce, particulièrement du divorce pour incompatibilité d'humeur dont les conséquences se sont avérées désastreuses. Un mouvement de réaction face aux abus perpétrés par l'admission du divorce poussa les rédacteurs du Code² à en modifier la physionomie³. Les causes d'admission sont finalement restreintes et déterminées⁴, les conditions de sa mise en œuvre⁵ durcies, voire rendues impossibles. Tout en rappelant que le mariage devait être contracté dans un esprit de perpétuité, le principe de la liberté de conscience commandait l'admission du divorce « qu'il faut éviter le plus possible et qui ne doit être mis à la disposition de l'individu que dans des cas graves et nettement déterminés »⁶. Ainsi consacré, le divorce subsista jusqu'à la Restauration, la loi du 8 mai 1816 l'ayant aboli, en même temps que le catholicisme fut déclarée religion d'État. Il ne réapparaîtra qu'avec la loi du 27 juillet 1884.

66. Le recours modéré au principe d'égalité. La cellule familiale est un lieu où le principe d'égalité doit être harmonieusement combiné avec celui de différenciation des places et des rôles de chacun. L'état d'incapacité de la femme mariée, perçu comme assujettissement de celle-ci à l'homme, permettait paradoxalement de maintenir la

¹ §1^{er} de la loi, art. 2 et 3.

² La commission chargée de rédiger un projet de Code civil était composée de TRONCHET, de BIGOT-PRÉAMENEU, de MALLEVILLE et de PORTALIS. C'est à ce dernier qu'est revenue la tâche de présenter au Conseil d'État le titre du « Divorce ».

³ La loi votée par le Corps législatif fut promulguée le 10 germinal an XI.

⁴ Le divorce pour incompatibilité d'humeur sera abandonné au profit du divorce par consentement mutuel dans des conditions draconiennes, notamment des conditions d'âge : le mari doit avoir plus de 25 ans, la femme entre 21 et 45 ans (articles 275, 277 du code de 1804) ; des conditions de durée du mariage : plus de deux ans et moins de 20 ans (art. 276 et 277). Les époux devaient également obtenir le consentement de tous leurs ascendants vivants (art. 278), se mettre d'accord par écrit sur la garde des enfants, le domicile de l'épouse et la pension alimentaire qui lui sera versée si elle est dans le besoin (art. 280), enfin donner immédiatement la moitié de leurs biens aux enfants (art. 305). Enfin, il était interdit à l'épouse de se remarier avant l'écoulement d'un délai de trois ans (art. 297), cf. J.-Ch. LAURENT, « Quelques réflexions sur les causes du divorce », *D.* 1949, 13^{ème} Cahier, pp. 61-64.

⁵ La procédure était longue car il y avait pas moins de quatre tentatives de conciliation (art. 285 et 286).

⁶ G. DUMAS, *Histoire de l'indissolubilité du mariage en droit français*, Thèse, Paris II, éd. Arthur Rousseau, 1902, pp. 77-78.

cohésion de la cellule familiale dans le respect des différences entre l'homme et la femme. Loin de nous l'idée que la nature de la femme commanderait une quelconque soumission, notre propos est de démontrer qu'une gestion familiale en terme d'égalité de pouvoirs peut conduire à une situation concurrentielle¹ qui s'accommode mal de l'harmonie et de la paisibilité requises dans le cadre familial. Bien souvent, derrière l'apparente incapacité consacrée par les dispositions légales, la réalité était tout autre : les épouses gagnaient la protection avec la dépendance, et un certain pouvoir domestique avec leur incapacité juridique. Bien souvent, elles étaient « le véritable gouvernement et toujours l'intendante. L'éducation des enfants leur revenait, et la famille est souvent une pensée sur leur avenir, un projet commun et une association de partenaires égaux, par-delà les faux-semblants de la norme juridique. C'est aussi le lieu où « s'éprouvent les valeurs "féminines" de prévoyance, d'économie, de conservation attentive de la vie et de mobilisation des moyens de la protéger »². Comme le souligne Madame le professeur DEKEUWER-DEFOSSEZ, « il paraissait alors impossible qu'une dualité de pouvoirs décisionnels ne conduise pas à l'anarchie, et donc à la ruine de la famille »³. Le législateur, s'il consacrait l'égalité en certains domaines, n'en faisait pourtant pas un principe directeur, encore moins l'objectif du droit de la famille. À titre d'exemple, le Code civil proclamait l'égalité successorale entre les enfants des deux sexes, sans distinction aucune. La loi du 9 avril 1881 autorisait la femme mariée à ouvrir un livret de caisse d'épargne sans autorisation de son époux, tandis que la loi du 13 juillet 1907 portait sur la libre disposition des gains et salaires. Autant d'initiatives du législateur permettaient d'atteindre l'égalité dans l'harmonie, en ne créant aucun conflit d'intérêts entre les membres de la famille. Bien au contraire, l'égalité conférait une certaine autonomie à l'épouse qui pouvait gérer les affaires du ménage tout en disposant de son salaire lorsqu'elle exerçait une activité salariée.

Une fois appréhendés les éléments déterminants dans la fixation des règles qui président au mariage occidental, il convient de s'intéresser maintenant à ceux qui président à la fixation des règles régissant le mariage musulman.

¹ V. *infra*, n° 140.

² J. BOUVERESSE, « Le couple et l'individu : la socialisation à l'épreuve de la liberté occidentale », *art. précit.*, p. 55.

³ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Droit des personnes et de la famille : de 1804 au PACS (et au-delà...) », *Rev. Pouvoirs*, 2003, n° 107, p. 37-52.

Section 2. Le mariage musulman

67. Une intégration nécessaire au sein de l'ordre juridique de référence. S'il « est rare qu'on puisse renseigner de façon exacte sur une théorie grâce à un seul arrêt de jurisprudence ou sur l'état d'une institution juridique au moyen d'un article de code »¹, étudier le mariage musulman nécessite un examen approfondi de sa genèse afin de comprendre la portée des règles positives en vigueur aujourd'hui dans les pays de tradition islamique. Une telle entreprise nous amènera à remonter le temps à l'époque de l'Arabie préislamique². L'arrivée de l'Islam en ces terres constitue un tournant, car l'organisation actuelle de la famille demeure aujourd'hui encore fondée selon les prescriptions religieuses consacrées. L'analyse du mariage³, loin de faire l'objet d'une étude isolée, s'intégrera dans un ensemble cohérent d'institutions et de règles juridiques⁴. Ce n'est qu'en fonction de cet ordre juridique, dont il fait partie intégrante, que la structure et le rôle du mariage seront mieux appréhendés.

68. Un mariage en apparence religieux. Parce que nombre de règles relatives au mariage sont puisées dans le Coran, celui-ci est, dit-on, religieux. Il est sans doute encore ainsi perçu en raison de la forte prégnance religieuse de la communauté dans laquelle il s'insère, dans laquelle le religieux se confond le plus souvent avec les pratiques sociales⁵. Pourtant, celui-ci est profondément consensuel et ne devient valide que par le consentement des époux⁶. La genèse de l'Islam au VII^{ème} siècle de notre ère est, à cet égard, d'un apport capital (§2). Cependant, l'ampleur des transformations apportées par cette religion ne peut être appréhendée sans un examen des grands traits de l'organisation

¹ L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé, la méthode comparative*, Paris, LGDJ, t. 2, 1974, p. 26.

² Hervé BLEUCHOT affirme que « l'étude de la société pré-islamique est indispensable à l'étude du droit musulman. Elle est en effet le berceau de l'Islam et de l'État islamique ». H. BLEUCHOT, *Droit musulman*, t. I : Histoire, Marseille, PUAM, 2000, p. 41.

³ V. en ce sens : M.-M. SALAMA, *Le mariage en droit musulman*, Thèse, Montpellier, Imprim. Firmin&Montaine, 1923.

⁴ S. A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Introduction à la société musulmane. Fondements, sources et principes*, Paris, éd. Eyrolles, 2006. Pour des développements plus poussés, v. la thèse de I. TOUALBI, *Le droit musulman : de « l'interdiction de la jurisprudence » aux tentatives de réforme*, Thèse, Paris I, 2011, spec. p. 191. Dans son étude, M. TOUALBI explique que la compréhension réelle du droit musulman ne peut être complète en se référant uniquement au contenu du récit coranique. En effet, sur les six mille versets que compte le Coran, seuls cent cinquante traitent du droit stricto sensu. Afin de réellement saisir la portée de ces versets normatifs, aussi convient-il de disposer d'un ensemble de connaissances annexes permettant de connaître précisément les circonstances historiques et linguistiques de leur apparition, ce qui exige bien évidemment un savoir théologique qui n'est pas à la portée de tout juriste non préparé. C'est très justement cet ensemble que l'auteur se propose d'étudier.

⁵ I. FADLALLAH, « Lien conjugal et rencontre de civilisations », in *Le statut personnel des musulmans, Droit comparé et Droit international privé*, J.-Y. CARLIER, M. VERWILGHEN (dir. de), Bruxelles Bruylant, 1992, p. 344. Si dans les usages et les coutumes, des prières sont récitées à l'occasion du mariage, elles n'ont rien de sacramentel et ne constituent pas un élément du contrat de mariage.

⁶ N. GAFSIA, *L'invention coloniale du mariage musulman : le cas tunisien*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Société », 2008.

familiale anté-islamique (§1). Ce rapide tour d'horizon permettra une meilleure compréhension des règles juridiques contemporaines et leur évolution dans les pays du Maghreb (§3).

69. Méthode de travail. Il convient, afin de ne pas dénaturer la portée du donné étranger, de s'affranchir de l'esprit et de la mentalité propres à l'espace occidental, car « interprétant des institutions appartenant aux peuples *primitifs* dans l'esprit et avec la mentalité d'hommes *civilisés*, les comparatistes faisant de l'ethnologie juridique, ont abouti à des résultats erronés. Inconsciemment, ces comparatistes leur ont prêté des raisons, des objectifs, et des réactions juridiques conformes à leur propre esprit et mentalité et non à la mentalité du monde spirituel dans lequel vivaient ces peuples »¹. L'organisation familiale doit être interprétée avec la méthode et conformément à l'esprit spécifique de l'espace et de l'époque juridique considérés². Cette exigence est de la plus haute importance, l'Islam ne séparant pas disposition juridique, règle morale et prescription religieuse. Il est, à l'aune de cet éclairage, plus aisé de comprendre les résultats auxquels ont pu aboutir certains juristes européens lorsqu'ils ont interprété ce droit avec leur esprit habitué à un droit laïcisé.

§1) L'organisation familiale anté-islamique : une structure désorganisée

70. Une pluralité de types de mariage³. L'arrivée de l'Islam dans la péninsule arabe n'a pas radicalement bouleversé la vie juridique de la société arabe. Afin d'assurer une adhésion massive des fidèles au nouveau dogme⁴ -unité et toute puissance de Dieu⁵, vie future avec ses peines et ses récompenses-, revenir sur l'ensemble des pratiques et coutumes locales ayant cours dans la région se révélait inadapté au but poursuivi⁶. Tout au plus était-il possible de les encadrer, voire de les limiter. Néanmoins, l'institution du mariage telle que la connaît le droit musulman aujourd'hui découle directement de la

¹ L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé, la méthode comparative*, Paris, LGDJ, t. 2, 1974, p. 186.

² V. en ce sens : J.-P. CHARNAY, *Esprit du droit musulman*, Paris, Dalloz, 2008.

³ M. KACHBOUR, *Commentaire du Code de la famille, Le mariage*, t. 1, Casablanca, 3^{ème} éd., Matba'ath Annajah Al jadida, 2015, pp. 1176-182 (en langue arabe).

⁴ Le dogme musulman se caractérise par une grande simplicité : les musulmans sont appelés à croire en un Dieu unique, *Allah*, à ses anges, à son apôtre, au Livre, aux Écritures révélées avant lui et au jugement dernier.

⁵ Ceci s'explique par le fait que l'Arabie, terre où l'Islam est apparu, avait pour « religion » dominante le polythéisme. Malgré l'admission de l'existence d'un Dieu unique, les arabes païens de l'époque lui associaient diverses divinités secondaires, ce qui constitue pour l'Islam un grave péché. Par extension, bien que l'Islam reconnaisse la religion chrétienne et Jésus, ce dernier n'est, pour les musulmans, pas le fils de Dieu mais un prophète connu sous le nom d'Issa. Par conséquent la notion de Trinité y demeure inconnue. Cf. J. ROMMIER, « Religion », in *Encyclopaedia Universalis*, Dictionnaire de l'Islam, religion et civilisation, Albin Michel, 1997, pp. 710-730.

⁶ Le souci d'adaptation aux pratiques en vigueur a également pu être relevé au sujet de la doctrine chrétienne du mariage dans ses débuts, cf. *supra*, n°.

conception islamique. Avant son arrivée, la pratique de l'union libre¹ rendait incertaine la frontière entre mariage et prostitution. Parmi les unions prohibées figuraient notamment : le mariage « à durée limitée » *nikah al mot'a*, dans lequel la femme était louée pour un prix et pour un laps de temps déterminés. En guise de don de mariage, la femme offrait à l'homme une lance et une tente. Une autre sorte de mariage, proche de l'échangisme *nikah al istibdaâ* -mais dont le but était procréatif- permettait à l'homme désireux d'avoir un enfant doté de qualités jugées supérieures, d'ordonner à son épouse de cohabiter avec un homme connu pour son courage, son intelligence ou tout autre qualité. Le mari ne touchait plus sa femme tant qu'elle ne montrait pas de signe de grossesse provenant de la cohabitation avec cet homme. Le mariage « hérité » appelé aussi mariage « détestable » *nikah al makt* permettait au fils aîné du défunt d'hériter de l'épouse de son père. Achetée avec les biens du mari, la femme faisait partie de l'héritage selon l'organisation patriarcale de la famille chez les Arabes de l'époque. *Nikah al-seby* permettait aux guerriers de se partager les femmes de la tribu vaincue, les enfants nés d'une telle union devenant esclaves. Enfin, le mariage « compensatoire » (*nikah al chighar*) permet à deux hommes de s'engager mutuellement à donner, pour chacun d'eux, leur fille en mariage à l'autre en compensation, sans dot aucune. La cohabitation d'autant d'unions empêchait la fondation de la famille au sens que nous lui connaissons aujourd'hui, le mariage variant d'une tribu à une autre.

71. Une polygamie illimitée. À son arrivée, l'Islam limite la pratique de la polygamie. Solidement ancrée dans les mœurs mais surtout illimitée, cette institution y jouait un rôle social important en épargnant à la femme non mariée de tomber dans la pauvreté et la prostitution. L'Islam l'ayant réduite à quatre femmes, un statut juridique garantissant les droits des femmes s'imposait.

72. L'absence de personnalité juridique de la femme. L'infanticide² était une pratique fréquente dans l'Arabie préislamique. La venue d'une fille au monde était pénalisante pour la productivité du groupe³. Une telle pratique humiliante envers les femmes a été condamnée avec rigueur.

¹ I. KHILLO, « Conjugalité et concubinage dans le monde musulman : de la loi religieuse à la réalité sociale », *Annuaire Droit et religions*, PUAM, 2010-2011, vol. 5, p. 277.

² Relaté d'ailleurs par le verset coranique 58 de la Sourate *Al-Nahl* (l'abeille) : « Lorsqu'on annonce à l'un d'eux la naissance d'une fille, son visage s'assombrit ; il suffoque ; il se tint à l'écart, loin des gens, à cause du malheur qui lui a été annoncé. Va-t-il conserver cette enfant, malgré sa honte, ou bien l'enfouira-t-il dans la poussière ? Leur jugement n'est-il pas détestable ».

³ À l'époque de la *jahiliya* (période pré-islamique), la valeur de l'individu était appréciable au vu de ses capacités productives mais surtout physiques, afin de participer aux guerres. La femme, sexe faible, était de ce point de vue davantage assimilée à une charge qu'à un individu actif et utile à une société bédouine. Objet de plaisir, elle n'avait pas la personnalité juridique et n'avait aucun droit à la propriété. Elle faisait partie de l'héritage légué du défunt au titre de sa succession. En matière matrimoniale, aucune loi ne déterminait l'organisation de la famille. L'homme pouvait être polygame de façon illimitée, échanger son épouse telle une transaction commerciale et la reprendre autant de fois qu'il le souhaitait.

À l'issue de ce bref retour historique, il se dégage une volonté de ne pas mettre en place une structure radicalement différente de celle préexistante. L'apport de l'Islam a essentiellement eu pour objet l'amélioration de la condition féminine et la réglementation des mœurs, objectifs inspirés d'une logique d'adaptation sociale des usages coutumiers¹ des Arabes de l'époque².

§2) L'organisation familiale islamique : le mariage fondateur de la famille

73. Un arrière-fond politique, social et religieux déterminants. L'étude du fonctionnement de la famille musulmane ne saurait être entier s'il ne tient pas compte du cadre politique, social et religieux (A). Son étude révélera qu'il se situe aux antipodes du cadre philosophique et religieux occidental. Une fois ce donné posé, il rejaillira une meilleure lisibilité sur la famille comme institution (B).

A) Détermination du cadre politico-religieux

74. Une imbrication de facteurs complexes. Dans le monde islamique, aborder la question d'un individu libre et « pensant » bute sur plusieurs obstacles. La compréhension dénaturée du message divin (1), conjuguée à une forte intériorisation sociale d'un être-en-relation-avec-Dieu (2) et une excessive politisation de la vie sociale (3) en empêchent l'émergence.

1- Un message divin imparfaitement compris ?

75. Une possible anthropologie de l'Homme. L'Homme dans le texte sacré est désigné sous le vocable *insân*³, dérivé du radicale *ins* qui exprime, selon IBN MANDHOUR et FAYROUZABADI, l'opposé de la *wih'sha* « solitude sauvage »⁴. Le vocable *ins*⁵ est

¹ D'autant plus que, la Révélation s'étant réalisée sur vingt-trois années, ce laps de temps était insuffisant pour remettre radicalement en question les coutumes socio-culturelles.

² I. TOUALBI, *Le droit musulman : de « l'interdiction de la jurisprudence » aux tentatives de réforme*, Thèse, Paris I, 2011, p. 100.

³ La langue arabe est en effet caractérisée par une surprenante richesse afin de désigner l'homme. Tout d'abord, *'nass*, pluriel de *insân*, ensuite le vocable *rijal*, lequel désigne les hommes par opposition aux femmes, *'ibad* désigne la masse des serviteurs de Dieu sans précision de sexe, et *bachar* l'humanité entière. Cette richesse positionne l'homme en tant qu'objet d'étude et de réflexion tant dans son environnement terrestre que dans sa relation avec Dieu. C'est pourquoi la connaissance de Dieu passe, en Islam, par la connaissance de l'homme.

⁴ A. BOUHDIBA, « Existe-t-il un Islam des Lumières ? », in *Droit, Éthique et Religion, de l'âge théologique à l'âge bioéthique*, B. FEUILLET-LIGER, P. PORTIER (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 160.

⁵ Du radical *ins* découle également ce que recouvre en langue française le terme « humanisme », *insania*, « lien social fait d'amour et de solidarité qui permet aux hommes de nouer entre eux des relations affectives privilégiées ». A. BOUHDIBA, *art. précit.*, p. 160.

généralement couplé au vocable *djin* « être d'ombre et du souterrain »¹. Parler de l'*ins wal jin* permet d'opposer l'être de terre, parfait car de lumière, visible et doté de raison, à l'être invisible et imparfait qu'est le *djin*. La consonance en forme de *if'âl* sur laquelle est construit le vocable *insân* Homme –à l'instar de *imân* (la foi) ou *islam* (la religion)- « met en avant le caractère intrinsèque, intérieur, volontariste même, ferme et permanent mais ouvert et heureux d'une valeur en pleine réactivation psychique »². Le texte sacré ferait donc une large place à une sorte d'anthropologie, faisant partie intégrante du projet islamique³.

76. Consistance du message divin islamique. Le message authentique de l'Islam considère l'Homme comme un individu libre. Aussi surprenante soit-elle, cette affirmation est à mettre en parallèle avec le mythe de la Création. La place occupée par Dieu en Islam est infinie et illimitée, il est considéré comme créateur de toutes choses, humaine soit-elle, animale ou végétale. Dans cette création, l'homme occupe une place de choix car c'est à lui que Dieu a délégué des pouvoirs infinis en vue d'accomplir le projet humain, en le dotant d'une raison⁴. Cette supériorité⁵ découle de l'idée que dans l'ordre de l'existence, l'Homme se situe directement après Dieu, dont il est l'émanation. Il a pour tâche de s'investir dans le monde pour lequel il a été créé et, « pour se tirer d'affaire tout seul il doit "s'é-puiser" (puiser en lui-même) aller jusqu'au bout, conjuguer les atouts de sa liberté, les ressources de sa raison, sa capacité énorme d'entreprendre, d'acquérir la connaissance et de la constituer en une science, transmissible, "capitalisable" de génération en génération. Malgré les aléas du quotidien, liberté, raison, sagesse, savoir et savoir-faire demeurent finalement l'essentiel de l'homme, et en disent la grandeur »⁶. C'est pourquoi la compréhension de la tradition instituée par le prophète MOHAMED (saw) est une obligation pour tout croyant, loin de l'idée de monopole religieux.

¹ *Ibidem.*, p. 160.

² *Ibid.*, p. 160.

³ Outre l'existence dans le Coran de deux sourates entièrement dédiées à l'Homme (*sourate Al-insân*, et *sourate Al-nâs*), quelques versets permettent d'appréhender l'homme dans sa relation avec Dieu : dans *sourate Al-nâs*, composée de six versets, l'homme est évoqué pas moins de cinq reprises dans ses relations avec son créateur *Rabb*, dans ses relations avec lui en tant que Maître *Mâlik*, enfin dans sa relation à Dieu, *Ilâh*. Pas moins de cinquante-trois autres occurrences évoquent l'*insân*, auxquelles s'ajoutent quatorze où l'*ins* est opposé au *djin* ou *chaytane*, tandis que trente-deux évoquent le genre humain *bachar*.

⁴ A. BOUHDIBA, « Existe-t-il un Islam des Lumières ? », *art. précit.*, pp. 157-185.

⁵ Dieu ayant créé Adam, il demande aux anges de reconnaître son éminente dignité en se prosternant devant lui, geste éminemment grave et plein de sens qui reconnaît l'avènement de l'homme. Cette « intronisation » est pourtant contestée par IBLIS, essence du mal en Islam. Celui-ci argue du fait que lui, plus puissant, est fait de feu, et l'Homme seulement de terre. Par conséquent, il refuse de reconnaître l'éminente dignité de l'Homme et se dresse en ennemi du projet divin confiant à l'homme la gestion du monde et de la nature. C'est cette désobéissance même d'IBLIS qui « introduit le désordre dans l'avènement de l'Homme », car « il installe d'emblée le refus et la négation au cœur même du devenir humain ». A. BOUHDIBA, « Existe-t-il un Islam des Lumières ? », *art. précit.*, p. 163.

⁶ *Ibid.*, spec. pp. 166-167.

77. La dénaturation du message divin. Dès la clôture de la prophétie –par le décès du prophète de l’Islam- la Raison a été mise à contribution de manière tout à fait autonome. Comme l’explique de façon très éclairante Monsieur BOUHDIBA, « Si Dieu s’abstient dorénavant de communiquer directement avec l’homme, c’est que celui-ci a atteint la pleine maturité ; la pleine conscience de soi qui rend superflue toute nouvelle prophétie (...) Le progrès réalisé par l’histoire humaine restitue à l’homme sa responsabilité historique. Elle l’émancipe et le dispense de tout nouveau recours direct à l’invisible. L’Islam déroule devant lui le tapis flamboyant de la raison »¹. Or, l’acte de comprendre a été abusivement limité aux seules élites religieuses², à tel point que le sens même de la prophétie semble avoir été altéré par « les conséquences des inévitables blocages historiques, culturels, économiques ou politiques dont toute société fait l’expérience et qui n’ont été que trop souvent mortels »³. Madame Asma LAMRABET déplore à cet égard « la fragmentation » ainsi que l’approche conventionnelle de la lecture du donné religieux. Pour l’auteur, le texte sacré doit être appréhendé de manière globale afin de comprendre la teneur des valeurs éthiques qu’il véhicule. D’autres déplorent que l’islam historique « centré sur le dogme de la servitude » n’ait jamais permis de s’élever à « la hauteur de son texte sacré »⁴. Une telle approche globale est pratiquement inexistante dans la pensée musulmane contemporaine et dans la réalité des musulmans et leur conception pratique du religieux⁵. L’approche contemporaine consistant à tirer des solutions éphémères pour les problèmes de la société actuelle génère une « confusion idéologique » autour de l’essence même de ce qu’il est⁶. Une telle approche conduit à occulter les finalités de l’éthique coranique et favorise un décalage entre les normes coraniques et les normes sociales⁷. Là où l’Islam a contribué à libérer l’homme, celui-ci contribuerait lui-même à se prendre en otage du fait d’une méconnaissance du sens profond du message divin.

2- Une relecture possible de la tradition religieuse

78. Le référentiel en Islam : la *umma*⁸. Un verset coranique hautement symbolique informe sur l’importance de la *umma* en Islam : « Vous êtes la communauté la meilleure

¹ *Ibid.*, p. 172.

² *Ibid.*, p. 158.

³ *Ibid.*, p. 159.

⁴ A. BIDAR, *L’islam sans soumission, Pour un existentialisme musulman*, éd. Albin Michel, 2^{ème} éd., 2012, p. 17.

⁵ *Ibid.*, p. 187.

⁶ A. LAMRABET, « Une autre approche du Coran », in *Femmes et Hommes dans le Coran, quelle égalité*, éd. Albouraq, 2012, p. 29 et s.

⁷ M. EL SHAKANKIRI, « Loi divine, loi humaine et droit dans l’histoire juridique de l’Islam », *RIDC*, 1981, pp. 767-786.

⁸ Le mot *umma* vient de la racine *umm*, qui signifie « mère ». Au sens strict, la *umma* symbolise la mère patrie, sans référence à un territoire. Il s’agit de la Communauté musulmane, la Communauté des croyants, indépendamment de leur lieu de naissance. Elle symbolise la fraternité universelle de tous les adeptes de la

qui ait surgi parmi les hommes : vous commandez le bien, vous interdisez le mal, vous croyez en Dieu »¹. La notion de bien est centrale dans la pensée islamique. Elle constitue un devoir collectif où chaque citoyen est appelé à prendre partie. Un *hadith* rapporté dispose que « quiconque pour vous voit quelque chose de répréhensible doit le changer avec la main ; s'il n'est point capable de le faire ainsi, qu'il le fasse par la langue, si cela encore lui est impossible, qu'il le fasse par le cœur, c'est le minimum de la religion ». Cette obligation collective relève de la responsabilité de chaque musulman dans la Communauté, dont il lui en sera demandé de rendre compte devant Dieu².

79. La place de l'individu au sein de ce système. L'importance accordée à la collectivité explique que la réflexion sur l'individu³ en tant que sujet dans les pays de tradition musulmane présente une relative pauvreté, car la *umma* fonctionne comme un corps opaque et contraignant. La réponse apportée par l'Islam lui-même à la problématique de l'individuation est la suivante : pourquoi faudrait-il des sujets, lorsque la communauté les inclut, les englobe et précède, autant qu'elle leur succède et survit⁴ ? L'individu se trouve déclassé par rapport à la collectivité⁵ et, si ce dernier arrive à se percevoir en tant que tel, c'est uniquement parce qu'il sait que son salut ne pourra advenir que dans un contexte collectif et commun. L'identité du sujet ne peut dès lors exister pour elle-même, mais se conçoit uniquement dans le cadre de cette *umma*, l'individu acceptant de manière tacite de se dessaisir d'une partie de lui-même au profit de la collectivité au nom d'un bien-être amplifié et cumulatif. La différence d'approche est saisissante lorsque l'on repense à la réflexion sur la personne dans la tradition chrétienne⁶. Ici, l'être de la personne, s'il est ontologisé, n'a pas pour fin l'individu, au risque de ne pouvoir exister en tant que tel, mais s'insère au sein de cette *umma* dans laquelle l'individualité singulière de chaque sujet se confond nécessairement avec toutes les autres individualités.

80. Un individu en relation avec Dieu. Se dégage alors ce que l'anthropologue et psychanalyste Monsieur CHEBEL désigne sous l'appellation d' « *êtres de croyance* »⁷ ou

religion musulmane, un corps uni et solidaire depuis l'avènement de l'Islam. On voit donc bien la fonction qui lui a été dévolue dès l'avènement de la nouvelle religion : rassembler le maximum de minorités autour d'une même religion, vénérer un même Dieu et communier dans une même langue. La force de cette structure supra-ethnique réside dans son aspect englobant. Sur la *umma* comme concept de base d'un modèle islamique étatique, V. S. PAPI, *L'influence juridique islamique au Maghreb, Algérie-Lybie- Maroc-Mauritanie-Tunisie*, Paris, l'Harmattan, 2009, p. 261 et s.

¹ Sourate 3, *La famille d'Imrân*, verset 110.

² R. SANTUCCI, « Le regard de l'Islam », in *Islam et droits de l'Homme*, M. AGI (dir. de), éd. Des idées&Des hommes, 2007, p. 158.

³ Cet individu se présente d'abord comme le symbole du croyant. Cf. en ce sens : Y. BEN ACHOUR, « Les droits de l'homme et du croyant entre l'Islam traditionnel et l'Islam moderne », in *Les Droits de l'homme en évolution*. Mélanges Petros J. PARARAS, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 1-16.

⁴ *Ibidem*, p. 16.

⁵ M. CHEBEL, *Le sujet en Islam*, Paris, éd. du Seuil, 2002, p. 148.

⁶ Cf. *supra* n° 19.

⁷ M. CHEBEL, *Le sujet en Islam, op. cit.*, p. 149.

sujets de Dieu, réunis autour d'un sentiment de solidarité et de « fraternité en Dieu » dont la force permet de les relier au-delà des frontières. Il en découle que la *umma*, disposant de la norme sociale¹ et sa validation constitue l'instance de référence. L'individu n'y est pris ni comme finalité du système ni comme son axiome. L'auteur souligne d'ailleurs que la plupart des versets, parce qu'ils commencent « par un ordre divin transmis aux hommes par le biais du prophète MOHAMED » (saw) traduisent « l'espace réduit réservé à l'expressivité humaine, qui n'existe que parce que « soumise à la dimension supra-humaine ». Dans son ouvrage *Le sujet en Islam*, Monsieur CHEBEL met en évidence l'opposition entre l' « individu-hors-du-monde » et l' « individu-dans-le-monde ». Cette distinction est particulièrement éclairante dans notre démonstration. L'idée trouve son origine dans l'ouvrage du sociologue allemand Monsieur Ernst TROELTSCH à propos des doctrines sociales des Églises et des groupes chrétiens², reprise par Monsieur Louis DUMONT à l'occasion de ses *Essais sur l'individualisme*³. Pour Monsieur TROELTSCH comme pour Monsieur DUMONT, les chrétiens étaient primitivement des individus-en-relation-avec-Dieu. À l'inverse, l'individu-dans-le-monde ne serait pas tributaire, dans son vécu quotidien, de cette vision supra humaine et transcendante mais est attaché aux contraintes et transformations matérielles de sa vie. Pour extraire l'individu-en-relation-avec-Dieu de sa dimension supra humaine, l'expérience occidentale éclaire sur la place qui a été faite au développement des formes rationnelles de la société. Monsieur CHEBEL le met parfaitement en évidence lorsqu'il relève que l'Islam est né porteur de cette opposition entre les deux sortes d'individus : « d'un côté (...) le caractère pesant du rituel de la prière et du mois de jeûne pousse le musulman à une pratique qui l'exclut rapidement du monde physique pour le cantonner dans une préoccupation céleste ou, dans le pire des cas, dans un état de dépendance immédiate. D'un autre côté, ce même musulman est appelé à embrasser le monde, à le pratiquer, le sillonner, le maîtriser. La *sunna* propose des fins concordantes, les moyens d'y parvenir sont nombreux : chaque profil peut disposer de tel ou tel *hadith*, qui lui permettra de ne jamais se contredire lui-même, sans contredire le projet d'ensemble »⁴. Le musulman constituerait donc à la fois cet individu-en-relation-avec-Dieu et l'individu-dans-le-monde. C'est pourquoi le raisonnement de Monsieur HUNTINGTON, pour qui la *umma* est une masse virtuelle condamnant l'homme à l'enfermement⁵ est contestable. Un tel raisonnement méconnaît l'étude de la tradition prophétique, complément indissociable à la compréhension de la religion musulmane. Surtout, la négation qui en découle des diversités nationales et culturelles propres aux pays

¹ Sur cette notion, V. *infra*, n° 399. Pour un essai de théorisation, cf. S. BENISTY, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Paris, Institut universitaire Varenne, « coll. Des Thèses », 2014.

² E. TROELTSCH, *Les doctrines sociales des Églises et des groupes chrétiens*, 1912, Camille FROIDEVAUX (trad.), Paris, PUF, coll. « Sociologie », 1999.

³ L. DUMONT, *Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, éd. du Seuil, 1983.

⁴ M. CHEBEL, *Le sujet en Islam*, *op. cit.*, p. 154.

⁵ S. HUNTINGTON, *Le choc des civilisations*, trad. française, Paris, éd. O. Jacob, 2000.

musulmans conduit Monsieur HUNTINGTON à occulter la réalité complexe de ces pays¹ lesquels « ne sauraient être réduits à une seule entité immobile et univoque déshumanisant chaque personne pour l’engloutir dans une masse virtuelle »². Cette méconnaissance profonde de l’esprit de l’Islam en tant que civilisation et religion ouverte à l’évolution ne saurait emporter l’adhésion.

81. La place incontournable du donné religieux. S’il est vrai que le raisonnement simpliste et littérale du donné religieux par Monsieur HUNTINGTON est contestable, il ne nous semble pas que le critère tiré de la place de la religion dans les pays islamiques ne constitue qu’un élément parmi d’autres dans le dialogue des civilisations entre elles, comme a pu l’énoncer un auteur³. La place large que ce dernier accorde à la notion de jugement de valeur mériterait d’être atténuée. La religion constitue l’élément incontournable dans la définition de l’identité de l’individu⁴ et occupe, à ce titre, une place de choix au sein du système islamique. Le réel malentendu résiderait dans le désintérêt progressif de l’Occident vis-à-vis des affaires touchant la sphère religieuse et qui empêcherait une meilleure compréhension de l’autre⁵ et du donné religieux au fondement de son identité. Convient-il de préciser que le malentendu allégué semble être nourri par la notion d’individu-en-relation-avec-Dieu, qui constitue de plus en plus le modèle prédominant et auquel se rallie l’immense majorité des musulmans car « rien n’est plus gratifiant pour un musulman que de s’assimiler au modèle proposé, de se fondre en lui intégralement, car plus le croyant se fond dans la masse des fidèles, plus il a l’impression de plaire à Dieu et à son prophète »⁶ (saw). Dans cette configuration, l’individu-dans-le-monde se trouve rapidement évincé alors même que cette dimension de l’être est appelée à faire partie intégrante du projet divin. Comme le souligne Monsieur CHEBEL, « les figures et thématiques du sujet distordent la ressemblance du croire, en préférant parfois le mimétisme à la critique ou l’autocritique »⁷. À l’instar de l’Occident qui a utilisé la nature comme médiation entre Dieu et l’homme, celle-ci n’a pas non plus été reprise en Islam.

82. Pour un Islam de l’autodétermination. Pourtant, un certain nombre de philosophes s’attachent aujourd’hui à démontrer le processus de déconstruction du rapport

¹ K. ZAHER, *Conflits de civilisations et droit international privé*, Paris, l’Harmattan, 2009, p. 18.

² *Ibidem.*, p. 18.

³ K. ZAHER, *Conflits de civilisations et droit international privé*, *op. cit.*, spec. n° 8, p. 19.

⁴ En atteste la prévalence toujours d’actualité du privilège de religion dans les litiges internationaux en matière de statut personnel, V. *infra*, n° 425 et s.

⁵ Monsieur HUNTINGTON le souligne d’ailleurs parfaitement bien lorsqu’il explique que « les musulmans critiquent non le fait que l’Occident adhère à une religion imparfaite, erronée (...), mais le fait qu’il n’adhère plus à aucune religion ». Cf. S. HUNTINGTON, *op. cit.*, p. 313.

⁶ *Ibidem.*, p. 168. Dans le second cas, le système démocratique favorisera l’émergence d’un choix populaire.

⁷ *Ibid.*, p. 168.

à l'Islam dans les sociétés européennes multiculturelles¹. Un tel processus prendrait forme « au fur et à mesure de l'éloignement vis-à-vis de la société islamique d'origine ». Particulièrement sous la plume d'Abdenour BIDAR, le philosophe utilise le concept de *self islam*² (ou Islam du choix personnel) afin de mettre en valeur l'effort d'auto-construction de l'identité individuelle éloigné de « la tradition religieuse et la coutume sociale (...) à travers une prise de distance critique de l'héritage reçu ». Il s'agit d'une sorte de mise à distance de la religion comme fait social pour se la réapproprier librement et par ses propres moyens³. Une telle approche, bien souvent méconnue, l'est également vis-à-vis d'elle-même et ne semble pas « avoir pris une réelle conscience de soi, à la mesure de son évolution ». L'auteur souligne qu'il y aurait, pour l'heure, une sorte de « retard entre l'adaptation des actes (déjà en cours) et leur représentation (encore liée à un islam du passé). Entre la réalité d'un changement et l'image toujours figée d'une identité mythifiée. Entre la prise en main par l'individu de sa religion et la référence ou la déférence au discours de la "religiosité" ambiante »⁴. Se gardant de promouvoir un islam individualiste ou « à la carte », Monsieur BIDARD insiste sur l'authenticité de cet islam, nourri d'une véritable liberté au sens d'autonomie et de responsabilité personnelle dans le cadre d'une *umma* dédoublée d'une identité propre des membres qui la compose. C'est l'idée d'appartenance à un groupe culturel, sans cesser de s'appartenir à soi-même par l'exigence permanente de critique. Ce n'est qu'à cette condition que peut émerger une culture de la liberté, éloignée de toute idée de jugement et de censure⁵.

3- Une contestable politisation de la vie sociale

83. La perception du sujet par le droit et le politique⁶. La vie sociale du sujet telle qu'abordée par le droit et le politique pose la question liée à la justice comme valeur. Si la

¹ Un tel processus constitue le mode de vie majoritaire des musulmans européens selon les études sociologiques. Cf. J. CESARI, « De l'Islam en France à l'Islam de France » in *Immigration et intégration, l'état des savoirs*, P. DEWITTE (dir. de), Paris, La Découverte, 1999, pp. 229-231.

² L'auteur définit ainsi le *self islam* : il s'agit de « l'adhésion de l'individu au principe fondamental de la liberté personnelle de pensée et de conscience, pour soi et pour autrui ». A. BIDAR, *L'islam sans soumission, Pour un existentialisme musulman*, op. cit., p. 18.

³ *Ibid.*, p. 17.

⁴ *Ibid.*, p. 20.

⁵ *Ibid.*, p. 21.

⁶ Dans son acception juridico-politique, l'homme apparaît tant sous sa dimension subjective que collective. Considérant le second cas, il peut être considéré comme bénéficiaire de droits et débiteur d'obligations, ou comme sujet citoyen. La frontière entre les deux champs tiendra pour l'essentiel aux rapports qui caractérisent la société. C'est pourquoi il convient de mettre en relief deux perspectives du comportement social : sous l'angle du droit et de la politique, le comportement de l'individu sera d'une part déterminé par la référence à un modèle implicite tenu d'une conception donnée du monde⁶, mais il pourra aussi, d'autre part, prendre son sens en référence à un principe (culturel ou individuel) qui en est indépendant. C'est ce qu'exprime le professeur TRIGEAUD lorsqu'il souligne que « si je suis socialement, d'emblée semble-t-il, tantôt je tombe sous le contrôle du droit et de l'État pour assurer ma conformité aux statuts qu'il m'accorde ; tantôt je me soustraits totalement à leur prise, et mon être relationnel et social, qui traduit celui d'un personnage ou d'un acteur, ne se profile plus dès lors sous un archétype fixé par le droit et l'État, mais il suppose une culture qui les dépasse et une liberté

vie sociale se décline en une « vie juridique » dans laquelle l'homme est une personne juridique apte à être titulaire de droits, elle est aussi une « vie sociale » constitutive de la vie citoyenne. Entre les deux pourtant existerait une vie « *culturellement parlant* »¹, qui appréhende l'individu du point de vue subjectif. Éminemment personnelle, cette dimension de la vie se présente sous l'aspect d'une aventure humaine et existentielle, que ni le droit ni la politique ne sauraient ignorer.

84. Instrumentalisation du droit par le politique. Il peut arriver que le droit, employé *abusivement*, ait vocation à régir ce qu'il pense lui échapper. Une telle dérive ne manifeste ni plus ni moins qu'une « pathologie (du droit) placée sous l'emprise d'un politique qui l'instrumentalise et le coupe de ses principes et de ses fins en jouant de divers amalgames »². Si les solutions qu'il adopte à cette fin peuvent être légales, il s'agit juridiquement de la négation de l'instance de droit et de l'extension du pouvoir politique. Les situations les plus illustratives de ce phénomène s'expriment particulièrement à travers la création de comités, de commissions, hautes autorités ou observatoires qui marquent leur prééminence sur les instances de droit -qu'elles mettent en marge et neutralisent-. Le processus de confiscation indirecte du pouvoir qui en résulte nie le troisième aspect de la vie³ en réduisant la vie juridique à la vie sociale. La politisation consécutive de la vie sociale aboutit à la négation des singularités, en englobant la vie entière des individus⁴. Dans les États de droit et sociétés dites démocratiques, les considérations d'opportunité ou de valeur des consciences selon des références mises en place par le politique ne sauraient exister, car « le droit est lié par sa propre règle dont il ne décide pas, qui est reçue de la science, à la différence d'une politique qui habitue les esprits à la possibilité singulière de "décider" de tout »⁵. Ce phénomène est particulièrement présent dans le cadre de la sphère culturelle ou religieuse. Toutes les fois où l'État, sur des incitations diverses, impose à la société un invariant religieux et politique en méconnaissance de la distinction entre droit et mœurs, loi et coutume, le droit régit la vie sociale des individus en la soustrayant de

existentielle qui en montre ses limites ». Dans le premier cas, le système le plus représentatif de cette situation est celui dans lequel il existe une hiérarchie marquée, dont l'objet est d'imposer une ligne directrice à la conduite des sujets. Dans le second cas, le système démocratique favorisera l'émergence d'un choix populaire. J.-M. TRIGEAUD, « Le dédoublement du sujet : entre sujet juridique et sujet social », in *Personne, Droit, Existence*, éd. Bière, coll. « Bibliothèque de philosophie comparée », 2009, p. 159.

¹ J.-M. TRIGEAUD, « Le dédoublement du sujet : entre sujet juridique et sujet social », *art. précit.*, p. 161.

² *Ibidem.*, p. 162.

³ En ce sens, v. la thèse du professeur D. LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, Paris, LGDJ, 1993, spec. n° 21, p. 11. S'agissant des rapports entre normes juridiques de contrainte et conscience, l'auteur relève que lorsque le système juridique prescrit une interdiction ou une obligation, « il impose catégoriquement sa norme, et celle-ci est indépendante des commandements du *for interne* », c'est-à-dire la conscience.

⁴ Nous rejoignons en cela l'analyse de M. CHEBEL lorsqu'il souligne que, si au sens philosophique, le sujet n'existe pas en Islam, « c'est aussi parce que, dans le domaine politique, il n'y a pas de sujet qui fasse véritablement sens. L'instance politique, de par sa capacité à promouvoir les choix, la prise de conscience, parfois le combat, est en effet la seule à pouvoir conduire le sujet vers son autonomie et son identification comme tel. Car il n'est de sujet à proprement parler que libre et conscient de cette liberté ». Cf. *Le sujet en Islam, op. cit.*, p. 166.

⁵ *Ibidem.* p. 163.

l'exigence de juridicisation. L'État, auteur du droit en sa forme légale et son contenu¹, use d'« incitations (...) artificiellement attribuées à une société manipulée, dressée et domptée, ici ou là, par des méthodes de propagande à peine masquées qui se répercutent grossièrement dans des modes caractéristiques du processus législatif lui-même »². Dans cette configuration, si le politique occulte le droit -pour mieux l'instrumentaliser- de telles défaillances ne sauraient valablement être imputées aux dysfonctionnements du droit. Si l'interprétation du droit relève d'actes juridictionnels, la décision de pouvoir engager cette interprétation lui échappe pour ne relever que du politique³. C'est pourquoi il convient de distinguer le droit et son application.

85. L'impératif d'individuation du sujet. La complexité de la personnalité du sujet musulman ne fait plus de doute. Son individuation⁴ dans la sphère politico-juridique est aujourd'hui un impératif qui ne peut être atteint que par une nette dissociation entre la sphère psycho-religieuse et juridico-politique. L'émergence d'un sujet citoyen ne saurait être effective que si l'idée d'un sujet collectif défini par son assujettissement au pouvoir est remise en cause. Ce processus de redéfinition doit être mené à la lumière de la prééminence tout au long de l'histoire du divin sur l'humain, où l'obéissance conditionne la foi des fidèles⁵. Il en va de l'identité de la personne humaine, *a fortiori* sa dignité. À titre d'exemple, les Conventions internationales ratifiées par nombre de pays musulmans reconnaissent des droits à toute personne humaine, dans son individualité propre. Or, la personne visée par ces textes ne correspond nullement à la conception de la personne humaine retenue par les pays musulmans, appréhendée exclusivement sous l'angle de l'être de croyance. C'est pourquoi de telles conventions demeurent lettre morte en pratique⁶ pour ne relever que de l'ordre du symbole. La sphère psycho-religieuse gagnerait donc à être reléguée à une question de conscience individuelle⁷, afin de pouvoir faire émerger la dimension juridique et citoyenne de la personne humaine.

¹ *Ibid.* p. 170.

² *Ibid.* p. 164.

³ *Ibid.*, p. 166.

⁴ V. aussi : R. CHENNOUFI, « Sujet ou citoyen », *Rev. tun. dr.*, 2000, pp. 205-220.

⁵ M. CHEBEL, *Le sujet en Islam, op. cit.*, p. 167.

⁶ C. FAURE, *Ce que déclarer des droits veut dire : histoires*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 1997.

⁷ Nombre de tentatives, du vivant même du prophète, se sont employées à asseoir une conception du sujet dans la sphère politique. Mais ces mouvements politiques, à coloration religieuse, ont échoué. Ainsi que l'affirme M. CHEBEL : « les laïcs musulmans, les non-pratiquants, les infidèles et les athées continuent à subir le sarcasme de la majorité des musulmans. Ils constituent toujours la part indécidable de l'Islam, son point aveugle. En réalité, le refoulement de l'hérésie en Islam et la persécution des croyants tièdes sont le meilleur indice de la puissance dont dispose encore le corps des théologiens, à travers ses différentes chapelles: juridique, légale, politique, liturgique et morale, notamment à travers la vocation à contrôler la vertu que ceux-ci se sont arrogés ». *Le sujet en Islam, op. cit.*, p. 168.

B) La conception islamique du mariage

86. Absence de dimension transcendante du mariage en Islam. Dans la conception arabe, reprise puis encadrée à l'arrivée de l'Islam, la famille n'est pas seulement un cadre dans lequel s'exercent et s'épanouissent des liens émotionnels entre ses membres. La structure familiale est également l'unité politique de base et le lieu de la transmission des valeurs communes. L'importance de cette structure -comparable à la *umma* à un échelon moindre- ne favorise guère l'émergence d'une individualité propre. Le poids du sentiment religieux au sein de la famille empêche l'apparition d'une véritable conception de l'individu en tant que personne, avec des droits et des responsabilités personnelles¹. Dans ce contexte, le lien conjugal ne présente pas la même richesse qu'en pays occidental, ni la même aura sacramentelle. Le mariage constitue un contrat de droit privé dénué de tout caractère transcendant. Pour autant, celui-ci présente une importance telle au sein de la société, qu'il demeure de nos jours encore le seul mode officiel d'accès à la conjugalité. C'est particulièrement l'approche philosophique du lien conjugal en Occident qui n'a pas connu le même retentissement en terres d'Islam pour la simple et bonne raison mise en évidence Monsieur le professeur Rémi BRAGUE², que « jamais la philosophie n'a connu en Islam ce phénomène propre à l'Europe : l'institutionnalisation de son enseignement dans les universités (...). En Europe, la pensée des géants fut répercutée par une armée "de petits profs" (...) ; elle a pu imprégner théologiens, juristes et médecins et donner à la pensée des grands maîtres un relais social qui a manqué à leurs confrères musulmans »³. Si l'Occident a réussi la lecture critique des textes sacrés -en les rationalisant- tel n'a pas été le cas outre méditerranée. IBN RUSHD⁴ l'a d'ailleurs parfaitement souligné lorsqu'il relève qu' « interdire l'étude des ouvrages de philosophie à ceux qui y sont aptes (...) ne revient à rien de moins qu'à interdire à une personne assoiffée de boire de l'eau fraîche et agréable au goût »⁵.

87. Le mariage est un pacte. La portée symbolique et la signification profonde de la relation conjugale parfaite en Islam sont exprimées par le verset suivant : « D'ailleurs, comment oseriez-vous leur reprendre quoique ce soit, après l'union intime qui vous a liés *afdâ ba'dukum ila ba'd* et l'engagement solennel que vous avez pris l'un envers l'autre *mithaq ghalizh* ? ». Deux conceptions ressortent de ce verset : la première relative à la relation intime *afdâ ba'dukum ila ba'd* qui unit les époux, acte intime et amoureux qui lie les époux à un point tel que leurs âmes se dévoilent l'une à l'autre, leur faisant partager

¹ M. CHEBEL, *Le sujet en Islam, op. cit.*, p. 152.

² Rémi BRAGUE est professeur de philosophie arabe et médiévale à Paris I, et de philosophie des religions à l'Université de Munich.

³ R. BRAGUE, « Penser en Islam », *Le point*, Hors-série n° 5, nov.-déc., 2005, p. 11.

⁴ Connu en Europe sous le nom d'Averroès.

⁵ AVERROES, *Discours décisif*, traduction inédite de Marc Geoffroy, Paris, GF-Flammarion, 1996, pp. 115-116.

une proximité intense du corps et du cœur. La seconde notion *mithaq ghalizh*¹ renvoie au contrat de mariage *'aqd*. Littéralement, il s'agit du pacte lourd de conséquences et pour cette raison, le mariage est un lien solide et un engagement ferme qui unissent intimement les deux époux. Il s'agit donc d'un contrat moral important qui traduit l'engagement de deux partenaires à respecter leurs responsabilités communes. Son importance est encore confirmée par le vocable *mithaq ghalizh*, seul terme désignant dans le Coran à la fois l'engagement des Messagers envers leur Créateur² et le pacte conjugal. L'intérêt profond que porte l'éthique coranique à la relation conjugale permet de mieux comprendre la faveur qui est sienne. Cadre conjugal de la générosité réciproque, le mariage doit néanmoins pouvoir être rompu lorsque la relation intime -l'*ifda*- s'est dé faite avec le temps. Là où la conception occidentale du mariage chrétien n'admet pas la dissolubilité du lien conjugal, l'Islam considère le divorce comme étant « la chose licite la plus détestable à Dieu ».

88. L'éthique coranique conjugale. D'autres concepts dans le Coran décrivent la relation conjugale parfaite. Le Coran évoque le *tarâdi*³, qui est la capacité à la satisfaction partagée et à l'entente mutuelle des deux époux. Le *tachâwur*⁴ correspond à la concertation mutuelle dans les affaires du couple. L'entente et la concertation constituent la pierre angulaire des relations conjugales. Le Coran fait également référence à plusieurs reprises à la *sakîna*⁵, traduisible par sérénité. L'exégète IBN 'ACHUR compare ce principe coranique au « bonheur de l'âme », car c'est dans la sérénité que doit s'accomplir l'union de deux êtres qui s'aiment. C'est la représentation de la vie à deux dans la dignité et la noblesse des sentiments afin de dépasser toutes les épreuves de la vie à deux. Un « amour fou » ne saurait résister à de telles exigences car il ne dure que le temps d'une romance. La *mawadda wa rahma* (amour profond et bonté infinie) sont deux autres principes établis par le Coran comme fondements du mariage. L'amour conjugal est naturellement accompagné de tendresse et de compassion. D'une haute valeur morale, ces sentiments fondent la relation conjugale parfaite qui devient avec le temps une fusion spirituelle et physique que le Coran traduit par la métaphore du *libas* (vêtement) : « vos épouses sont un vêtement pour vous autant que vous l'êtes pour elles »⁶. Chaque partenaire *s'habille* de l'autre. Le *fadl* exprime la générosité⁷, que ce soit dans l'amour, dans le don de soi, dans le

¹ Dans son exégèse, IBN KATHIR explique que ce *mithaq* est un lien qui n'est comparable à aucun autre lien ; « il n'y a pas plus grandiose et plus sublime que ce lien qui unit les deux époux » dit-il. Il signale aussi que ce principe a été reconnu par les savants de l'époque comme étant à la base même du contrat de mariage, dont la première clause est définie par un autre verset coranique : « vivre en bonne entente ou se séparer décemment avec bienveillance » (Sourate 4, verset 19).

² Sourate 7, verset 33.

³ Sourate 2, versets 232-233.

⁴ Sourate 2, verset 233.

⁵ Sourate 7, verset 189 ; Sourate 30, verset 21.

⁶ Sourate 2, verset 187.

⁷ Sourate 2, verset 237 : « N'oubliez pas la générosité qui vous unit ».

comportement ou la séparation. Telle est l'apport de l'éthique coranique à la relation conjugale de la société arabe pré-islamique¹. De cette éthique découle une conception du mariage orientée vers la recherche du bien commun.

89. La poursuite d'un objectif : le bien commun. En Islam, le mariage est un contrat synallagmatique qui institue entre l'homme et la femme des droits et des devoirs réciproques². Cette union demeure profondément liée à la conduite que doit adopter le musulman à l'égard de la religion en assurant la procréation dans la moralité et la pureté. La morale et l'éthique imprègnent fortement les règles juridiques relatives à la famille car l'ordre moral et l'ordre juridique se confondent en Islam dans la *charia* (loi de Dieu), code de conduite destiné à assurer la perfectibilité de l'homme en vue de sa fin³. Le regard coranique porté sur la femme est tout à fait autre que celui ancré dans la tradition judéo-chrétienne, l'égalité y étant assurée dans le livre sacré de manière inconditionnelle⁴. Le Coran édicte les grandes lignes de l'union conjugale, mais l'accent est également mis sur les *hadiths*⁵ quant aux responsabilités incombant aux époux : « Chacun de vous est comme un berger et responsable de son troupeau. L'*émir* (le prince) est responsable de sa communauté ; l'homme est responsable de sa famille ; la femme est responsable de son foyer. Ainsi, chacun d'entre vous est comme un berger et responsable de son troupeau »⁶. Un autre *hadith* nous livre qu'« il n'est pas une institution établie en Islam, qui soit plus aimée d'*Allah* que le mariage », celui-ci y est perçu comme « la conséquence d'une grâce admirable de Dieu qui a imposé à ses créatures un désir sexuel qui les oblige par là, malgré leur volonté, à assurer la continuité de leur descendance ; il est un auxiliaire de la religion »⁷. Se marier est un acte de foi en Islam, le célibat étant perçu comme *contre nature*⁸. Un *hadith* du prophète en atteste : « qui se marie a préservé la moitié de sa

¹ Une des caractéristiques majeures de la péninsule arabe au cours des VI^{ème} et VII^{ème} siècles était l'absence totale de morale sexuelle. L'arrivée de l'Islam avait donc, entre autres buts, de mettre fin à une vie sociale libertine et désordonnée.

² Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé*, Paris-La Haye, éd. Mouton, 1965, p. 23.

³ S. JAHEL, « Les concubinages en terres d'Islam », in *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Paris, LGDJ, éd. Panthéon Assas, 2012, p. 155.

⁴ Cf. Sourate 33, verset 35 : « Les musulmans et musulmanes, croyants et croyantes, obéissants et obéissantes, loyaux et loyales, endurants et endurantes, craignants et craignantes, donateurs et donneuses d'aumône, jeûnants et jeûnantes, gardiens de leur chasteté et gardiennes, invocateurs souvent d'*Allah* et invocatrices : *Allah* a préparé pour eux un pardon et une énorme récompense », et la sourate 2, verset 228, de corroborer cette égalité : « Quant à elles, elles ont des droits équivalents à leurs obligations, conformément à la bienséance ». Le message spirituel de l'Islam est non équivoque, hommes et femmes sont égaux devant Dieu.

⁵ Les *hadiths* reposent sur la *sunna* du prophète, qui constitue un modèle de conduite pour tout musulman, bien que les textes de référence en la matière diffèrent selon les sunnites et les chiites.

⁶ Rapporté par *Al-Boukhari* et *Mousslim*.

⁷ GHAZALI, *Le livre des bons usages en matière de mariage*, traduction de L. BERCHER et G.-H. BOUSQUET, Paris, Librairie d'Amérique et d'Orient, Maisonneuve, 1989, p. 6.

⁸ La pensée musulmane perçoit l'acte sexuel comme une nécessité physique et morale qu'il importe d'encadrer (par le mariage) pour permettre aux croyants de satisfaire leur sensualité dans des conditions approuvées par la volonté divine. V. en ce sens : G.-H. BOUSQUET, *L'éthique sexuelle de l'Islam*, Paris, éd. Maisonneuve et Larose, 1966 ; B. ALAYLI, *La réglementation des rapports sexuels en droit musulman comparé*, Thèse, Paris II, 1980. Cette perception des relations sexuelles en Islam contraste avec la vision chrétienne qui élève l'acte matrimonial

religion ». Alliance sacrée et solennelle, elle est conclue pour durer « dans l'affection et la mansuétude »¹. Le Coran souligne cette complémentarité du couple dans deux versets : « Et de toute chose nous avons créé deux éléments de couple » ; « Louange à celui qui a créé d'eux-mêmes tous les couples de ce que la terre fait pousser, et de ce qu'ils ne savent pas ».

Le fondement de la vie à deux est symbolisé par le concept de *ma'rûf* (bien commun) qui réitéré plus de vingt fois dans le Coran² tel un rappel à l'attention des hommes. Interprété comme signifiant le Bien, le convenable et ce qui est moralement acceptable par tous, il correspond à « tout ce que l'on peut reconnaître comme étant source de bienfaits pour les êtres humains, et le terme désigne aussi tout ce que la raison reconnaît comme étant juste et dans l'intérêt de tous »³. Ce concept -au cœur de l'éthique conjugale coranique- paraît très proche, voire équivalent à celui du bien commun inhérent à la pensée platonicienne et aristotélicienne. Il a en général été compris comme l'expression d'un intérêt supérieur de caractère à la fois rationnel et divin.

§3) Le mariage dans les droits positifs des pays musulmans

90. La rencontre du droit musulman et du droit occidental. Avant sa codification, il n'existait pas de droit positif de la famille à proprement dire, seules les prescriptions coraniques réglementant les relations familiales. Dans le silence du Coran, il était fait appel à la technique de l'*ijtihad* (effort jurisprudentiel) des spécialistes de l'Islam. Cette situation dura jusqu'à la première moitié du XX^{ème} siècle. Au contact de la législation française, le droit local s'est trouvé modifié de façon considérable. Ainsi que le soulignait le doyen CARBONNIER, « quand deux systèmes juridiques se rencontrent, ce n'est jamais impunément. Des effets vont en résulter, aussi bien sur les institutions que sur les individus

à un sacrement, afin de lui conférer une dimension spirituelle, tout en estimant que le mariage pourrait être meilleur encore lorsque les époux échangent la promesse de vivre selon un état de continence. Il s'agit, selon Saint AUGUSTIN, de la plus haute perfection que puisse atteindre les chrétiens. Cf. POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, Paris, Thomine et fortic, 1821, p. 3 : le mariage est une « union dans laquelle les parties, par le contrat de mariage, s'engagent mutuellement de vivre, est principalement l'union de leurs esprits et de leurs volontés. Le commerce charnel n'est point de l'essence du mariage ». Selon Saint AUGUSTIN, « l'union de l'homme et de la femme est légitime et bonne lorsqu'elle est faite en vue d'atteindre cette fin (la procréation) ». « Et en effet : ce n'est pas pour assouvir les passions de la chair que la femme est soumise à l'homme ; c'est pour assurer la perpétuité de la race humaine et pour fonder la société de la famille par l'obéissance chaste et fidèle ». Cité par G. SERRIER, *De quelques recherches concernant le mariage contrat-sacrement, et plus particulièrement de la doctrine augustinienne des biens du mariage*, Thèse Nancy, Paris, éd. De Boccard, 1928, p. 83.

¹ Sourate 30, verset 20 : (...) « il vous a créés des épouses formées de vous-mêmes, pour que vous habitiez avec elles. Il a établi entre vous l'amour et la compassion (...) », in *La Bible et le Coran, de Moïse à Jésus et Mahomet, les plus grands textes*, Paris, Le nouvel Observateur, CNRS éditions, 2010, p. 731.

² Le verset 19 de la sourate 4 semble résumer à lui seul l'ensemble de l'éthique coranique relative aux relations conjugales en ce qu'il nous dit ceci : « Entretenez avec vos épouses des rapports qui soient fondés sur le bien commun ».

³ A. LAMRABET, *Femmes et hommes dans le Coran : quelle égalité ?*, Paris, éd. Dar Al Bouraq, coll. « La croisée des chemins », 2012, p. 76.

(étant entendu que c'est toujours à travers une modification des hommes que s'opère une modification des institutions). Ainsi, toute acculturation du droit se traduit, dans les institutions et dans les individus par des phénomènes multiples de psychologie sociale, qui sont des phénomènes juridiques¹ (...) chez les peuples colonisés, puis décolonisés, un peu partout dans le monde, la colonisation économique et politique s'étant accompagnée d'une colonisation législative, non point forcément symétrique d'ailleurs, et la décolonisation n'ayant pas toujours remporté dans son reflux l'acculturation du droit »². Bien que la matière du « statut personnel »³ soit demeurée en dehors de l'influence européenne⁴, le contact entre les deux systèmes juridiques a permis dans un premier temps la codification des règles religieuses en un corpus que le législateur marocain a intitulé *moudawana*⁵ (littéralement compilation, recueil). Le rayonnement du Code civil à l'étranger⁶ y est sans doute pour beaucoup, et les autres domaines du droit -ne relevant pas directement du domaine *révélé-* ont facilement pu être codifiés selon les conceptions empruntées au

¹ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1994, p. 240.

² *Ibidem.*, p. 236 et 240.

³ Le domaine du « statut personnel » recouvre ce que l'on désigne en Occident par « le droit des personnes et de la famille », à cette différence près que les statuts personnels concernent également le droit des successions et demeurent régis par le principe de la personnalité des lois. V. M. AOUN (dir.), *Les statuts personnels en droit comparé, évolutions récentes et implications pratiques*, Leuven-Paris-Dudley, Peeters, 2009, particulièrement M. AOUN, « Origines et fondements historiques des statuts personnels », pp. 11-22.

⁴ V. néanmoins la thèse de N. GAFSIA, *L'invention coloniale du mariage musulman, le cas tunisien*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Société », 2008. Reprenant la grille de lecture proposée par C. BONTEMS et J. GAUDEMET -selon laquelle il existerait deux manières de concevoir socialement et juridiquement la formation du lien matrimonial- l'auteur relève que le mariage tunisien « par étapes » (par opposition au mariage occidental dit « ponctuel ») a fait l'objet d'une transformation radicale en 1956 à l'indépendance du pays. Avec l'adoption du Code du statut personnel a pu être observée la coexistence d'une pluralité de représentations juridiques, les unes découlant d'un nouvel ordre étatique issu de la colonisation, les autres demeurant liées aux pratiques juridiques et sociétales anciennes. Le contrôle de la formation du lien matrimonial a été permis tant par l'encadrement institutionnel de la fonction notariale, que par l'instauration de l'état civil obligatoire afin de favoriser la pratique de l'écriture du contrat de mariage. La prévalence des tribunaux français dans le cadre des mariages mixtes dans lesquels le conjoint tunisien a été naturalisé dépossède en conséquent le juge *musulman (cadi)* de ses attributions habituelles et permet au magistrat de la juridiction française d'apporter son appréciation sur les faits concernant des musulmans en interprétant la « loi musulmane ». À cette occasion, ce dernier met en avant les représentations juridiques de la formation ponctuelle du lien matrimonial, entraînant des conséquences au niveau de la redéfinition des pratiques sociales mais aussi du *fiqh* (droit musulman). Ainsi, les modes de lecture du *fiqh* s'imbriquent avec les catégories juridiques et les concepts du droit français, favorisant une imbrication du modèle ponctuel et du mariage par étapes dans le champ juridique tunisien. Cette situation « travestit » le modèle musulman et conduit à des « enchevêtrements » théoriques et pratiques. V. spec. p. 121.

⁵ Le choix même de cette appellation était symbolique, car il reprend le titre de la compilation par laquelle l'Imam SUHNUN avait codifié les dires et sentences de Malik IBN ANAS, fondateur de l'école malékite à laquelle appartiennent le Maroc, l'Algérie et la Tunisie.

⁶ L'empire ottoman, dès 1839, constitue un bel exemple du mouvement de codification : en 1840 déjà, il adopte un code pénal de type moderne, rédigé sur le modèle du code pénal français de 1810. En 1850 fut introduit un Code du commerce totalement calqué sur le code du commerce français. Dans le domaine judiciaire et procédural, un système complet de tribunaux d'État fut organisé en 1860, suivi en 1861 d'un code d'instruction criminelle. L'aboutissement de ce processus se matérialisera par l'adoption du Code civil suisse en 1926, lorsque Moustapha Kémal ATATÜRK imposera par décret à la Turquie le code civil suisse, le code pénal italien et le code de procédure du canton de Neuchâtel.

système juridique français¹. La plupart des pays musulmans relevaient donc d'un système de droit mixte, combinant règles religieuses et règles de droit positif « venues d'ailleurs », avec parfois certaines règles issues de la coutume, étrangères en tant que telles à l'Islam². Dans un second temps, la codification a permis la réunification des fractions nationales berbères et arabes -divisées pendant la période coloniale³. La codification du droit de la famille aura donc principalement une fonction unificatrice de l'identité culturelle du pays.

91. La codification de la matière du statut personnel. Le droit de la famille trouve sa source exclusive dans le Coran. Il est, avec le droit des successions, l'un des trois grands ensembles formés par le « droit musulman »⁴. Le mouvement de codification des règles du droit de la famille s'est particulièrement accéléré à l'indépendance des pays soumis à tutelle européenne : en 1956⁵ pour la Tunisie⁶, en 1957-1958 pour le Maroc⁷ et en 1984⁸ pour l'Algérie⁹. Le fait même de procéder à la codification de la *charia* ne semble *a priori* pas emporter de changements substantiels puisqu'il s'agit -pour le Maroc¹⁰ notamment-, de procéder à une compilation des règles de droit musulman dans la *moudawana*. En réalité, les conséquences de la codification sont bien plus importantes car les règles du droit de la famille recevront désormais application non plus en vertu d'une autorité religieuse mais au titre de la loi civile. L'avantage d'une telle entreprise est de favoriser une véritable unité juridique, permettant une accessibilité simplifiée, complète et précise aux règles désormais disponibles dans un seul corpus. L'imprécision des règles issues des traités du *fiqh*¹¹ tient

¹ Tel est le cas du droit public, administratif, fiscal, droit commercial, droit pénal, procédure pénale, et de l'organisation judiciaire.

² Notamment dans certaines régions berbères du Maroc ou de la Kabylie.

³ Notamment le *dahir* berbère de 1930 au Maroc qui avait soustrait une partie de la population marocaine au rite malékite.

⁴ H. DE WAEL, *Le droit musulman, nature et évolution*, Paris, 2^{ème} éd., 1993, pp. 56-57. Le second ensemble étant constitué par le droit des contrats et des obligations, puis le troisième représenté par les différentes règles qui intéressent le domaine public et administratif.

⁵ Le 13 août 1956, quelques mois seulement après son indépendance. V. S. BEN HALIMA, « Religion et statut personnel en Tunisie », *Rev. tun. dr.*, 2000, pp. 107-138.

⁶ V. en ce sens, pour une approche du lien matrimonial, particulièrement pendant, et après le protectorat en Tunisie : M. LESCURE, *Le lien matrimonial en Tunisie*, Thèse, Paris, 1958.

⁷ La *moudawana* marocaine a été promulguée entre 1957 et 1958 par cinq *dahirs* (décret royal) successifs, puis modifiée en 1993 par la loi n° 1-93-347 du 10 septembre 1993, *B.O.*, 1^{er} déc. 1993, p. 664.

⁸ Loi n° 84-11 du 9 juin 1984 portant Code de la famille. V. s'agissant de la promulgation de cette loi : L. HAMDAN, « Les difficultés de codification du droit de la famille algérien », *RIDC*, 1985, pp. 1001-1015. Sur sa réforme en 2005 : W. LTAIEF, « La réforme du Code algérien de la famille », in *Les statuts personnels en droit comparé, évolutions récentes et implications pratiques*, M. AOUN (dir. de), Leuven-Paris, Peeters, coll. « Law and religion studies », 2009, pp. 83-101 ; K. SAÏDI, « La réforme du droit algérien de la famille : pérennité et rénovation », *RIDC*, 2006, pp. 119-152.

⁹ G. BENMELHA, *Éléments du droit algérien de la famille, le mariage et sa dissolution*, t. 1, Paris, éd. Publisud, 1985.

¹⁰ V. en ce sens la thèse de M. CHAFI, *Les rapports juridiques entre époux. Étude comparative du droit français et du droit marocain*, Thèse, Paris II, 1987.

¹¹ Le *fiqh* est à distinguer de la *charia*. Cette dernière signifie d'abord « la voie » à suivre, qui correspond à la loi divine, donc l'ensemble des règles révélées par Dieu au Prophète MOHAMED que l'on retrouve dans le livre saint des musulmans : le Coran. Le *fiqh* lui correspond à la science juridique qui suppose la connaissance du donné

notamment aux divergences qui peuvent exister entre les différents auteurs, fut-ce à l'intérieur d'une même école juridique. Pourtant, cette « transformation par l'extérieur »¹ dénature le système originel car « la codification, en soi, par soi, réalise déjà, la modification ; disons, sans jeu de mots aucun, que codifier, c'est modifier. Car le droit musulman est, par nature, un droit oral² et non un droit écrit ; il est un droit traditionnel et jurisprudentiel ; le transformer en droit écrit, par rédaction, par fixation, c'est l'altérer »³. Cette même opinion est également partagée par Monsieur le professeur G. TIMSIT, pour qui « toute opération de codification, de quelque manière qu'elle "touche" à la norme, et malgré toutes les précautions que l'on ait pu prendre, comporte en elle-même des occasions de *transgression* ». Cette transgression est manifeste lorsque la norme est en contradiction avec le code culturel en vigueur du fait du non-respect par l'auteur de la loi des valeurs et croyances du système en vigueur⁴.

92. Les enjeux de la codification. Le mouvement de codification revêt une importance cruciale⁵ car c'est la première fois que la question du statut personnel est soulevée⁶ dans les pays du Maghreb. Elle fait notamment suite au mouvement idéologique de Renaissance *Nahda* qui émergea au XIX^{ème} siècle afin de « redonner naissance » à l'Islam, la fermeture des portes de l'*ijtihad* (effort jurisprudentiel) au XII^{ème} siècle ayant définitivement acté son déclin. Cette pensée réformiste musulmane s'articula autour de deux courants principaux : le premier, rigoriste, rejette l'influence européenne et la multiplicité des innovations -qui seraient la cause de la déchéance du monde musulman-

révélé, mais dont le domaine est beaucoup plus restreint que celui de la charia qui déborde le simple domaine juridique pour s'étendre à l'ensemble des obligations du croyant. Cf. H DE WAEL, *Le droit musulman, nature et évolution*, Paris, 2^{ème} éd., 1993, p. 56.

¹ R. MAUNIER, *Loi française et coutume indigène en Algérie*, Paris, Montchrestien, 1912, pp. 65-76.

² M. TOUALBI dans sa thèse de doctorat met en évidence que les premiers jurisconsultes musulmans répugnaient à voir leurs avis juridiques transcrits. La raison, de leur point de vue, résidait dans la suprématie des sources principales constituées par le Coran et la Sunna, qui elles méritaient une compilation. Cette position se justifiait également par la crainte de voir leurs avis élevés par leurs disciples au rang de textes sacrés. Durant la période abbasside (750-900), les nouveaux *cadis* (magistrats) eurent rapidement besoin de manuels mettant en évidence les modalités d'application de la *charia*. Un certain nombre de traités juridiques voient alors le jour, et leur rédaction donna naissance à une nouvelle terminologie juridique. Corrélativement, la fonction des juristes musulmans s'en trouvait considérablement réduite car, ne tirant plus profit des multiples interprétations auxquelles les Saintes Écritures pouvaient donner lieu, ceux-ci se contentaient désormais des manuels juridiques exposant le patrimoine jurisprudentiel élaboré par les anciens jurisconsultes. Cf. I. TOUALBI, *Le droit musulman : de « l'interdiction de la jurisprudence » aux tentatives de réforme*, Thèse, Paris I, 2011, p. 289-290.

³ R. MAUNIER, *Loi française et coutume indigène en Algérie*, *op. cit.*, p. 65-76.

⁴ G. TIMSIT, *Archipel de la norme*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1^{ère} éd., 1997, p. 151-152. L'illustration topique de cette situation concerne sans aucun doute l'exemple tunisien, lequel dès 1956 a supprimé la polygamie et interdit la répudiation dans une société encore largement « islamisée ».

⁵ Sur cette rencontre des textes juridiques islamiques avec les textes français, cf. L. BUSKENS, « Commentaires islamiques et Codes français. Confrontation et accommodation de deux formes de rédaction du droit de la famille au Maroc », in *Droits et sociétés dans le monde arabe. Perspectives socio-anthropologiques*, G. BOËTSCH, B. DUPRET, J.-N. FERRIE (dir. de), Marseille, PUAM, 1997, pp. 61-86.

⁶ Auparavant, quelques réflexions timides s'agissant du rôle des femmes dans la construction de la société et l'importance de la participation féminine dans le processus de libération avaient été soulevées par certains nationalistes, indépendamment de la question de leurs droits dans le cadre des lois relevant du statut personnel.

Le second courant¹ est favorable à une relecture des institutions en tenant compte des transformations conjoncturelles, mettant en avant la nécessité de promouvoir le statut juridique de la femme musulmane². Il est regrettable que ce mouvement idéologique n'ait pas eu la portée effective escomptée sur le plan juridique. Il aura tout au plus, selon Monsieur J. SCHACHT³, apporté une pensée originale dans l'histoire de l'intelligence islamique.

93. Des codifications en décalage avec l'éthique coranique du mariage.
L'occasion a été offerte lors des codifications d'infléchir certaines solutions traditionnelles⁴. Celles-ci variaient, pouvant aller des choix les plus traditionnels -tels que l'illustraient la *moudawana* marocaine et le Code du statut personnel algérien- aux options les plus modernistes dont la Tunisie est représentative⁵. Les droits positifs des pays musulmans diffèrent sensiblement, bien qu'ils aient pour base commune le même texte. L'état social, les pratiques de ces pays ainsi que leurs traditions sont autant de causes de leurs différences. Ces différences sont encore plus marquées lorsque les États appartiennent à des écoles juridiques différentes⁶ -bien qu'il soit possible de trouver, au sein de la même école juridique, des divergences d'interprétation.

Désormais doté d'un système juridique moderne intégrant l'Islam comme religion d'État⁷, le droit musulman appliqué dans les pays maghrébins représente purement et simplement le droit positif, ou fait partie de ce même droit, de manière explicite ou implicite. Les règles relatives au droit de la famille relèvent de la première catégorie, c'est-à-dire qu'ils représentent le droit positif. Il s'agissait donc, pour la majorité des États, de mettre un fond traditionnel dans une enveloppe moderne⁸. Or, s'agissant d'un droit dont les sources reposent exclusivement sur l'autorité du donné révélé, la coïncidence n'a pu être totale entre ce qui était religieusement souhaitable et ce qui était légalement prescrit, « la force

¹ Parmi ces réformistes, il convient de citer les noms des égyptiens Qasim AMIN (1865-1908), Mohammed ABDYOU (1849-1905), Rachid RIDHA (1865-1935), le tunisien Tahar HADDAD (1899-1935) qui ont marqué dans le monde arabo-musulman l'histoire idéologique des questions relatives à l'émancipation de la femme et à l'égalité de son statut avec celui de l'homme.

² Cf. en ce sens l'ouvrage de T. HADDAD, *Notre femme dans la loi et la société*, Dar al-Gharb al-Islami, 1985.

³ J. SCHACHT, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Maisonneuve&Larose, 1999, spec. pp. 64-65.

⁴ C'est notamment le cas tunisien.

⁵ La situation de ces trois pays est différente à l'heure des indépendances. Par conséquent, les solutions ne pouvaient qu'être différentes. La Tunisie, urbanisée et ouverte sur l'extérieur, a été influencée par les courants réformistes anciens, et son président, H. BOURGUIBA, était un fervent défenseur des droits des femmes. L'Algérie, indépendante en 1962, a été plus marquée par la tutelle française, et souhaite affirmer son identité. Quant au Maroc rural et féodal, l'Islam y joue un rôle capital dans l'assise politique du régime.

⁶ L'Islam est bien souvent envisagé comme étant monolithique, or ce point de vue est inexact car il existe une richesse d'opinions dans les quatre écoles doctrinales qui se sont formées à la suite du décès du Prophète. En ce sens : M. DAOUALIBI, « L'influence juridique réciproque des écoles », in *Travaux de la semaine internationale de droit musulman*, Paris, 2-7 juillet 1951, Recueil Sirey, 1953, pp. 101-115.

⁷ La plupart des Constitutions des pays musulmans font référence à l'Islam, et cette référence demeure une règle intangible.

⁸ F. TOBICH, *Les statuts personnels dans les pays arabes : de l'éclatement à l'harmonisation*, Marseille, PUAM, 2008, p. 58.

inhérente à la parole de Dieu ayant bien souvent été revendiquée au bénéfice de celle de ses interprètes »¹. Les codifications musulmanes ne reflètent pas², dans la majorité des cas, l'éthique coranique de l'union conjugale et accordent une primauté à l'homme, qui jouit dans les textes d'une autorité absolue sur son épouse³. À la veille de sa révision en 1993, la *moudawana* marocaine pouvait être présentée comme un simple code de conduite morale faute de sanction civile ou pénale en cas de violation d'une disposition. La prééminence de l'époux était le principe fondateur de ce texte, que ce soit au stade de la conclusion du mariage, du déroulement de la vie conjugale ou de la dissolution du mariage. Le *corpus* reproduisait fidèlement le modèle de la famille traditionnelle, très marquée par le droit musulman classique et les interprétations traditionnelles conformément au rite malékite⁴. Le lien matrimonial, fortement précaire, reflétait l'usage abusif d'une répudiation très largement admise. Le même cas de figure se retrouve en Algérie, dont les règles ne diffèrent guère. La révision marocaine de 1993 demeura lettre morte⁵ du fait de l'existence d'un fossé entre la norme juridique et la réalité sociale⁶ qu'elle est censée régir. Détournée de son objectif, cette révision n'a pas répondu aux revendications de l'époque : permettre aux femmes qui le souhaitaient de mettre un terme à leur union sans chantage aucun de

¹ H. DE WAEL, *Le droit musulman, nature et évolution*, op. cit., 1993, p. 55.

² En 1923 déjà, M.-M. SALAMA, dans sa thèse de doctorat, relevait cette idée, en l'exprimant ainsi : « Nous pouvons affirmer que la législation coranique, si vieille qu'elle puisse paraître, est en harmonie avec les principes d'égalité les plus élevés que le monde ait connu jusqu'ici. Ceci vient d'ailleurs du fait que le droit musulman contenu dans le Coran est une révélation divine, destinée à être conservée à travers les âges (...) la législation musulmane, si elle était sagement interprétée et équitablement appliquée, pourrait, sans innovation, donner satisfaction à toutes les exigences modernes. Il suffirait pour cela que nos législateurs aient le courage d'écarter de leur chemin toutes ces traditions, aujourd'hui tombées en désuétude, et qu'ils comprennent que la vie continue son évolution créatrice et que des idées nouvelles apparaissent tous les jours. L'époque actuelle n'est pas une époque de cristallisation et de stabilité ». Cf. M.-M. SALAMA, *Le mariage musulman*, op. cit., pp. 173-174.

³ M. BENRADI exprime parfaitement cette situation : « Dans la sphère culturelle musulmane, les droits familiaux étant énoncés sur la base du référent religieux, leur évolution demeure soumise aux lectures faites par les différentes écoles des préceptes coraniques de la Sunna. De ce fait, la capacité pour le droit de la famille de prendre en considération les mutations sociales reste hypothéquée par les lectures restrictives qui ont dominé l'histoire du droit de la famille dans le monde musulman et les droits des femmes s'en trouvent par conséquent limités ». Cf. M. BENRADI, H. ALAOUI M'CHICHI, A. OUNNIR et alii, *Le Code de la famille, perceptions et pratique judiciaire*, Fès, Friedrich Ebert Stiftung, 2007, p. 14.

⁴ Sur cet aspect, cf. M. L. MESSAOUDI, « Grandeurs et limites du droit musulman au Maroc », *RIDC*, 1995, pp. 146-154.

⁵ La tutelle matrimoniale permettant à l'épouse d'être représentée lors de la conclusion de son mariage était toujours nécessaire à la jeune femme non orpheline, quel que soit son âge. La polygamie était maintenue, et la future épouse devait être avertie de l'existence d'un précédent mariage de son futur époux. L'épouse dont le mari viole l'engagement de monogamie est libre de décider de son sort : demander le divorce ou demeurer dans les liens du mariage. Un important pouvoir a été accordé au juge, de s'opposer à la polygamie si une injustice est à craindre.

⁶ Le mariage de plus en plus tardif des hommes et des femmes ne s'accommodait qu'imparfaitement avec l'institution du tuteur matrimonial (*wali*). La poursuite des études pour les jeunes filles, leur indépendance financière et leur implication grandissante dans le choix de leurs futurs conjoints sont autant de facteurs révélateurs de l'inutilité d'une telle représentation, dont nulle trace n'existe dans le Coran lui-même. Certains se prévalaient du fait que le Code de la fonction publique permet aux femmes d'accéder à des postes de haute responsabilité dans l'administration publique, alors que la *moudawana* ne leur reconnaît pas le droit de contracter leur propre mariage.

l'époux. À cet égard, le divorce par *khol'* ou compensation permettait à l'épouse un *rachat* de sa liberté moyennant le versement d'une somme d'argent à l'époux, transformant ainsi le divorce en véritable occasion d'enrichissement. Nous sommes loin du *hadith* du prophète qui préconisait de dissoudre le pacte, lorsque cela s'avérait nécessaire, dans la décence, la générosité et la pudeur. Le droit du mariage et de la famille restait profondément inégalitaire et demeurait marqué du sceau de l'inéquité, contraire à l'esprit même de la *charia*.

Conclusion du chapitre premier

94. À l'issue de ce premier chapitre, l'étude des éléments déterminants tant en Occident que dans les pays de tradition islamique a mis en évidence l'existence d'une conception unitaire commune du mariage et de la famille. D'un côté et de l'autre des deux rives méditerranéennes, le lien familial repose exclusivement sur le préalable du mariage. Point de famille en dehors de celui-ci. Il s'agissait dans un premier temps de démontrer la commune conception du lien matrimonial, considéré comme le cadre naturel le plus à même d'assurer l'accueil des enfants et l'épanouissement des membres du groupe familial. Les raisons d'une telle faveur se sont, tout au long de l'étude, révélées indiscutables tant la naturalité du modèle proposé emportait une adhésion massive. Tant le paramètre religieux que la volonté politique s'inscrivaient dans le cadre de la promotion de ce modèle. Il a donc semblé important de mettre en lumière les raisons ayant conduit à cette concordance dans la conception du mariage. La communauté de valeurs religieuses présidant à la conception du mariage dans les deux droits a incontestablement constitué un véritable trait d'union entre les deux rives méditerranéennes. C'est pourquoi la prise en compte de ce donné a constitué un élément clé incontournable dans l'objet de notre étude. Une telle concordance de l'esprit des législations est bienvenue, car elle est révélatrice de l'existence d'un minimum de cohésion entre les systèmes juridiques.

Malgré l'émergence d'un courant de pensée philosophique et religieux ayant permis de dégager l'homme de l'emprise englobante du donné religieux en Occident, -et corrélativement l'affaiblissement progressif de l'influence de l'Église- l'extraction sans précédent du mariage de son ancrage religieux n'a pas influé sur le fondement du lien familial, toujours assuré par le préalable du mariage. Désormais simple lien civil reposant sur le contrat et la libre rencontre des volontés, la sécularisation du mariage assurait toujours au lien familial son fondement matrimonial. La précision est de la plus haute importance pour les développements à suivre.

Une telle rupture dans l'ordre cosmique n'a pu être menée dans les pays de tradition islamique où le législateur a fait le choix de maintenir un lien étroit entre religion et mariage. Aujourd'hui encore, cette institution revêt le caractère d'une obligation sociale et religieuse. Bien qu'il n'existe pas à proprement parler de conception religieuse du mariage en terre islamique, l'intériorisation de la conscience religieuse de cette communauté aboutit à une conception du mariage profondément liée à la conduite que doit adopter le croyant à l'égard de la religion. La nature du mariage dans chacune des législations permet ainsi de déterminer le degré de religiosité des règles qui y préside. Lien purement civil d'un côté, à forte connotation communautaire et religieuse de l'autre, la conception unitaire du mariage ici et là repose, en définitive, sur deux visions du monde : l'une sécularisée, l'autre religieuse. Ne convient-il pas alors de rechercher le juste milieu pour l'homme entre une philosophie privilégiant l'individu pris comme référence d'un système, et une philosophie

englobant celui-ci au sein d'un groupe donné ? L'équilibre de la notion de mariage est sans doute dans cette difficile équation.

Chapitre second. Une conception de la famille renouvelée sur les deux rives de la Méditerranée

95. Les transformations socio-économiques. Les grandes réformes du Code civil des années 60-70¹ interviennent dans un contexte particulier de libération des contraintes sociales², dont les mots d'ordre sont les principes de liberté et d'égalité³. Grâce ou à cause de ces principes, la *naturalité* du modèle familial conçu comme *cellule monarchique et catholique* sera très progressivement remise en cause. Le facteur économique, déterminant dans cette remise en cause, a permis l'arrivée des femmes sur le marché du travail en favorisant leur passage du statut de « ménagère » au statut de « consommatrice ». Le mariage est désormais un handicap dans le parcours professionnel de la femme qui aspire à exister en dehors de la sphère privée. Émancipée de l'univers domestique, elle ne se définit plus seulement comme épouse. Tant le désir d'autonomie personnelle que d'épanouissement des individus participent à la transformation profonde des rôles des deux sexes au sein de la famille⁴. Autant de facteurs ne pouvaient laisser intact le modèle familial initialement conçu : la durée des mariages qui participait autrefois de leur stabilité est désormais fragilisée ; l'augmentation des unions hors-mariage et du nombre d'enfants qui en naissent conduisent à l'avènement de la famille naturelle. Le mariage n'est plus perçu comme un devoir social mais relève d'un choix personnel⁵. Le concept de famille traditionnelle éclate et nécessite une adaptation aux nouvelles configurations.

96. Le rôle de la sociologie juridique⁶. Nouvelle discipline qui connaît un essor important, la sociologie juridique est la nouvelle donnée prise en compte par le législateur à l'occasion des réformes menées. Le besoin d'adaptation du droit aux faits a conduit à l'essor de nombreux travaux sociologiques, utilisant les enquêtes de terrain. Le droit a en

¹ J. FOYER, « Le Code civil de 1945 à nos jours », in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 275-296.

² Cf. M. BONINCHI, *Vichy et l'ordre moral*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 2005.

³ J.-L. RENCHON, « La prégnance de l'idéologie individualiste et libérale dans les récentes réformes du droit de la personne et de la famille », in *Mariage-Conjugalité, Parenté-Parentalité*, H. FULCHIRON (dir. de), Paris, Dalloz, 2009, pp. 209-236 ; P. JESTAZ, « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », in *Autour du droit civil, Écrits dispersés, Idées convergentes*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 289-304.

⁴ Sur ces transformations, V. M. SEGALEN, *Sociologie de la famille*, Paris, éd. Armand Colin, 1996 ; E. SULLEROT, *La crise de la famille*, Paris, éd. Fayard, 2000.

⁵ Le doyen CARBONNIER l'a d'ailleurs parfaitement souligné : « l'histoire de notre droit du mariage, depuis cinquante ans, est l'histoire d'une libération continue, et l'aboutissement n'est pas loin : pour se lier comme pour se délier, l'homme n'aura plus d'autre clé que sa responsabilité envers lui-même ». Cf. J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle*. Études offertes à Georges RIPERT, Paris, LGDJ, t. 1, 1950, p. 328.

⁶ En ce sens, V. : J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1994 ; plus récemment cf. : *L'argument sociologique en droit. Pluriel et singularité*, D. FENOUILLET (dir. de), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes&Commentaires », 2015.

conséquence pris acte de ce qui constituait la « maladie du mariage et de la famille »¹ et a fait le choix d'accompagner ces évolutions. La transformation de la conception juridique du mariage qui en découle (**Section 1**) repose sur l'expérience vécue des individus et leurs aspirations, vers lesquelles le droit tend à se rapprocher.

97. En droit comparé. Les mêmes évolutions socio-économiques peuvent être constatées dans les pays du Maghreb. La transformation des rapports au sein du couple n'a toutefois pas conduit à des évolutions aussi spectaculaires en matière conjugale. En effet, s'il est une chose qui unit l'ensemble des pays musulmans, c'est leur attitude commune face à la règle de droit. Son adaptation doit s'effectuer sans donner l'impression d'y contrevenir frontalement ou de la remplacer, d'où l'effort d'*ijtihad* (effort de jurisprudence). De cet effort découle la pratique qui consiste à « tourner la loi », trouver des *hiyal* astuces pour en faciliter l'adaptation aux réalités actuelles². C'est pourquoi le mariage n'échappe pas au mouvement de modernisation (**Section 2**) de la législation familiale. Les rapports entre conjoints sont désormais rééquilibrés, et les droits de l'enfant garantis.

¹ J. BOUVERESSE, « Le couple et l'individu : la socialisation à l'épreuve de la liberté occidentale », in *Le droit entre tradition et modernité*. Mélanges à la mémoire de Patrick COURBE, Paris, Dalloz, 2012, p. 56.

² En Occident, cette technique serait perçue comme une fraude à la loi, et peut être sanctionnée. Ce qui est bien perçu dans un système ne l'est pas dans l'autre. Ceci résulte de la conception différente de la loi dans l'une et l'autre conception. En Occident, la fraude à la loi est synonyme de refus de soumission à celle-ci, légitime du seul fait qu'elle a été régulièrement élaborée par une institution dont la fonction est de produire des normes. Il en va différemment dans un système de sources anciennes et religieuses, dans lequel l'astuce vise à respecter la loi en l'adaptant à des situations évolutives, en l'absence de pouvoir législatif temporel susceptible de la changer. Ceci contribue à la pérennité de la norme religieuse en remédiant à son inadaptation éventuelle. V. en ce sens L. MILLIOT, « L'idée de la loi dans l'Islam », *Travaux de la semaine internationale de droit musulman*, Paris, 2-7 juillet 1951, Recueil Sirey, 1953, pp. 17-33.

Section 1. La transformation de la conception juridique du mariage occidental

98. L'égalité et la liberté comme fondements. Si à la veille des réformes menées par le doyen CARBONNIER le droit de la famille a bénéficié d'une relative stabilité, ce dernier trait disparaîtra de la législation familiale depuis que l'exigence d'égalité s'impose comme l'objectif des interventions législatives. Parce qu'elle est sous-tendue par cette logique égalitaire, la vague de réformes intervenues sous son égide modifie en profondeur la physionomie des relations conjugales. La famille inégalitaire cède du terrain au profit d'un modèle de famille qui promeut une gestion bilatérale des affaires du couple et des enfants. À cette fin, les époux sont investis de pouvoirs réciproques¹ au plan patrimonial (§1). Aux côtés de l'égalité, la liberté est l'autre principe directeur des réformes menées. La poursuite du droit au bonheur commande de pouvoir dissoudre un mariage qui n'a plus de tel que le nom. Conscient du climat de libération des contraintes sociales et soucieux d'adapter le droit au fait, le législateur institue donc la possibilité de rompre librement le mariage (§2).

§1) La situation concurrentielle des époux pendant le mariage

99. L'égalité des sexes par le patrimoine. Les premières réformes entreprises au début du XX^{ème} siècle avaient pour objet d'atténuer les effets de la puissance maritale sur l'épouse en l'associant aux prises de décisions que nécessite la vie familiale. La recherche d'égalité poursuivie par le législateur s'est donc naturellement portée sur le volet patrimonial de la vie conjugale, avec le préalable d'émancipation de l'épouse de la tutelle maritale lorsqu'elle exerce une activité professionnelle.

100. Les premières lois ponctuelles en droit patrimonial. Le centenaire du Code civil a été marqué par un évènement inédit. Celui-ci a conduit la militante féministe Hubertine AUCLAIR à brûler un exemplaire du Code civil place Vendôme. Cet incident a suscité des attaques virulentes quant à la subordination de l'épouse à son mari. C'est sans doute à la suite de ce geste hautement symbolique qu'est adoptée le 13 juillet 1907 la loi sur le libre salaire de la femme mariée. Consacrant l'accès d'un certain nombre de femmes à l'emploi –alors que leurs gains et salaires demeuraient à la libre disposition de l'époux– le législateur a souhaité adoucir le statut de la femme active en consacrant son autonomie

¹ Selon Madame le professeur Méline DOUCHY-LOUDOT, la recherche de cette égalité entre les époux repose sur une « conception déviante du début du XX^{ème} siècle, où les commentateurs du Code civil développent l'idée que la différence entre l'homme et la femme repose sur une inégalité entendue en termes d'infériorité ou de supériorité de "nature" ». Or, selon l'auteur, cette « conception dégénérée de la différence des sexes ne pouvait conduire qu'à la révolte de l'un contre l'autre ». M. DOUCHY-LOUDOT (dir. de), *La réforme du mariage. Approche critique sur les mutations familiales*, Poitiers, éd. DMM, 2013, p. 16.

professionnelle. À la suite de ce texte, la loi du 18 février 1938 supprime la puissance maritale ainsi que l'incapacité de la femme mariée. Néanmoins, les retombées de ces textes relevaient davantage de l'ordre du symbole, en raison notamment de l'inadaptation des règles techniques des régimes matrimoniaux.

101. La grande réforme du droit des régimes matrimoniaux¹. S'infiltrant par petites doses au sein de la triade mari-femme-enfant, l'égalité est désormais l'objectif premier du législateur. Que ce soit dans le domaine du droit patrimonial de la famille² ou au plan des relations personnelles, la métamorphose du droit de la famille est à l'oeuvre³. La réforme du droit des régimes matrimoniaux par la loi du 13 juillet 1965⁴ est à n'en pas douter, guidée par le principe de l'égalité des époux⁵. Si les conjoints sont en théorie égaux, le mari est toujours, juridiquement, le chef de famille⁶. L'approche globale qui a fait défaut au début du siècle est rattrapée par l'adoption de la loi du 13 juillet 1965 qui permet à la femme mariée d'avoir l'administration, la jouissance et la disposition de ses biens propres. À travers l'obtention de son indépendance financière, la femme mariée acquit une liberté qu'elle n'avait pas auparavant. En consacrant sa liberté professionnelle et son autonomie bancaire, la nouvelle loi organise une association plus étroite des conjoints dans la gestion des intérêts pécuniaires du ménage⁷. À ce dessein, la mise en place du régime de la communauté légale réduite aux acquêts est organisée en lieu et place de l'ancien régime de la communauté de meubles et acquêts.

102. Les modifications ultérieures. Le droit des régimes matrimoniaux n'atteindra une cohérence qu'avec la loi du 23 décembre 1985⁸. Celle-ci parachève l'évolution amorcée en mettant en place le principe de gestion concurrente de la communauté⁹ qui permet d'atteindre une égalité parfaite. Sont ainsi balayées les dernières inégalités dont étaient victimes les épouses dans la gestion des biens de la famille. Si la loi de 1965 avait abandonné le principe de l'immutabilité absolue du régime matrimonial¹⁰, la loi

¹ V. P. SPITERI, *L'égalité des époux dans le régime matrimonial légal (Étude de réforme législative)*, Paris, LGDJ, 1965.

² Cf. à ce sujet les actes du Colloque organisé par le Centre Pierre KAYSER de la Faculté de Droit d'Aix-en-Provence : E. PUTMANN, J.-P. AGRESTI, C. SIFFREIN-BLANC (dir.), *Le droit patrimonial, miroir des mutations familiales*, Marseille, PUAM, coll. « Inter-normes », 2012.

³ P. CATALA, « La métamorphose du droit de la famille », in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 341-358.

⁴ L. n° 65-570 du 13 juil. 1965, *J.O.*, 14 juil. 1965, p. 6044.

⁵ R. CABRILLAC, « Genre et droit patrimonial de la famille », in *Bioéthique et genre*, A.-F. ZATTARA-GROS (dir. de), Paris, LGDJ, 2013, pp. 265-273.

⁶ H. MAZEAUD, « Une famille sans chef », *D.*, 1951, chron. p. 141.

⁷ J. PATARIN, « Rapport France », in *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines*, J. PATARIN, I. ZAJATY (dir. de), Paris, éd. A. Pedone, 1974, p. 441-4475.

⁸ L. 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.*, 26 déc. 1985, p. 15111.

⁹ A. COLOMER, « La loi du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux », *Defrénois*, 1986, art. 33711.

¹⁰ M. GOBERT, « Mutabilité ou immutabilité des régimes matrimoniaux », *JCP, G*, 1969, I, 2281.

n° 2006-728 du 23 juin 2006¹ supprime le dernier verrou de l'homologation judiciaire², jugé contraire à la liberté des époux. Le changement de régime matrimonial est désormais libre³, bien qu'encadré par le juge qui peut le refuser si l'intérêt de la famille le commande⁴.

103. La progressive promotion des droits du conjoint survivant. La vocation successorale du conjoint survivant⁵ dépend étroitement de la conception que l'on se fait de la famille. Si autrefois celui-ci n'héritait qu'exceptionnellement⁶, la nouvelle approche du lien familial privilégie la valorisation des liens affectifs⁷. À l'heure où l'essentiel de la fortune du couple se constitue lors de la vie à deux, il semblait équitable de promouvoir la situation juridique du conjoint survivant, notamment lorsque celui-ci a activement participé à la constitution du patrimoine conjugal⁸. À cet égard, la loi du 3 décembre 2001⁹ a effectué au début de XXI^{ème} siècle, « la réforme la plus importante qu'aient connue les droits successoraux du conjoint dans leur histoire depuis Justinien »¹⁰. Non seulement celle-ci améliore le sort du conjoint survivant en en faisant, dans certains cas, un héritier réservataire, mais elle reconnaît les droits successoraux des enfants adultérins. Supprimant

¹ L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, *J.O.*, 24 juin 2006, p. 9513.

² R. CABRILLAC, *Droit des régimes matrimoniaux*, Paris, LGDJ, coll. « Domat droit privé », 2013, p. 95.

³ V. ÉGEA, « Les régimes matrimoniaux », in *Les contentieux familiaux. Droit interne, international et européen*, I. BARRIÈRE-BROUSSE, M. DOUCHY-LOUDOT (dir. de), Paris, éd. Lextenso, pp. 218-228, spec. n° 535.

⁴ Art. 1397 C. civ.

⁵ L'évolution des droits du conjoint survivant est l'histoire d'une continuelle ascension. À l'origine, le conjoint était un étranger dans la dévolution de la succession, le souci de conservation des biens dans la famille étant centrale. Le Code civil de 1804 n'améliora pas sa situation. Il n'était appelé à la succession qu'en l'absence de parents jusqu'au douzième degré dans l'une et l'autre ligne. Seule une créance alimentaire contre les héritiers lui était due s'il se retrouvait dans le besoin. Le passage de la famille patriarcale à la famille nucléaire ayant rétréci la successibilité au 6^{ème} degré, une place plus importante lui a alors été réservée. C'est une loi du 9 mars 1891 qui va l'intégrer à la dévolution légale et depuis, l'assiette de ses droits ne cessera d'augmenter. Sa qualité d'héritier à part entière ne sera réellement acquise qu'avec une ordonnance du 23 décembre 1958 qui abandonne son statut de « successeur irrégulier ». Une loi du 3 décembre 1930 lui permettra de recueillir des droits en pleine propriété pour la première fois, ainsi que la moitié de la succession à défaut d'ascendants dans l'une des deux branches. La loi du 26 mai 1957 lui permettra de recueillir la totalité de la succession par préférence aux collatéraux ordinaires et, en 1972, il se retrouve en concours avec l'enfant adultérin mais la part qui lui est dévolue est toujours augmentée sur celle à laquelle pouvait prétendre l'enfant adultérin.

⁶ G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil de Planiol*, Paris, LGDJ, 4^{ème} éd., t. III, 1951, p. 474-475.

⁷ Sur le rôle grandissant de l'affection dans les relations familiales, cf. notre chapitre 2 sur les recompositions familiales et la diversité des liens, n° et s.

⁸ A. SERIAUX, *Successions et libéralités*, Paris, Ellipses, 2013, p. 38.

⁹ L. n° 2001-1135 du 3 déc. 2001 « relative aux droits du conjoint survivant », cf. pour les commentaires de cette loi : B. BEIGNIER, « La loi du 3 décembre 2001 : achèvement du statut du logement familial », *Rev. dr. fam.*, 2002, chron. 5, p. 4, et « La loi du 3 décembre 2001 : le conjoint héritier », *Rev. dr. fam.*, 2002, chron. 8 ; J. CASEY, « Droit des successions : commentaire de la loi du 3 décembre 2001 », *RJPF*, 2002, nov., n° 11 ; G. GRILLON, « Les nouveaux droits successoraux du conjoint survivant », *JCP, G*, 2002, I, 133 ; M. MATTHIEU, « La vocation légale du conjoint survivant en présence d'enfants ou de descendants », *JCP, N*, 2002, n° 1163, p. 353 ; A.-D. MERVILLE, « La réforme du statut du conjoint survivant par la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001. Le conjoint est-il un membre à part entière de la famille ? », *JCP, G*, 2002, I, 185.

¹⁰ P. MALAURIE, C. BRENNER, *Les successions, les libéralités*, Paris, LGDJ, coll. « Droit civil », 6^{ème} éd., 2015, n° 89, spec. p. 64.

la réserve héréditaire des ascendants, la place de choix qu'occupe désormais le conjoint survivant dans la hiérarchie lui permet de bénéficier de droits successoraux plus importants. Lorsqu'il est en concours avec les descendants ou avec les ascendants privilégiés, ses droits sont augmentés. La conception familiale se resserre donc autour du couple et des enfants qui en sont issus, accentuant le phénomène de *nucléarisation* de la famille. Pour Monsieur le professeur Jean HAUSER, cette loi constitue « une victoire de l'amour (...), au-delà de la mort, pour le mariage qui a "réussi" »¹.

Les nouvelles dispositions ont également développé ses droits spéciaux relatifs au logement familial², en lui permettant le maintien temporaire (d'un an) dans le logement familial et la jouissance des biens meubles le garnissant³. À ce droit issu des effets du mariage vient s'ajouter le droit *viager* au logement -de nature successorale- lui permettant un droit d'usage et d'habitation dans le bien immeuble occupé jusqu'à son décès⁴. Toujours en matière successorale, la loi du 23 juin 2006⁵ a permis la mise en place de nouveaux outils d'organisation de la transmission des patrimoines⁶, « décrispant » l'ordre public touchant le droit des libéralités⁷. Elle offre ainsi plus de souplesse et de liberté au *de cuius* dans la gestion de son patrimoine⁸. Substantiellement, cette loi supprime la réserve des ascendants privilégiés qui ne bénéficient plus que d'un simple droit de retour légal⁹, renforçant les droits du conjoint survivant.

§2) Le droit de libre rupture du mariage

104. La consécration de la liberté de rompre. Faisant suite à une longue tradition d'indissolubilité du mariage, la liberté de la rupture est la nouveauté en droit de la famille. Davantage constitutive du concubinage, cette liberté de rompre devrait, en principe, être encadrée en mariage afin de permettre au couple d'œuvrer au maintien du lien, le mariage traduisant un engagement solennel d'inscrire une relation dans la durée. Or, étant une simple adaptation du droit au fait, la reconnaissance du droit au divorce¹⁰ répondait à ce

¹ J. HAUSER, « Amour et liberté : la devise contemporaine du couple ? », *Arch. philo. dr.*, t. 57, 2014, p. 80.

² F. VAUVILLE, « Les droits au logement du conjoint survivant », *Deffrénois*, 2002, art. 37608.

³ Art. 763 al. 1 code civil.

⁴ Article 764 code civil.

⁵ L. n° 2006-728 du 23 juin 2006 « réformant le droit des successions et des libéralités », cf. pour les commentaires de cette loi : N. PETERKA, « Les retouches à la dévolution successorale, à propos de la loi du 23 juin 2006 », *Rev. dr. fam.*, 2007, étude 52 ; P. CATALA, « Le droit successoral, entre son passé et son avenir », in *Le monde du droit*. Écrits rédigés en l'honneur de Jacques FOYER, Paris, Economica, 2008, p. 229-240.

⁶ Sur cet aspect, V. *infra*, n° 278.

⁷ C. JUBAULT, *Droit civil, les successions, les libéralités*, Paris, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2^{ème} éd., 2010, p. 11.

⁸ Sur ces divers instruments, cf. *infra*, n° 166 et s.

⁹ Art. 738-2 du code civil.

¹⁰ V. le dossier « Divorce » dans l'*AJ fam.*, 2015, n° 3, pp. 128-160.

moment à une attente sociale que le législateur a satisfaite. Son étude est donc particulièrement révélatrice du processus de valorisation de la volonté libre, et permet de saisir le mouvement de contractualisation du mariage¹. La consécration contemporaine du droit au divorce (**B**) fait directement suite à une première phase de libéralisation (**A**).

A) La première phase : la libéralisation du droit du divorce

105. Admission du divorce et rôle de la volonté. Depuis l'admission du divorce par la loi NAQUET le 27 juillet 1884, le seul cas de divorce possible était le divorce pour faute. En dehors de ce cas particulier, la rupture du lien conjugal n'était guère possible. Cette tendance mettait d'une part en avant l'idée que le mariage est indissoluble, mais qu'exceptionnellement, il pouvait l'être –particulièrement lorsqu'un des conjoints a commis une faute rendant le maintien de la vie commune impossible. D'autre part, la faute justifiant la rupture du lien matrimonial assurait une effectivité aux obligations matrimoniales² en permettant de punir celui qui les avait transgressées³ (divorce-sanction). Ce système reflétait la persistance d'un ordre moral et social dans lequel le divorce n'est pas une affaire privée, mais sur lequel la société a un droit de regard. Si l'on souhaite donner au mariage toute la place qui doit être sienne, les devoirs et obligations qui en découlent gagneraient à être raffermis par la sanction stricte de leur violation. Ce n'est qu'à cette condition que leur effectivité peut être garantie. Or, accorder aux époux la liberté de rompre le lien matrimonial en diversifiant les causes de rupture n'y contribue pas. La volonté⁴, ainsi que le souligne Monsieur GARRIGUE dans son travail de thèse, est antinomique des obligations matrimoniales, « les devoirs conjugaux ayant vocation à limiter la liberté des personnes mariées, on ne peut laisser s'affirmer l'indépendance des conjoints sans les mettre en péril. En accroissant la liberté des époux, on limite mécaniquement l'influence des obligations matrimoniales ; lorsque la volonté part en conquête, la contrainte bat nécessairement en retraite »⁵. C'est pourquoi l'importance des devoirs conjugaux dépend du degré d'autonomie reconnu aux époux. Plus celle-ci est grande, moins raffermis sont les effets du mariage. L'idée d'un mariage « à effets limités »⁶ a pourtant été suggérée par un auteur. L'union légale serait ainsi dépouillée de ses effets personnels (fidélité, secours et assistance) et n'engagerait que du point de vue

¹ V. en ce sens : C. NEIRINCK, « Le couple et la contractualisation de la rupture », *RRJ*, 2009, pp. 107-119.

² Sur le devoir de fidélité, V. par ex M.-T. MEULDERS-KLEIN, « L'évolution du mariage : de l'institution au contrat, et au-delà », in *La personne, La famille et le droit 1968-1998, Trois décennies de mutations en Occident*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1999, spec. pp. 41-47.

³ J. GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux. Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, Paris, LGDJ, éd. Panthéon-Assas, 2012, spec. n° 415, p. 345.

⁴ V. sur les accords de volonté en droit du divorce, notamment : C. LESBATS, *Les accord de volontés entre époux dans le divorce*, Thèse, Nantes, 1999.

⁵ J. GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux. Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, op. cit., n° 415.

⁶ M.T. CALAIS-AULOY, « Pour un mariage aux effets limités », *RTD. civ.*, 1988, p. 255 et s.

parental. Si la proposition n'a recueilli que très peu de suffrages, il semblerait que le droit de la famille aujourd'hui s'en rapproche grandement.

106. Raisons présidant à la réforme. En 1975, à la veille de la réforme du droit du divorce, l'augmentation des « faux-divorces » pour faute¹ et la désaffection des jeunes couples vis-à-vis du mariage ont contribué à le fragiliser. L'adoption de la loi du 11 juillet 1975² accentuera cette tendance en libéralisant le divorce³. Dans un contexte où les aspirations des individus tendaient vers plus de liberté⁴, il semblait nécessaire d'adapter le droit aux nouvelles réalités de la société française⁵. Cette adaptation avait déjà été prise en compte par le droit en maints domaines, particulièrement en matière de tutelle et d'émancipation⁶, de régimes matrimoniaux⁷, d'adoption⁸, d'incapacités⁹, d'autorité parentale¹⁰ et de filiation¹¹. C'est pourquoi le droit du divorce ne pouvait demeurer en dehors du mouvement de libéralisation qui touchait tous les pays européens¹².

107. La mise en place d'un pluralisme des formes de divorce. L'instauration d'un divorce à la carte¹³ permet de consacrer la volonté comme fondement de la relation familiale. La rupture est désormais une affaire privée¹⁴. Si le divorce sur requête conjointe constitue l'illustration la plus aboutie du pouvoir de la volonté, le divorce pour rupture de la vie commune permet de mettre fin au mariage par décision unilatérale. Cette

¹ Lesquels étaient simulés par les couples souhaitant d'un commun accord mettre un terme à leur union mais ne le pouvant pas.

² Loi n° 75-617 du 11 juil. 1975 portant réforme du divorce, *J.O.*, 12 juil. 1975, p. 7171. F. TERRE, « Terre à terre dans le droit du divorce », in *Droit des personnes et de la famille. Mélanges à la mémoire de Danièle HUET-WEILLER*, Strasbourg, PUS-LGDJ, 1994, p. 495; A. BENABENT, « Plaidoyer pour quelques réformes du divorce », *D.*, 1999, 27^{ème} Cahier, p. 225; V. DEMARS-SION, « Libéralisation du divorce : l'apport véritable de la loi du 11 juillet 1975 à la lumière de celle du 20 septembre 1792 », *RTD civ.*, 1980, pp. 232.

³ P. RAYNAUD, « Les divers visages du divorce 1976 », *D.*, 1976, chron. XXVII, p. 141.

⁴ V. l'étude de M. A. BENABENT, « La liberté individuelle et le mariage », *RTD civ.*, 1973, 440.

⁵ En ce sens, V. l'étude de L. ROUSSEL, O. BOURGUIGNON, « Générations nouvelles et mariage traditionnel », *Population*, 1979, p. 141 et s.

⁶ L. n° 64-1230 du 14 déc. 1964, *J.O.* du 15 déc. 1964, p. 11140.

⁷ L. n° 65-570 du 13 juil. 1965, *J.O.* du 14 juil. 1965, p. 6044.

⁸ L. n° 66-500 du 11 juil. 1966, *J.O.* du 12 juil. 1966, p. 5966.

⁹ L. n° 68-5 du 3 janv. 1968, *J.O.* du 4 janv. 1968, p. 114.

¹⁰ L. n° 70-459 du 4 juin 1970, *J.O.* du 5 juin 1970, p. 5227.

¹¹ Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972, *J.O.* du 5 janv. 1972, p. 145.

¹² En ce sens : M.-T. MEULDERS-KLEIN, « La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale », in *La personne, La famille et le Droit 1968-1998, Trois décennies de mutations en Occident*, op. cit., p. 53 et s. ; Plus récemment, F. FERRAND, H. FULCHIRON (dir. de), *La rupture du mariage en droit comparé, Rapport final pour la mission de recherche Droit et Justice, Centre de Droit de la Famille et Institut de droit comparé Edouard Lambert (IDCEL)*, oct. 2013.

¹³ J.-J. LEMOULAND, « Le pluralisme et le droit de la famille, postmodernité ou pré-déclin », *D.*, 1997, chron. p. 134.

¹⁴ V. en ce sens : F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Divorce et contrat », in *La contractualisation de la famille*, D. FENOUILLET, P. DE VAREILLES-SOMMIERES (dir. de), Paris, Economica, 2001, pp. 67-79.

« innovation marquante »¹ permet d'imposer la rupture à un époux en entérinant la séparation de fait² ou l'altération des facultés mentales du conjoint. Le divorce peut alors être demandé à l'issue d'une période de six années de séparation. Il débouche sur le constat objectif de l'échec du mariage, en permettant la prononciation d'un « divorce faillite » ou « divorce échec »³. Le mouvement de contractualisation est à l'œuvre, et semble aller de pair avec le mouvement de libéralisation du divorce qui accroît le degré d'autonomie des époux⁴.

108. L'encadrement de la liberté de rompre. Le mouvement de contractualisation n'est pour autant pas absolu. Si le divorce par consentement mutuel est admis, il demeure « l'association d'un élément conventionnel et d'un élément judiciaire »⁵. La convention de divorce est judiciairement homologuée lorsque chacun de ses éléments -la volonté réelle et sérieuse et le règlement global des conséquences qui en découlent- a été apprécié par le juge. L'homologation constitue l'aboutissement de ce processus et permet de donner à la convention des époux l'autorité de la chose jugée. Tout dans le divorce est encore l'œuvre conjointe des époux et du juge⁶. Les causes du divorce pèsent toujours de tout leur poids sur ses effets⁷ : si le juge n'a pas à s'immiscer dans les affaires privées du couple, son contrôle de la réalité et du sérieux du consentement relève de plus en plus de l'ordre du strictement formel. Le contrôle judiciaire fonctionne finalement « mal, parce qu'il est en porte-à-faux, le juge n'ayant aucun moyen de l'effectuer correctement et rendant dès lors une décision de pure forme. Or, c'est particulièrement fâcheux dans la mesure où c'est ce contrôle judiciaire qui justifie, ensuite, la soumission du divorce sur requête conjointe à un régime juridique qui n'a plus rien ou presque de contractuel »⁸.

La liberté de demander le divorce pour rupture de la vie commune n'est pas non plus, absolue, car elle répond à certaines conditions. Conscient des conséquences extrêmement lourdes d'un tel divorce sur le conjoint qui le subit⁹, le législateur n'a pas hésité à l'entourer d'une multitude de garanties au profit du conjoint délaissé. L'époux demandeur doit donc « payer le prix fort », tant psychologiquement que financièrement. Si une durée de séparation du couple d'au moins six ans est exigée, ce long délai empêchait l'époux désireux de refaire sa vie d'immédiatement divorcer. De la même manière, l'époux à

¹ G. CORNU, *Droit civil, La famille*, Paris, Montchrestien, coll. « Domat Droit privé », 9^{ème} éd., 2006, n° 356, p. 542.

² Ancien article 237 du Code civil.

³ G. CORNU, *Droit civil, La famille, op. cit.*, n° 312, p. 490.

⁴ S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, *Approche renouvelée de la contractualisation*, Marseille, PUAM, 2007, p. 11.

⁵ G. CORNU, *Droit civil, La famille, op. cit.*, p. 449.

⁶ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale », *art. précit.*, p. 87.

⁷ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Divorce et contrat », in *La contractualisation de la famille, op. cit.*, p. 75.

⁸ *Ibidem.*, p. 75.

⁹ H. MAZEAUD, « Le divorce par consentement forcé », *D.*, 1963, chron. XXIII.

l'initiative de la séparation demeure tenu des frais afférents à la séparation en devant compensation au conjoint abandonné, sans jamais pouvoir prétendre à aucun avantage découlant de la rupture. Enfin, la clause dite d'exceptionnelle dureté empêchait le prononcé du divorce dès lors que ses conséquences pouvaient aggraver l'état de santé du conjoint qui subit la rupture. Autant de garanties procédurales¹ entravaient la pleine expression de la volonté et pouvaient s'avérer dissuasives². Tout se passait comme si le divorce était prononcé aux torts exclusifs, en en faisant une sorte de « divorce à charge » à l'encontre de l'époux initiateur de la procédure, et un « divorce protection » à l'égard du conjoint abandonné³. Ceci dénote bien de la persistance de l'idée d'un conjoint fautif et d'un conjoint innocent.

109. Les faiblesses du système. Les statistiques fournies par le Ministère de la justice⁴ ont révélé que sur une période allant de 1975 à 1993, le nombre de divorces a doublé, passant de 63889 divorces à 112605, et demeure en constante progression jusqu'à la veille de l'entrée en vigueur de la nouvelle réforme -134601-. Cette hausse du nombre de demandes en divorce –essentiellement pour faute-, la lenteur des délais procéduraux, les difficultés liées à la liquidation du régime matrimonial et les demandes de prestation compensatoire⁵ génèrent un important contentieux de l'après divorce qui révèle les failles du système et peine à donner satisfaction, d'où la nécessité d'une réforme.

B) La consécration du droit au divorce : un aboutissement

110. Une nouvelle conception du divorce. Afin de dédramatiser⁶ la rupture, l'idée d'un divorce-sanction poussa le législateur à dissocier les torts d'un conjoint des conséquences financières qui en découlent. Cette nouvelle approche du droit du divorce

¹ Le devoir de secours est maintenu sous la forme d'une pension alimentaire révisable jusqu'au décès de l'ex époux créancier, les donations consenties par l'époux abandonné pouvaient être révoquées, enfin l'usage du nom de l'ex époux pouvait être conservé de plein droit. L'époux à l'initiative du divorce ne pouvait prétendre à la prestation compensatoire et supportait la totalité des dépens. Cf. ancien art. 239 du Code civil : « L'époux qui demande le divorce pour rupture de la vie commune en supporte toutes les charges. Dans sa demande il doit préciser les moyens par lesquels il exécutera ses obligations à l'égard de son conjoint et des enfants ».

² En témoigne la marginalité statistique de ce cas de divorce, cf. L. CHAUSSEBOURG, V. CARRASCO, A. LERMENIER, *Le divorce*, Études et statistiques, Ministère de la Justice, juin 2009, p. 13. En 1978, ce cas de divorce ne représentait que 2% des divorces prononcés, contre 3 à 4% entre 1996 et 1999.

³ G. CORNU, *Droit civil, La famille, op. cit.*, n° 356, p. 543.

⁴ Site internet du Ministère de la Justice, *Les divorces et ruptures d'union*.

⁵ Bien qu'elle ait fait l'objet d'une réforme par la loi n° 2000-596 du 30 juin 2000.

⁶ Ainsi que l'exprime Monsieur le professeur Xavier LABBEE, « le divorce était un véritable drame, aux enjeux importants. Une telle procédure impliquait nécessairement des enquêtes, des comparutions de témoins, des déclarations sous serments, des incidents de procédure... Faire évoluer un mauvais dossier vers un divorce aux torts partagés pouvait constituer une réelle victoire, pour celui qui cherchait avant tout à échapper à toute condamnation. Il y avait en tout cas un intérêt véritable à "gagner" son divorce, intérêt qui pouvait d'ailleurs avoir des répercussions sociologiques ». Cf. X. LABBEE (dir. de), *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?*, Paris, Presses Universitaires du Septentrion, 1996, pp. 103-104.

amène le législateur à faire une place de plus en plus importante à la volonté des époux en vue de parvenir à un règlement pacifié et amiable de leur différend, cet objectif répondant lui-même à une préoccupation majeure : l'intérêt de l'enfant¹. S'il est désormais acté que le couple conjugal est précaire, tout est fait pour en faciliter la dissolution d'une commune volonté, et aucune raison ne justifie plus d'entraver la décision de rompre.

111. Le divorce, une affaire privée. Si avec l'adoption de la loi de 1975 « la société reconnaît qu'il appartient désormais au couple lui-même de décider de sa réussite ou de son échec »², le divorce continue de présenter un caractère dérogatoire, un *accident de parcours*, une charte de prudence³. La loi du 26 mai 2004⁴ consacre tout naturellement en faveur des individus un réel droit au divorce, en offrant dans la continuité de la loi de 1975 aux couples un choix de divorce à la carte⁵, simplifiant et réaménageant les règles existantes⁶. La société se borne désormais à prendre acte de la volonté des époux de rompre le lien matrimonial, sans tenter d'y opposer la moindre politique de dissuasion⁷. Le passage de l'institution à l'individu est consacré.

112. Le divorce dédramatisé. Le changement opéré est tel qu'il touche la terminologie même. Les quatre cas⁸ de divorce prévus en 1975 sont maintenus, mais leur

¹ Sur cette notion, V. *infra*, n° 195 et s.

² I. THERY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, éd. Odile Jacob, La Documentation française, Paris, juin 1998, p. 31.

³ G. CORNU, « Le phénomène du divorce », in *Sociologie judiciaire du divorce*, J. HAUSER (dir. de), Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 1999, p. 10.

⁴ L. n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, *J.O.*, 27 mai 2004, p. 9319 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, J.-J. LEMOULAND (coord.), *La réforme du divorce, entre rupture et continuité*, Litec, coll. « Carré droit », 2005 ; H. FULCHIRON, « Les métamorphoses des cas de divorce », *Deffrénois*, 2004, p. 1103 ; T. GARE, « La réforme du divorce, entre innovations et droit constant (1^{ère} partie) », *RJPF*, 2004, juin, n° 6, p. 6 ; 2^{ème} partie, même revue, « Les moyens du changement », 2004, n° 7-8, p. 6 ; J.-J. LEMOULAND, « La loi du 26 mai 2004 relative au divorce », *D.*, 2004, p. 1825 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Le nouveau droit du divorce, Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 », *JCP, G*, act. 251.

⁵ V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ? », 1^{ère} partie, « Variations sur les intentions du législateur », *Rev. dr. fam.*, juin, 2004, pp. 5-7 ; 2^{ème} partie, juil.-août 2004, p. 6-11 ; 3^{ème} partie, sept., 2004, p. 7-11 ; J.-J. LEMOULAND, S. DEL ARCO, « Séparation et divorce dans la loi du 26 mai 2004 », *Rev. dr. fam.*, mars, 2005, étude n° 5, p. 7 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Le nouveau droit du divorce, aperçu rapide », *JCP, G*, 2004, act. 251.

⁶ LIENHARD, « La nouvelle procédure de divorce ; l'approche procédurale des ententes », *AJ fam.*, 2004, p. 208 ; H. POIVEY-LECLERCQ, « Pratique de la nouvelle procédure de divorce », *RJPF*, 2004, n° 12, p. 6 ; L. MINIATO, « La réforme des procédures de divorce par la loi du 26 mai 2004 et le décret du 29 octobre 2004 : le changement dans la continuité », *Rev. dr. fam.*, 2004, p. 13.

⁷ F. FERRAND, H. FULCHIRON (dir. de), *La rupture du mariage en droit comparé*, Rapport final pour la mission de recherche Droit et Justice, Centre de Droit de la Famille et Institut de droit comparé Edouard Lambert (IDCEL), oct. 2013, p. 39.

⁸ On ne parle d'ailleurs plus de « causes » du divorce mais de cas de divorces. Ceci traduit le souci de n'imputer le divorce à aucun des conjoints. V. J.M. JAQUET, « Le rôle de la cause dans le nouveau droit français du divorce », *RTD civ.*, 1984, pp. 616 et s.

appellation est modernisée¹. Une terminologie neutre est substituée à l'ancienne, dont la connotation péjorative favorisait la culpabilité et faisait rejaillir les mauvais sentiments. Le divorce pour faute demeure néanmoins inchangé². Pour permettre à la volonté des époux de déployer ses pleins effets, le divorce est *normalisé* et n'est plus présenté comme un accident de parcours. Un triple objectif est poursuivi par le législateur : simplification, pacification et accélération de la procédure de divorce. Si l'objectif de simplification passe par la mise en place de mécanismes procéduraux simplifiés, l'accord des époux lors du divorce est bienvenu car il accélère d'autant le cours de la procédure. La mise en œuvre de ces accords permet au système des passerelles de privilégier un divorce pacifique³ et rapidement prononcé. Les derniers verrous qui bridaient la liberté de divorcer des époux sont supprimés, particulièrement ceux existants dans le cadre du divorce pour rupture de la vie commune. D'un délai de séparation de six ans, le législateur n'exige plus qu'un délai de séparation de deux ans. La clause d'exceptionnelle dureté est abandonnée et l'époux à l'initiative de la rupture ne supporte plus nécessairement les frais inhérents au divorce. Une véritable souplesse permet à l'époux souhaitant divorcer de le faire sans dissuasion aucune.

113. La consécration d'un droit au divorce ? De la même manière qu'il n'existe pas un droit au mariage mais une liberté de se marier ou non, il n'existe pas de droit au divorce⁴. La loi du 26 mai 2004 ne mentionne d'ailleurs nullement l'existence d'un tel droit au profit des individus. Néanmoins, nombreux sont ceux pour qui la loi du 26 mai 2004 met en place un véritable droit au divorce⁵. Ce qui est difficilement réfutable. Si la réforme de 1975 a offert une pluralité des cas de divorce à ceux qui souhaitaient y recourir en consacrant la possibilité de divorcer de manière unilatérale, la nouvelle loi a pour objectif la simplification du divorce, en accélérant la procédure. On est bien loin de l'idée d'un divorce exceptionnel, mal nécessaire en certaines circonstances. Le principe de la

¹ Le divorce sur requête conjointe est rénové et devient l'actuel divorce par consentement mutuel, celui sur demande acceptée se transforme en divorce pour acceptation du principe de la rupture, et le divorce pour rupture de la vie commune devient divorce pour altération définitive du lien conjugal.

² Bien que cette forme de divorce décline, et ce partout en Europe fin de favoriser une rupture pacifique et un dialogue entre les époux, afin de trouver un accord. V. sur ce point l'émergence du processus de médiation, en particulier la médiation familiale, *infra* n° 91 et s.

³ Cependant, aussi louable puisse être la volonté de pacifier les divorces, un rapport sur la justice familiale faisant état de la proportion des divorces par consentement mutuel revenant devant le juge démontre bien que cet objectif est encore loin d'être atteint, le conflit familial n'ayant pas été résolu dans sa globalité. Cf. Rapp. d'information sénat n° 404, C. TASCA, M. MERCIER, *Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges*, 26 fév. 2014.

⁴ En ce sens, cf. la thèse de Monsieur M. PICHARD, *Le droit à, Étude de législation française*, Paris, Economica, coll. « Recherches juridiques », 2006, pp. 129-133, spec. n° 101 et s.

⁵ V. par ex. J.-J. LEMOULAND, qui estime « la consécration d'un véritable droit subjectif au divorce semble difficilement contestable », cf. « La loi du 26 mai 2004 relative au divorce », *art. précit.*, p. 1828. Madame V. LARRIBAU-TERNEYRE est plus nuancée : « Le mariage, toute institution soit-il, ne saurait être une prison à vie, et l'on doit avoir droit à l'erreur. Le droit au divorce reste par ailleurs un droit sous condition, contrôlé par le juge ». Cf. « La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ? », 2^{ème} partie, « Les moyens du changement », *art. précit.*, p. 7.

liberté de rupture à l'initiative d'un seul époux est confirmé et facilité par la nouvelle réforme. Cette liberté n'est certes pas absolue, mais grandement déterminante de l'issue du mariage. En témoigne la disparition de tous les garde-fous qui encadraient autrefois le divorce pour rupture de la vie commune¹, ce qui permet à un des époux d'imposer la rupture à l'autre². À tous ces égards, la loi du 26 mai 2004 constitue un aboutissement de l'entreprise modernisante et libérale de la faculté de divorcer amorcée en 1975. Elle traduit une rupture idéologique dans la manière de percevoir le mariage, appréhendé aujourd'hui à travers l'éclairage individualiste³. Pour autant de raisons, la position d'un certain nombre d'auteurs ayant évoqué l'idée d'un véritable droit au divorce, d'un « démantèlement de l'institution du mariage »⁴, mené « sans grand bruit » et modifiant « en profondeur notre droit du divorce »⁵ est à approuver. Monsieur le professeur Bernard BEIGNIER soulignait à juste titre que « la nouvelle loi est, indubitablement, la continuation de celle de 1975, mais on le sait, les vraies réformes, profondes, sont celles qui prétendent être des achèvements (...). En apparence tout demeure, en pratique tout change »⁶. Monsieur le professeur Xavier LABBEE partage ce même point de vue lorsqu'il souligne que « le passage à la contractualisation ne peut se faire brutalement (...) », et telle une prophétie, il poursuit : « nous ne serions pas étonnés vingt ans après la réforme (et à moins qu'un retour à un nouvel ordre moral, toujours possible, ne survienne) qu'un nouveau texte intervienne, qui parachève la contractualisation (...) Ce texte pourrait s'inspirer de l'idée suivante : on laisse aux époux, seuls, la question du principe du divorce, qui se règle devant l'officier d'état civil (...) cette solution aurait sans aucun doute pour effet de retirer des tribunaux une grande partie du contentieux. Elle constituerait pour l'État une économie certaine »⁷.

114. La transformation de la fonction du juge. La faveur pour les accords librement négociés entre les époux divorçant conduit à transformer la place du juge dans le contentieux du divorce. Après avoir été l'« homme-orchestre du divorce »⁸, ses décisions étant marquées par le sceau de l'autorité, le mouvement de privatisation des relations familiales « s'accompagne d'un mouvement de délégitimation » de son rôle dans la sphère

¹ L'article 266 du Code civil a néanmoins été conservé, et permet de condamner le demandeur à un divorce contentieux au paiement de dommages-intérêts à l'autre époux afin d'indemniser le préjudice lié à la dissolution du mariage, et dont les conséquences sont d'une particulière gravité.

² En ce sens, cf. Cass. civ. 1^{ère}, 15 avr. 2015, n° 13-27.898, *Rev. dr. fam.*, n° 6, 2015, comm. 114, J.-R. BINET ; même revue, n° 9, 2015, chron. V. ÉGEA.

³ F. NIBOYET, *L'ordre public matrimonial*, Paris, LGDJ, 2008, spec. n° 301, p. 166.

⁴ V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ? », *Rev. dr. fam.*, 1^{ère} partie, juin, 2004, p. 5.

⁵ J.-J. LEMOULAND, « La loi du 26 mai 2004 relative au divorce », *D.*, 2004, p. 1825.

⁶ B. BEIGNIER, « L'autre paix des familles », Repère, Dossier spécial « Réforme du divorce », *Rev. dr. fam.*, 2005, p. 1.

⁷ X. LABBEE, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?*, Presses universitaires du Septentrion, 1^{ère} éd., 1996, p. 108.

⁸ J.C. GROSLIERE, « Le juge aux affaires matrimoniales ou l'homme-orchestre du divorce », *D.*, 1976, chron. 73.

privée¹. De plus en plus, sa fonction se limite à valider ou refuser les accords négociés en vue de leur homologation. Cette nouvelle mission fait la part belle au consensualisme, en associant plus fréquemment le justiciable à la prise de décision². L'idée défendue est que la décision négociée et comprise par les justiciables est beaucoup plus acceptée lorsqu'elle émane des parties elles-mêmes. Elle favoriserait l'apaisement du conflit familial et la responsabilisation de ses acteurs. Certains ont pu voir dans cette transformation de la fonction de juger un *appauvrissement* du rôle joué par le juge, « la fonction arbitrale qui lui était traditionnellement dévolue se mue peu à peu en une fonction d'autorisation »³.

115. La déjudiciarisation discutée du divorce par consentement mutuel. Bien que la liberté individuelle ne soit pas absolue, les débats⁴ autour de la possibilité d'une déjudiciarisation du divorce pourraient y conduire. Dans le droit fil de l'objectif de pacification des ruptures⁵, une « résolution thérapeutique des contentieux familiaux »⁶ a été mise en place à la suite de la proposition n° 47 des travaux de la commission de Monsieur le professeur GUINCHARD. La convention de procédure participative⁷ permettrait d'atteindre l'objectif visé car un tel instrument offre non seulement un « cadre structuré et sécurisé de négociations des conditions futures du divorce »⁸ en renforçant la mission d'assistance et de conseil de l'avocat, tout en permettant au juge d'exercer sa fonction d'homologateur des accords préalablement négociés.

Afin de satisfaire au même objectif, les rapports de MM. DELMAS-GOYON⁹ et MARSHALL¹⁰, l'un consacré au « juge du XXI^{ème} siècle », l'autre aux « juridictions du XXI^{ème} siècle », préconisent de confier aux seul greffe le divorce par consentement mutuel,

¹ F. FERRAND, H. FULCHIRON (dir. de), *La rupture du mariage en droit comparé, rapp. précit.*, p. 40.

² V. ÉGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Paris, Defrénois, coll. « Lextenso éditions », 2010.

³ F. FERRAND, H. FULCHIRON (dir. de), *La rupture du mariage en droit comparé, rapp. précit.*, p. 41.

⁴ C. PHILIPPE, « Pour une réforme du divorce ? (1) », *AJ fam.*, 2013, p. 408.

⁵ Sur l'émergence du consensualisme et des modes alternatifs de résolution des conflits, V. *infra*, n° 165 et s.

⁶ 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. Pour une vision d'ensemble, rapp. de M. HERZOG-EVANS, « Révolutionner la pratique judiciaire. S'inspirer de l'inventivité américaine », *D.*, 2011, n° 44.

⁷ La loi n° 2010-1609 du 22 déc. 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires (dite loi « Béteille ») introduit dans le Code civil un nouveau titre relatif à la convention de procédure participative assistée par avocat aux articles 2062 à 2067. En ce sens : S. AMRANI-MEKKI, « La convention de procédure participative », *D.*, 2011, p. 3007. V. *infra*, sur l'articulation de ce nouveau mode amiable de résolution des conflits avec le processus de médiation notamment, n° 184.

⁸ N. FRICERO, « Le décret du 20 janvier 2012 : vers une résolution thérapeutique des contentieux familiaux par la procédure participative assistée par avocat », *art. précit.*, pp. 66-67.

⁹ P. DELMAS-GOYON, « Le juge du XXI^{ème} siècle », *Un citoyen acteur, une équipe de justice*, La Documentation française, 2013.

¹⁰ D. MARSHALL, *Les juridictions du XXI^{ème} siècle : une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice*, La Documentation française, 2013.

délocalisant ainsi le traitement de la rupture en présence ou non d'enfants issus du couple¹. Dans un contexte de difficultés fonctionnelles de la justice, la refonte de l'organisation judiciaire commande une modernisation selon les besoins du XXI^{ème} siècle. Cela passerait par la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel, les données statistiques² faisant état d'un net recul du divorce pour faute en faveur de cette forme de divorce. Cela allègerait d'autant la charge de travail qui incombe aux magistrats afin d'en réaliser le transfert vers un « greffier juridictionnel doté de compétences propres, notamment celle de prononcer le divorce par consentement mutuel »³. Si le but poursuivi par cette proposition s'explique par des considérations d'ordre budgétaires⁴, nécessitant l'optimisation des délais et la modernisation de l'institution judiciaire, il ne s'accommode qu'imparfaitement de l'éviction du juge de la procédure de divorce. En l'absence d'intervention judiciaire, le risque est de voir le mariage s'inspirer du modèle du Pacs en renforçant la dimension contractuelle. La logique de la privatisation du mariage aboutirait à ce que l'État abandonne définitivement la dimension institutionnelle du mariage. Si le mode de rupture traduit la conception que l'on a de l'union⁵, il va sans dire que la déjudiciarisation du divorce enlève au mariage de sa superbe, le reléguant à un simple contrat à l'instar du Pacs. Monsieur le professeur Jean HAUSER voit dans l'admission d'un divorce sans juge⁶ « le lieu symbolique de la discussion » et non dans le débat relatif à « l'admission du Pacs, ni même dans l'ouverture du mariage aux couples de même sexe qui n'ont fait que traduire une vision du contenu du couple ». Pour l'auteur, l'intervention du juge est l'élément déterminant qui permet encore d'affirmer que le mariage n'est pas seulement l'union contractuelle entre deux personnes, mais l'organisation des rapports individuels ayant une dimension sociale inégalée⁷. Admettre un divorce sans le juge signifierait « la vraie mort du mariage » car cela signifierait que « l'État se contre-fiche du mariage, homosexuel ou hétérosexuel »⁸, et que la société renonce à organiser les rapports familiaux entre individus. Dans un tel contexte, les droits de la partie la plus faible seront assurément mis à mal par l'éviction du rôle protecteur aujourd'hui par lui assumé⁹. L'avocat se retrouvera au coeur

¹ H. FULCHIRON, « Vers un divorce sans juge ? », *D.*, 2008, p. 365.

² Site du Ministère de la Justice, *Évolution statistique des mariages et des divorces*.

³ *Rap. précit.*, DELMAS-GOYON, p. 33.

⁴ M. DOUCHY-LOUDOT, « Le divorce ne serait-il que question d'argent ? », *Arch. philo. dr.*, n° 57, 2014, pp. 81-93.

⁵ J.-R. BINET, « Divorce sans juge : nouvelle tentative, nouveau débat », *Rev. dr. fam.*, n° 2, 2013, repère 2.

⁶ Mais aussi dans l'admission d'une rupture sur volonté unilatérale et la décadence de la prestation compensatoire, V. J. HAUSER, « Amour et liberté : la devise contemporaine du couple ? », *Arch. philo. dr.*, t. 57, 2014, p. 79.

⁷ C. BRENNER, « Table ronde, Les débats sur la réforme », in *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, Y. LEQUETTE, D. MAZEAUD (dir. de), Paris, éd. Panthéon-Assas, 2014, p. 114, spec. n° 16.

⁸ J. HAUSER, « Table ronde, Les débats sur la réforme », *art. précit.*, p. 116, spec. n° 22.

⁹ Encore que, pour une partie de la doctrine, un divorce par consentement mutuel sans l'intervention du juge ne ferait que traduire une réalité, selon laquelle le magistrat en charge d'apprécier la réalité du consentement des parties ne peut objectivement le faire, ce dernier n'ayant pas à connaître la cause de la rupture. *Quid* alors de l'appréciation objective et effective de la réalité des consentements des époux divorçant, qui se trouve réduit à

de ce divorce, et de lui dépendra la qualité des dossiers de désunion. C'est aussi la convention de procédure participative qui prendra probablement toute sa force et son sens¹. Pour l'heure en tous cas, l'action législative ne semble pas aller dans le sens d'une déjudiciarisation. La proposition de la commission GUINCHARD visant la suppression de la comparution unique des époux consentant au divorce² a fait l'objet d'un rejet par la Commission des lois du Sénat³. Étant une décision grave, le divorce doit être « marqué par la solennité que la présence des époux dans un palais de justice, face à un magistrat, confère à la décision judiciaire »⁴. Le juge reste donc pour le moment, le garant de la réalité et de la liberté du consentement au divorce.

En droit comparé⁵, la question d'un divorce sans juge ne convainc guère, d'autant qu'elle ne concerne qu'une minorité d'Etats européens⁶. Seule la Roumanie a procédé au transfert du prononcé des divorces du juge vers l'officier d'état civil et les notaires. Lorsque le couple n'a pas d'enfants mineurs, l'officier d'état civil peut constater le divorce. En revanche, lorsque le couple a des enfants mineurs, les époux ont l'obligation de formuler leur demande devant le notaire⁷.

son aspect le plus formel. En ce sens : F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Divorce et contrat », in *La contractualisation de la famille*, D. FENOUILLET, P. DE VAREILLES-SOMMIERES (dir. de), Paris, Economica, 2001, p. 75.

¹ M. DOUCHY-OU DOT, *Rev. procédures*, 2011, comm. 99.

² Lorsque ceux-ci n'ont pas d'enfants.

³ Rapp. Sénat, n° 394, fait au nom de la commission des lois, déposé le 30 mars 2011, p. 72.

⁴ *Rap. précit.*, p. 73.

⁵ Sur « Le divorce dans le monde », V. le dossier à l'*AJ famille*, 2015, n° 11, pp. 570-597, et n° 12, pp. 642-671.

⁶ Il s'agit de la Norvège, du Danemark, de l'Estonie et de la Lituanie, qui ont décidé de confier le prononcé du divorce à une autorité non juridictionnelle. L'Espagne leur a récemment emboîté le pas, cf. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, « Le projet de divorce notarial en Espagne », *Rev. dr. fam.*, n° 2, fév. 2015, étude 8.

⁷ Pour une approche comparée des droits européens, cf. F. FERRAND, H. FULCHIRON (dir. de), *La rupture du mariage en droit comparé*, *rapp. précit.*, spec. p. 44 et s., 69 et s.

Section 2. La lente progression vers l'égalité dans les rapports familiaux au Maroc

116. Des réformes substantielles. Depuis sa codification en 1957, la *moudawana* marocaine n'a fait l'objet d'aucune réforme. Simple compilation de droit musulman de la famille, le texte s'accommodait déjà pourtant mal des transformations de la place de la femme dans la sphère publique. Celle-ci accède désormais au salariat et aspire, lorsqu'elle travaille à l'instar de son conjoint, à une législation qui reconnaît et protège son investissement financier et moral au sein de sa famille. La valorisation démesurée de l'époux comme chef de famille, pourvoyeur aux besoins de sa femme, aboutissait bien souvent à des injustices. C'est donc le besoin de reconnaissance d'une égalité, entendue en termes d'équité qui est recherché, particulièrement lors de la dissolution du couple. C'est pourquoi le législateur marocain a tenté une réforme du droit de la famille en 1993. Extrêmement timide¹, -il s'agissait pour la première fois de toucher au domaine religieux- elle resta lettre morte. Plus conséquentes en revanche sont les réformes intervenues en ce début de siècle tant au Maroc² qu'en Algérie³. La législation tunisienne⁴ présente la particularité d'avoir opté pour une interprétation progressiste⁵ du droit dès la codification du droit de la famille en 1956. Particulièrement émancipée du donné religieux, elle interdit la polygamie et la répudiation⁶, alors que les deux autres voisins n'ont pas osé franchir les

¹ Décret royal (*dahir*) portant loi n° 1-93-347 du 1^{er} déc. 1993. Cette réforme a légèrement modifié le contentieux de la répudiation, en en transférant une partie devant l'autorité judiciaire, qui exigeait désormais une tentative de réconciliation du couple. À défaut de comparution de l'épouse, la répudiation était tout de même prononcée (art. 48 ancien) et le juge ne disposait d'aucun pouvoir pour s'y opposer.

² Promulguée par la loi n° 70/03 le 3 février 2004, *B.O.*, n° 5184 du 5 fév. 2004, p. 418. Ce Code comporte 400 articles répartis en sept livres relatifs à la famille : l'homme, la femme et l'enfant. Pour une analyse complète du nouveau texte, cf. M.-C. FOLETS, J.-Y. CARLIER, *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2005. V. aussi : F. SAREHANE, « Le nouveau code de la famille », *Gaz. Pal.*, 4 sept. 2004, pp. 2-17 ; L. BUSKENS, « Le droit de la famille au Maroc », in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, N. BERNARD-MAUGIRON, B. DUPRET (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 97-125.

³ Jusqu'en 1959, l'Algérie ne disposait pas à proprement parler de texte de droit positif régissant les relations de mariage et de divorce, la doctrine de l'époque se basant uniquement sur les règles du droit musulman. Depuis cette date là, une ordonnance relative au mariage sera adoptée n° 59-274 (*J.O.R.F* du 11 fév. 1959, p. 1860) en prévoyant que « hors le cas de décès, le mariage ne peut être dissous que par décision de justice ». Ce ne sera qu'en 1984 que l'Algérie se dotera d'un Code de la famille, dont la révision fut opérée par l'ordonnance n° 05-02 du 27 fév. 2005 (*J.O* n°15 du 27 fév. 2005, p. 17), voir en ce sens : F. LALAMI, « Les amendements au Code algérien de la famille, une réforme en trompe l'œil », *Confluences Méditerranée*, 2006, n° 59, pp. 23-30; K. SAÏDI, « La réforme du droit algérien de la famille : pérennité et innovation », *RIDC*, 2006, n° 1, p. 140.

⁴ V. M. BENJEMIA, S. BEN ACHOUR, M. BELLAMINE, « Le droit tunisien de la famille entre modernité et tradition », in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, N. BERNARD-MAUGIRON, B. DUPRET (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 162-196.

⁵ Si la Tunisie a été le premier pays musulman à avoir partiellement sécularisé son droit de la famille, la référence au droit musulman n'était pour autant pas écartée. La pratique tant administrative que judiciaire a permis la réintroduction du phénomène religieux.

⁶ La polygamie est interdite et est érigée en infraction pénale, le tuteur matrimonial a pareillement été supprimé : la femme consent elle-même à son mariage. La répudiation est par ailleurs prohibée et le divorce ne peut être que

limites posées par les textes sacrés. Les réformes intervenues au Maroc et en Algérie permettent donc une sorte de « mise à niveau » de leur législation avec celle de leur voisin.

117. L'objectif poursuivi : l'équité. Si le législateur français a été guidé lors des réformes intervenues par le principe d'égalité, ce donné n'est pas un objectif en soi pour les législateurs maghrébins. Les modifications réclamées par la société civile et portées par le législateur sont nourries par le souci de rééquilibrer les relations familiales au profit de la femme¹ tout en protégeant l'enfant. C'est pourquoi le choix du législateur s'est naturellement porté non pas sur la sphère des relations patrimoniales, à l'instar du législateur français, mais a privilégié le domaine des droits personnels (§1). Les droits patrimoniaux (§2) ont également été revisités par le législateur marocain, mais ils n'ont pas été le fer de lance de la modernisation du Code. Outre qu'inédite, cette initiative témoigne de la volonté du législateur marocain d'opter pour une nouvelle architecture des liens familiaux, équitable et moderne.

§1) Les droits interpersonnels conjugaux

118. La fin des discriminations ? La formation du mariage (A) et sa dissolution (B) étaient les deux terreaux propices aux discriminations les plus criantes entre hommes et femmes que le législateur a atténuées².

A) L'accès au mariage

119. La promotion de la femme en tant qu'épouse. Le mariage étant un acte éminemment sérieux³, le législateur marocain le place désormais sous la responsabilité conjointe des deux époux⁴. Supprimant la notion d'« homme chef de famille » auquel la femme doit « obéissance », le nouveau Code traduit sa nouvelle vision de la famille dans le texte même de la loi. Outre qu'elle renforce les droits et les obligations incombant aux femmes en valorisant leur rôle dans la cellule familiale, cette disposition met fin à l'esprit

judiciaire, donc en principe, égalitaire. La loi du 4 mars 1958 autorise l'adoption, interdite en droit musulman. Seul le droit successoral demeure inspiré du droit musulman classique.

¹ M. KACHBOUR, *Commentaire du Code de la famille, Le mariage*, t. 1, Casablanca, 3^{ème} éd., Matba'ath Annajah Al jadida, 2015, p. 153 (en langue arabe).

² Il s'agit d'une atténuation car le Maroc a émis une réserve expresse à l'article 16 de la CEDAW, mettant en place une égalité parfaite entre l'homme et la femme à tous les stades du mariage, de sa rupture, et des relations parentales. Une égalité stricte et abstraite entre l'homme et la femme, non respectueuse de la spécificité et la complémentarité des deux sexes (particulièrement dans la relation parentale) méconnaît les règles marocaines du droit de la famille reposant sur le texte religieux. Cf. M. KACHBOUR, *Commentaire du Code de la famille, Le mariage*, *op. cit.*, pp. 158-159.

³ A. KOUMDADJI, « Une approche théologique, l'Islam et la répudiation : un mode de rupture empreint de réflexion et de formalisme », *Rev. dr. fam.*, mars, 2012, pp. 18-20.

⁴ Art. 4, Code marocain de la famille (ci après CMF).

archaïque et patriarcal de l'ancienne *moudawana*. Le rôle pédagogique de la loi contribue dans ce contexte à éduquer les mentalités en vue de faire émerger un nouveau modèle de famille, dans lequel le couple œuvre conjointement dans l'intérêt de la famille.

120. L'élévation de l'âge au mariage. Si le mariage pouvait auparavant être conclu par la jeune femme dès l'âge de 15 ans, l'évolution de la condition féminine a conduit le législateur marocain, à élever l'âge au mariage¹. Il est désormais fixé pour les deux sexes à dix-huit années révolues². En revanche, cette disposition souffre d'une exception : les parents d'un(e) mineur(e) peuvent obtenir une dérogation judiciaire afin de procéder à la célébration du mariage avant l'âge légal³ lorsque l'intérêt de l'enfant le commande. Cette entorse au principe permet le maintien de pratiques qui ont libre cours dans certaines régions rurales, et dépend étroitement du pouvoir d'appréciation des juges⁴.

121. Les insuffisances de l'encadrement du mariage du mineur. Afin d'autoriser le mariage du mineur, le juge doit procéder à une expertise médicale ou à une enquête sociale afin de préserver au mieux l'intérêt de l'enfant. Ce dernier critère est le seul qui puisse justifier la dérogation légale, et doit par conséquent être appréhendé restrictivement. Or, le mutisme du code sur les circonstances pouvant conduire le juge à autoriser de tels mariages et l'absence d'âge minimal en dessous duquel il peut les consentir rendent incertaine l'effectivité de l'article 19. Le texte précise qu'aucun recours n'est possible contre la décision du juge, ce qui a pour conséquence, en cas de généralisation de ces autorisations, de porter atteinte à l'esprit de la règle de droit dont l'objet est de lutter contre la pratique des mariages précoces. Dans ce contexte, tant la pratique judiciaire que l'évaluation des statistiques révèlent que l'exception est en pratique devenue la règle⁵. Les statistiques données par la Ligue démocratique des droits des femmes, dans le rapport annuel sur l'application du droit de la famille en 2005 indiquent que sur 3730 demandes de dérogations, 3603 ont été autorisées, et 127 rejetées seulement. Dans une conférence tenue à l'occasion des dix ans du nouveau Code, Monsieur le ministre de la justice Mustapha RAMID a souligné qu'en 2004, seules 7,75% des mineurs étaient mariées, ce chiffre étant en 2013 passé à 11,47% soit une hausse de 18.341 cas en 2004 à 35.152 en 2013⁶. Le nombre de mariage des mineures a donc doublé en une décennie. La limite de l'article 16 est encore plus manifeste lorsqu'on s'intéresse à la pratique de la reconnaissance du

¹ M. KACHBOUR, *Commentaire du Code de la famille, Le mariage, op. cit.*, pp. 262-265.

² Art. 19 CMF.

³ Art. 20 CMF.

⁴ Lequel repose outre sur l'examen médical, pourra être déterminé par les allégations des parents, l'entretien du juge avec le (ou les) mineur(s), voire tout autre enquête sociale. Au titre des éléments pouvant être pris en compte par le juge, l'existence d'une grossesse (suite à une relation sexuelle par erreur ou viol) constitue généralement un motif d'autorisation. M. KACHBOUR, *Commentaire du Code de la famille, Le mariage, op. cit.*, p. 262.

⁵ M. MONJID, « Le mariage du mineur en droit marocain », *RIDC*, 2015, n° 1, pp. 207-224.

⁶ Les statistiques sont fournies par le Ministère de la Justice.

mariage¹. En pratique, il peut être recouru de manière frauduleuse à cette reconnaissance. L'association des initiatives pour la promotion des droits des femmes (IPDF-Meknès) souligne que cet article a non seulement favorisé le mariage des mineurs, mais aussi la polygamie. En effet, à l'occasion d'une action en reconnaissance de mariage, le juge n'est pas tenu d'interroger sur sa situation familiale la personne introduisant une telle demande. Le certificat de célibat² n'est pas non plus exigé, et nombre de mariages auraient été contractés durant la minorité des époux. Selon la présidente de cette association, cette situation a permis à nombre d'individus de contourner la loi et à des mineurs de contracter mariage sans autorisation, en se prévalant par la suite de l'action en reconnaissance de mariage. Selon le représentant du ministère³, les enquêtes menées ne révéleraient pas de tels cas de mariage, tandis que le récent rapport⁴ du Conseil national des droits de l'homme (CNDH) portant sur *l'État de l'égalité et de la parité au Maroc* relève expressément « qu'en dépit de l'utilisation frauduleuse des dispositions sur la période transitoire de recevabilité de l'action en reconnaissance de mariage (art. 16 du Code de la famille) visant à contourner la loi sur l'autorisation du mariage polygame et celui des mineures, le gouvernement persiste à vouloir procéder à une nouvelle prolongation de la période transitoire »⁵.

122. Quelles alternatives ? Face à un tel laxisme, une partie de la doctrine attire l'attention sur l'urgence d'un amendement législatif⁶ afin de fixer un âge minimal en dessous duquel la dérogation légale n'aurait pas vocation à s'appliquer. De la même manière, il est préconisé que tout représentant légal ou juge qui méconnaîtrait cette limitation verrait sa responsabilité –particulièrement pénale- engagée, et le mariage annulé. Or, un obstacle non des moindres se dresse quant à la possibilité de faire annuler le mariage. La capacité matrimoniale ne figure pas au nombre des règles de validité du mariage en droit musulman, lequel distingue la conclusion même du mariage de sa consommation⁷. C'est pourquoi un tel mariage, lorsqu'il est conclu, ne saurait valablement être nul ou vicié. Par conséquent, aucune sanction civile ne saurait être mise en place ce qui, selon Madame le professeur MONJID « neutralise la portée des articles 19 et 20 en les vidant de leur sens »⁸. La fidélité au droit musulman classique est ici patente et constitue une limite considérable à la pleine effectivité de la disposition. En tout état de cause, il

¹ V. *infra*, n° 395-396.

² Rapp. de TGI Lille, 16 déc. 2014, n° 13/00575, note X. LABBEE, *AJ fam.*, 2015 n° 3, p. 174.

³ *Le matin* du 5 fév. 2015, S. BENCHERKI « Des parlementaires et des ONG appellent à l'amendement de l'article 16 du Code de la famille ».

⁴ CNDH, *État de l'égalité et parité au Maroc. Préserver et rendre effectifs les finalités et objectifs constitutionnels*, 2015, disponible sur www.cndh.ma.

⁵ V. *infra*, n° 396.

⁶ M. MONJID, « Le mariage du mineur en droit marocain », *art. précit.*

⁷ Rapp. avec le mariage par étapes, cf. N. GAFSIA, *L'invention coloniale du mariage musulman : le cas tunisien*, Paris, LGDJ, coll. « Droit&Société », 2008.

⁸ M. MONJID, « Le mariage du mineur en droit marocain », *art. précit.*, p. 215.

incombe au juge, en dernier ressort, d'appliquer rigoureusement la loi. Qu'il s'agisse du mariage du mineur dans lequel l'intérêt de l'enfant doit être le seul critère de décision, ou de l'action en reconnaissance du mariage que seules des raisons impérieuses doivent avoir empêché de célébrer, le juge doit faire preuve de la plus grande prudence en privilégiant dans l'un et l'autre cas la fermeté et la rigueur dans l'application de la loi. Ce n'est qu'à cette condition que la réforme atteindra ses objectifs.

123. La représentation de la femme par son *waliy*¹. Lors de sa réforme en 2005, l'Algérie n'a pas supprimé la représentation de la future épouse². Si le législateur marocain en a fait une simple option³, laissant le choix à la femme de se faire ou non représenter⁴, le législateur algérien s'est montré inaudible aux mouvements féministes laïques qui considèrent la présence du *waliy* comme signe d'infériorité de la femme musulmane. Le droit algérien exige donc toujours sa présence⁵ lors de la conclusion du mariage. La position marocaine, qui en fait une option, témoigne bien d'une volonté politique de satisfaire tant les revendications du courant laïc que celles du courant traditionnel. Il est vrai que l'esprit occidental non éclairé sur les finalités et l'esprit même de cette institution la percevra davantage comme la manifestation éclatante d'une discrimination fondée sur le sexe, expressément prohibée par différents traités internationaux auxquels l'Algérie et le Maroc ont adhéré⁶. De plus, l'article 28 de la Constitution algérienne pose une égalité entre les citoyens devant la loi, sans discrimination aucune du fait de la naissance, de la race ou du sexe. En définitive, si l'adoption par les pays du Maghreb de principes universels visant l'égalité des citoyens émane d'une volonté non équivoque d'y adhérer, ce n'est que dans le respect de l'esprit et des objectifs qui animent les institutions familiales. À cet égard, n'étant pas une condition de validité du mariage au Maroc, la présence d'un *waliy* ne sera pas exigée lors de la conclusion du mariage. Les femmes les plus indépendantes pourront faire le choix de s'en affranchir, tandis que les plus conservatrices pourront y recourir. Ni imposé, ni supprimé, la solution médiane consiste à maintenir sa présence de façon symbolique afin de faire rejaillir l'aura profonde de la figure paternelle lors de la conclusion du mariage qui demeure, au sein de ces sociétés, une affaire de famille et non

¹ La représentation de la future épouse par le *waliy* ne trouve pas de fondement scripturaire mais constitue un concept juridique élaboré par le *fiqh*. En réalité, cette institution s'éloigne de la conception autoritaire et patriarcale qui lui a été assignée au moment de la fermeture des portes de l'*ijtihad*. Loin de se résumer à une tutelle contraignante sur la personne de la femme, l'institution du *waliy* symbolise un soutien moral et familial pour la future épouse, dont l'objectif consiste en la protection des intérêts de celle-ci, généralement par un proche familial lequel l'accompagnera et la soutiendra dans son choix. Le sens négatif qui lui est aujourd'hui assigné et combattu par les mouvements féministes laïques considère la présence du *waliy* à la conclusion du mariage comme étant un signe d'infériorité de la femme musulmane qu'il convient d'abolir.

²² Art. 33 CAF : « Le mariage est déclaré nul s'il est contracté (...) sans la présence du "*waliy*" ».

³ Art. 24 CMF.

⁴ Sur la wilaya, cf. M. KACHBOUR, *Commentaire du Code de la famille, Le mariage, op. cit.*, pp. 341-353.

⁵ La Tunisie a purement et simplement aboli cette pratique dès la codification du statut personnel en 1956.

⁶ CEDAW notamment.

un simple engagement entre deux individus. Le compromis marocain en est l'illustration topique.

B) L'accès au divorce

124. L'encadrement judiciaire de la répudiation. Au risque de ne pas aboutir, la réforme marocaine a opté pour un changement dans la continuité. Pour cela, elle s'inscrit dans un cadre strictement religieux¹ et chaque point de la réforme repose sur le verset coranique le justifiant. Il est dès lors plus aisé -regrettable ?- de comprendre que des institutions telles que la polygamie et la répudiation² n'aient pas été supprimées à l'occasion d'une réforme si importante³. Les modifications opérées par le Code marocain vont dans une seule et même orientation : la limitation et l'encadrement de ces pratiques. L'usage abusif et capricieux de la répudiation⁴ comme mode de dissolution du mariage contrevient tant à la source scripturaire laquelle recommande de n'y recourir qu'avec parcimonie, qu'à la cohésion du lien familial. Afin de mettre fin aux abus perpétrés par la répudiation, la réforme procède à sa judiciarisation. Désormais, le prononcé de la répudiation n'est plus du ressort de l'époux (lequel pouvait répudier verbalement son épouse et faire consigner cette décision auprès du juge) mais du juge, chargé d'apprécier le respect des droits de l'épouse à l'occasion de la rupture. Ce dernier constitue donc le dernier rempart face aux injustices qui peuvent résulter de l'exercice abusif de cette institution. La répudiation de droit marocain n'a donc plus le même impact qu'autrefois⁵. Bien que son esprit demeure, celle-ci change de visage en se modernisant tant par le

¹ En Islam, le divorce est « l'acte licite le plus abhorré d'*Allah* ».

² Une précision sémantique s'impose lorsque l'on parle de répudiation. Le Code marocain de la famille a opéré un changement terminologique, préférant le terme « divorce sous contrôle judiciaire » à la traditionnelle répudiation. Si le vocable rappelant cette institution a été supprimé, son esprit même subsiste puisque le terme en langue arabe désignant la répudiation est demeuré inchangé : *talaq*. Le « divorce sous contrôle judiciaire » suggère l'idée d'une désunion, soumise au contrôle de l'autorité judiciaire. Bien qu'elle puisse également être exercée par l'épouse - à la condition que l'époux le lui consente lors de la conclusion du mariage (article 89) -, un futur époux consent rarement voire quasiment jamais à l'épouse ce qui constitue pour lui un privilège : le droit de rompre discrétionnairement le lien. Autre changement terminologique, signe d'une nouvelle ère : anciennement appelé Code du statut personnel (*moudouwana*) la réforme l'intitule désormais « Code de la famille ». Celui-ci est pour la première fois dans l'histoire du Maroc soumis à la délibération d'une assemblée parlementaire et adopté par les deux chambres.

³ Lors de son discours, le Roi MOHAMED VI a déclaré qu'il ne peut, en sa qualité de Commandeur des croyants autoriser ce que Dieu a prohibé, ni interdire ce qu'il a autorisé.

⁴ Cf. M. BORRMANS, *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, Mouton, Paris-La Haye, 1977. Pour aller plus loin, N.-M. MAHIEDDIN, « La dissolution du mariage par la volonté unilatérale de l'un des époux en droit musulman et en droit algérien », *RIDC*, 2006, n 1, pp. 75-95 ; Y. LINANT DE BELLEFONDS, « La répudiation dans l'Islam d'aujourd'hui », *RIDC*, 1962, n° 3, pp. 521-548.

⁵ Le législateur algérien n'a pas modifié son dispositif en matière de dissolution du mariage. La répudiation peut encore intervenir par la volonté de l'époux », alors que l'épouse ne peut demander le divorce que dans des cas énumérés par la loi. Ce cas de figure corrobore la thèse selon laquelle le législateur algérien n'est toujours pas résigné à établir une égalité entre les époux, que ce soit au stade de la formation du mariage, que celui de sa dissolution.

processus de judiciarisation que par le changement terminologique. En effet, le vocable « répudiation » a été abandonné au profit de la nouvelle appellation « divorce sous contrôle judiciaire ».

125. Le changement dans la continuité. L'article 400 du Code marocain dispose qu' « il y aura lieu de se référer aux prescriptions du rite *malékite* et/ou aux conclusions de l'effort jurisprudentiel » en cas de silence ou d'insuffisance de la loi¹. Cette disposition, bien qu'elle incite le juge à recourir à l'effort d'interprétation, l'oblige « à avoir un système de référence qui est le droit musulman classique »². Convient-il à cet égard de rappeler que la quasi-totalité des magistrats, de sexe masculin, semblent épouser la vision patriarcale diffuse au sein de la société et qu'ils procèdent, pour la plupart, à une interprétation conforme à la lettre et non à l'esprit de la réforme³. Aussi, le véritable impact de ce nouveau mode de dissolution ne pourra être atteint qu'à la condition, ainsi que l'a souligné le roi du Maroc lui-même, à l'aune de sa mise en œuvre. La rupture avec le passé ne pourra donc être totale en pratique. Anciennes dispositions cohabitent avec les nouvelles, une sorte de justice à double vitesse, qui n'est en réalité que le reflet de la société. Pour les plus instruits et les esprits les plus rationnels, les dispositions nouvelles sont là pour servir le justiciable qui saura s'en saisir, les anciennes dispositions étant toujours en vigueur pour les autres. Par cette technique, le législateur essaie de satisfaire toutes les franges de la société en recourant à une sorte de compromis, quitte à scinder la société en deux en créant un fossé entre les classes sociales. Le maintien de la présence du *waliy* lors de la conclusion du mariage en atteste. Malgré les différentes options, le changement est réel, et se traduit par la consécration en faveur de l'épouse d'un réel droit au divorce⁴.

126. L'introduction d'une nouvelle forme de divorce : le *chiqqa* ou divorce pour discord. Le droit marocain admet, à côté du *talaq*, divorce « sous contrôle judiciaire », l'existence du *tatliq*, divorce judiciaire. Celui-ci existait déjà sous l'ancienne *moudawana*, mais son usage était exclusivement destiné à l'épouse pour certains motifs, dès lors que l'homme pouvait facilement rompre le lien conjugal sans avoir à passer par un tribunal.

¹ Cette même disposition se retrouve dans le Code algérien, l'article 222 disposant qu' « en l'absence d'une disposition dans la présente loi, il est fait référence aux dispositions de la *charia* ». Rien de tel dans la législation tunisienne, qui ne fait référence au droit musulman ni pour interpréter, ni pour combler les lacunes de la loi. Pour autant, la question de savoir si le droit musulman constitue une source du droit tunisien fait toujours débat.

² A. MOULAY R'CHID, « Le droit de la famille entre la politique de l'Etat et le changement social », in *Droit et environnement social au Maghreb*, éd. du CNRS, Paris, 1989, p. 243.

³ En matière de polygamie par exemple, le juge est tenu d'examiner la demande portée par le mari afin de convoquer en secondes noces, celles-ci devant revêtir un caractère exceptionnel. Or, à l'issue de la conférence donnée par le ministre de la justice à l'occasion des dix ans du Code, il ressort des statistiques relatives à la polygamie que si celle-ci est passée de 0,34% entre 2004 et 2011 à 0,26% entre 2012 et 2013, l'acceptation des demandes par les juges a néanmoins augmenté de 25%.

⁴ Le divorce judiciaire constitue une nouveauté introduite dans les droits positifs des pays arabes lors du mouvement de codification qui a suivi les indépendances. L'usage en était toutefois limité du fait de la large utilisation de la répudiation par les époux.

Les nouvelles dispositions¹ en élargissent donc le domaine. Le divorce judiciaire peut aujourd'hui être demandé aussi bien par l'épouse que par l'époux. Parmi les différentes causes que compte le divorce, le législateur introduit lors de la réforme la notion de *chiqaq*, traduisible par discorde. L'épouse qui a recours à cette cause de divorce² obtiendra quasi-automatiquement la dissolution de son union en apportant la preuve du caractère intolérable de la vie commune.

127. La consécration d'un droit au divorce. L'esprit de ce nouveau cas de divorce est de remédier à une crise au sein du couple. C'est pourquoi le législateur a mis en place une tentative de conciliation³. La rupture étant un mal devant demeurer exceptionnel, le tribunal prononce en tout état de cause le divorce, lorsque la tentative de conciliation n'aboutit pas et que la discorde persiste. La jurisprudence est fermement établie en ce sens⁴. À l'instar du droit français qui exige une rupture de la vie commune pendant deux ans pour recourir au divorce pour altération du lien conjugal, il suffit en droit marocain à l'époux(se) souhaitant mettre un terme à son union de rejeter la conciliation, en persistant sur sa position de *chiqaq*. C'est bien la consécration du droit au divorce⁵ en droit marocain, plus rien n'obligeant l'épouse qui souhaite mettre un terme à son union de le faire⁶. Sa

¹ Le Code marocain consacre tout un chapitre IV - Titre premier (art. 94 à 97) - à cette nouvelle forme de divorce alors que le droit algérien ne lui consacre qu'un article 53 alinéa 8.

² L'introduction de cette nouvelle forme de divorce qui permet aussi bien à l'époux qu'à l'épouse de se délier d'une union qu'ils ne souhaitent plus trouve son fondement dans la sourate 4 « les femmes », au verset 35 : « Si vous craigniez qu'il y ait discorde entre les époux, faites alors appel à deux arbitres issus l'un de la famille du mari, l'autre de la famille de l'épouse. Si les deux arbitres veulent vraiment les réconcilier, Allah les aidera dans leur tâche et fera aboutir leurs tentatives. Allah est Tout-savant et parfaitement informé ».

³ Deux en présence d'enfants.

⁴ CA Laâyoune, 21 mars 2006, dossier n° 02/2006, in *Morceaux choisis de la jurisprudence en matière d'application du Code de la famille*, Ministère de la Justice, publications de l'association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, série relative aux explications et preuves, n° 10, éd. Matba'ath Elite, Rabat, 2009, vol. I, p. 119 ; Trib. 1^{ère} inst. Semara, sect. just. fam, 23 janvier 2007, dossier n° 129/2006, in *Morceaux choisis de la jurisprudence en matière d'application du Code de la famille, op. cit.*, p. 128.

⁵ *Contra*, V. X. LABBEE, note ss CA Douai, 7^{ème} chb., sect. 1, 19 janv. 2012, n° 11/00923, *Rev. dr. fam.*, 2012, n° 7, pp. 40-41. Pour l'auteur, le droit marocain ne consacrerait pas un droit au divorce à l'instar du droit français, en raison de l'office du juge dans l'un et l'autre cas. Pour l'auteur, le juge en droit marocain a pour mission, avant de prononcer le divorce pour discorde, de réconcilier le couple, chose que ne fait aujourd'hui plus le juge français. Son rôle ne serait plus « d'essayer de raccommoder le couple déchiré ou comme on disait autrefois, de « défendre le lien ». Il est (...) « de concilier les époux tant sur le principe que sur les conséquences » ». Nous ne partageons pas ce point de vue. Un droit au divorce est bel et bien consacré en droit marocain au profit de l'épouse qui ne souhaite plus rester dans les liens du mariage, l'office du juge au sein des deux systèmes n'étant que le reflet de l'importance portée au mariage : cellule de base de la société dans un cas, simple statut de vie de couple dans l'autre. La Cour de cassation a même rappelé, sur le fondement de l'article 252 du Code civil, que les dispositions relatives à la procédure de divorce sont d'ordre public. Partant, la conciliation constitue une formalité substantielle qui ne saurait être implicite, ainsi que l'a considéré la Cour d'appel censurée. Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 16 déc. 2015, n° 14-28.296, *Rev. Lamy dr. civ.*, 2016, n° 135.

⁶ F. SAREHANE, « *Le nouveau Code marocain de la famille* », *Gaz. pal.*, sept-oct 2004, pp 2792-2805 ; K. ZAHER, « Plaidoyer pour la reconnaissance des divorces marocains. À propos de l'arrêt de la première chambre civile du 4 novembre 2009 », *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 313. Dans le cas d'une épouse persistant à rompre le lien conjugal -malgré les multiples tentatives du juge à la réconciliation et un attachement de l'époux envers son épouse- les juges ont admis à bon droit que la dislocation de la famille étant de son fait, celle-ci ne pouvait prétendre à aucune compensation du fait de la rupture, cf. Trib. 1^{ère} inst. Tétouan, 27 nov. 2006, dossier n° 858/2006/13, n° 1487.

seule insistance pour divorcer suffit à rompre le lien¹, en l'absence de faute du mari² ou de la démonstration d'un préjudice quelconque³. Néanmoins, le juge conserve un pouvoir souverain dans l'appréciation du montant devant être alloué à l'épouse en cas de rupture du mariage par le *chiquaq*. Celui-ci n'hésite pas, lorsque la rupture est de son fait, de rechercher sa responsabilité dans la dissolution du mariage afin de refuser toute compensation financière à son profit, ce que la Cour de cassation approuve⁴.

Certains auteurs n'ont pas manqué de souligner le recours fréquent à la procédure du *chiquaq*, fortement nuisible à l'esprit du Code. Les chiffres officiels témoignent de l'augmentation vertigineuse des demandes de divorces émanant de femmes en comparaison avec les demandes formulées par les époux⁵. À l'issue d'une conférence tenue à l'occasion des dix ans du nouveau Code, Monsieur le ministre de la justice Mustapha RAMID a souligné, notamment au sujet des dissolutions de mariages conclus par des mineurs, que ceux-ci sont passés de 7213 cas en 2004 à 40850 en 2013, le divorce pour discorde représentant 97% des cas, soit une hausse de 500%⁶. Si cette procédure visait initialement à mettre fin à une discorde persistante entre les époux⁷, il ressort de la pratique judiciaire⁸ qu'elle « se trouve transformée en simple procédure de divorce rapide et facile encourageant le recours excessif des citoyennes et citoyens à cette procédure. La société civile s'enorgueillit des résultats égalitaires réalisés en matière de dislocation des foyers et se soucie très peu du devenir des divorcées (particulièrement sans revenus) et de leurs enfants après cette dislocation expéditive mais très coûteuse sur tous les niveaux : social, économique, égalitaire, éducationnel, sécuritaire... ! »⁹.

128. Imprécision du contenu de la discorde. L'article 94 CMF visant le différend ne donne pas de précision sur le caractère que doit revêtir la discorde pour justifier le

¹ Trib. 1^{ère} inst. Nador, sect. just. fam., 8 février 2006, jugement n° 187, dossier n° 719/2005 ; Trib. 1^{ère} inst. Marrakech, sect. just. fam., 25 novembre 2004, jugement n° 3475, dossier n° 2114/8/2004, inédit.

² Trib. 1^{ère} inst. Oujda, sect. just. fam., 15 mars 2005, jugement n° 974, dossier n° 1362/04.

³ Il a ainsi été jugé que le défaut de preuve du préjudice ne rend pas irrecevable la demande de divorce car « sans fondement légal, un tel argument est de nature à vider le nouveau Code de la famille de sa substance et de sa philosophie visant à faciliter l'accès à la dissolution du lien conjugal aux épouses se trouvant dans l'incapacité de prouver le préjudice en raison de la gêne qu'elles éprouvent à exposer l'intimité de leurs vies privées devant les institutions judiciaires ». Trib. 1^{ère} inst. Marrakech, sect. just. fam., 3 mars 2005, jugement n° 418, dossier n° 04/8/2005 ; Trib. 1^{ère} inst. Larache, sect. just. fam., 9 janvier 2007, dossier n° 90/06/5.

⁴ Cour supr., 24 sept. 2008, dossier n° 198/2/1/2007, n° 440 ; Cour supr., 4 oct. 2011, dossier n° 285/2/1/2010, n° 534.

⁵ En 2008, le *chiquaq* représente un pourcentage de 74,68% des cas de divorce judiciaire, contre 56% en 2007.

⁶ Statistiques fournies par le ministère de la justice.

⁷ En permettant à l'épouse de ne pas se maintenir contre son gré dans les liens d'un mariage dont seul l'époux décide de l'issue.

⁸ M. BENRADI, H. ALAOUI M'CHICHI, A. OUNNIR et alii, *Le Code de la famille, perceptions et pratique judiciaire*, Fès, Friedrich Ebert Stiftung, 2007.

⁹ R. NAJI EL MEKKAOU, *La Moudawana (Code marocain de la famille), Le référentiel et le conventionnel en Harmonie, t. 3, De la Réforme de la Moudawana à la concrétisation de son âme*, Rabat, 3^{ème} éd., Bouregreg, 2009, p. 72.

prononcé du divorce. Par conséquent, il revient à la jurisprudence d'en dégager le contenu. À l'occasion d'une décision du tribunal de première instance de Marrakech, les juges considèrent que le *chiqaq* est « une situation de fait qui empêche la continuité de la relation conjugale, chaque époux étant devenu très éloigné de l'autre du fait d'un climat d'hostilité, de telle sorte que les liens d'affection en sont devenus distendus, empêchant les époux d'accomplir leurs droits et obligations réciproques »¹. La doctrine a également défini cette notion comme l'ensemble des querelles et malentendus qui éloignent les époux l'un de l'autre rendant impossible le maintien de la vie conjugale². Le caractère intolérable de la vie commune entre les époux, peu important sa cause, permet donc de faire prononcer le divorce. Une étude d'impact du Code de la famille³ a permis de dégager la tendance des magistrats à retenir une conception assez large de la discorde, permettant aux couples souhaitant mettre un terme à leur union de le faire⁴. De la même manière, toutes les fois où l'épouse se heurte à des difficultés afin de faire prononcer son divorce sur d'autres fondements -notamment lorsque l'époux s'y oppose ou l'oblige à reprendre la vie conjugale⁵ - celle-ci peut engager une demande de divorce pour *chiqaq*⁶.

129. Les innovations procédurales au service d'une justice plus efficace. Le Code marocain de la famille innove également en matière procédurale. Outre la création de sections spécialisées dans la « justice familiale » au sein des tribunaux de première instance, des règles de procédure et de délais⁷ sont prévues pour le prononcé du divorce. Les nouvelles dispositions viennent en réaction à la lenteur de la procédure, dont les victimes premières sont les épouses qui souhaitent mettre fin à leur union⁸. Le législateur a donc exigé la comparution de l'épouse⁹ avant la tentative de réconciliation, le jugement de

¹ Trib. 1^{ère} inst. Marrakech, sect. just. fam., dossier n° 3269/8/2004, 13 janvier 2005, inédit.

² M. KACHBOUR, *Commentaire du Code de la famille, la dissolution du lien conjugal*, t. II, Matba'ath al-najah al-jadida, Casablanca, 2006, p. 102.

³ M. BENRADI, H. ALAOUI M'CHICHI, A. OUNNIR et alii, *Le Code de la famille, perceptions et pratique judiciaire*, *op. cit.*

⁴ En ce sens : TPI Rabat, 17 fév. 2005, dossier n° 32/277/04 ; TPI Rabat, 31 mars 2005, dossier n° 32/422/04 ; TPI Rabat, 24 janv. 2005, dossier 32/433/04.

⁵ Pendant la période de continence en cas de divorce sous contrôle judiciaire révocable : article 124 CMF.

⁶ Les femmes n'utilisent quasiment plus les autres modes de dissolution du mariage. En 2005, le divorce pour discorde représentait 56,25% des affaires en cours devant les tribunaux et 46,09% des affaires jugées. Cf. Ministère de la justice, « Application des dispositions du code de la famille, les mesures prises, difficultés d'application et perspectives », 2006.

⁷ Le délai afin que le juge statue ne doit pas dépasser six mois et cette nouvelle mesure est applicable à tous les cas de divorce. Cf. art. 113 CMF : « À l'exception du cas d'absence, il est statué sur les actions en divorce judiciaire fondées sur l'une des causes prévues à l'article 98 ci dessus, après tentative de conciliation, dans un délai maximum de six mois, sauf circonstances particulières ».

⁸ Le plus souvent, elles doivent aussi faire face à l'esprit de vengeance de leurs maris qui, pour les empêcher de refaire leur vie, entravent le cours de la procédure en ne comparaisant pas lors de la tentative de réconciliation, en interjetant appel ou un pourvoi en cassation.

⁹ Art. 81 CMF.

divorce¹ devenant définitif en premier ressort² et tout recours contre celui-ci est irrecevable. L'exigence de comparution s'inscrit dans une optique de protection des droits de la défense. Alors que l'ancienne *moudawana* se contentait d'évoquer le rôle du juge, la réforme de 2004 lui en détaille les prérogatives et lui indique la procédure judiciaire à suivre. Il paraissait contraire à l'équité de se prononcer sur le sort d'une union à laquelle l'épouse avait expressément consenti, en son absence. À défaut de comparution, le ministère public met en demeure l'épouse qu'il sera statué sur le dossier. Le juge occupe désormais la place de partie principale dans toutes les affaires familiales³. Il est chargé de l'application de toutes les mesures coercitives prévues par la loi, et peut procéder à toute enquête jugée utile à la demande du tribunal, notamment lorsqu'un mari prétend ignorer le nouveau domicile de son épouse en vue de faire échec à sa comparution⁴.

130. Le juge conciliateur. Afin d'éviter la rupture, la recherche d'une conciliation⁵ entre les époux est l'objectif principal de l'intervention du juge. Avant de statuer, celui-ci pourra entendre tout témoin⁶, désigner deux arbitres *hakam* et un conseil de famille⁷. Tout est mis en œuvre afin d'éviter la rupture du couple, particulièrement en présence d'enfants. Dans ce dernier cas, le juge doit entreprendre une deuxième tentative de réconciliation, trente jours après la première.

131. La garantie d'un logement. La garantie d'un logement convenable⁸ pendant le délai de viduité (de trois mois) est une nouveauté introduite dans les législations marocaine et algérienne. En présence d'enfants, le texte prévoit l'obligation d'assurer un logement pour la bénéficiaire du droit de garde des enfants (prioritairement la mère) jusqu'à la majorité des enfants. La crise du logement, combinée au manque de ressources des classes les plus défavorisées ne permet pas toujours à la famille de loger une autre famille éclatée. Dans ces situations, un nombre important de femmes subissent violences et sévices. Les

¹ Article 128 CMF : les décisions de divorce « ne sont susceptibles d'aucun recours dans leur partie mettant fin aux liens conjugaux ».

² CA Marrakech, 1^{er} février 2005, dossier n° 3955/8/2004, inédit : « (...) est sans fondement juridique l'appel interjeté contre le jugement ayant prononcé le divorce pour discorde ».

³ Y. SALHI, *Le rôle du ministère public dans l'effectivité du Code de la famille*, Publications de la revue Menara pour les études juridiques et administratives, coll. « Études universitaires », 2015, n° 8 (en langue arabe).

⁴ Article 81 CMF. L'article 361 du Code pénal prévoit également des sanctions pénales en cas de fausse déclaration du mari.

⁵ Le Coran mentionne la conciliation (*ssolh*) dans sept passages, dont le verset 130 de la sourate 128 : « Quand une femme redoute l'abandon ou l'indifférence de son mari, nul grief ne leur sera fait s'ils se réconcilient, car la réconciliation est un bien (...) » ; ou dans les versets 227-228 de la sourate 2 : « Si les maris décident de répudier leurs femmes (...) les femmes répudiées attendront trois périodes avant de se remarier. Il ne leur est pas permis de cacher ce que Dieu a créé dans leurs entrailles (...) Mais si leurs maris désirent la conciliation, ils ont le droit de les reprendre durant ce temps ».

⁶ Art. 82 CMF.

⁷ Sur cette dernière institution, v. *infra*, n° 193.

⁸ À défaut, le tribunal fixe le montant des frais de logement, consigné au secrétariat-greffé du tribunal. Au TPI de Rabat par exemple, ce montant est fixé à 3000 DHS (soit environ 300 euros). *Quid* des critères qui permettent aux juges de retenir ce montant, mais surtout de la constance de ce *quantum* dans tout le Royaume ?

plus courageuses se retrouvent sans domicile suite à leur divorce. C'est pourquoi la disposition ne peut qu'être saluée. Elle rencontre cependant des limites dues au délai de trois mois –insuffisant– ainsi qu'aux moyens de l'ex époux qui doit être capable financièrement d'assurer un second logement pour son ex-épouse et son (ses) enfant(s).

132. Limites de la protection. Plusieurs questions non encore résolues mettent à mal une application effective du nouveau texte. Il en est ainsi du barème auquel doit se référer le juge en matière de pensions alimentaires¹, de l'exécution des jugements² et des nombreux cas de fraude des époux qui n'hésitent pas à dissimuler la majeure partie de leurs ressources afin de minimiser le montant de la pension. Le manque de moyens matériels³ et l'imprécision des textes conduisent à conférer au juge un large pouvoir d'appréciation⁴ –notamment dans l'appréciation de l'abus perpétré par la répudiation dans la fixation de la compensation financière– qui n'est pas toujours au service de l'esprit du nouveau texte⁵. Pour autant, certaines décisions ont pu révéler que certains juges –lorsque

¹ Difficulté néanmoins tempérée par la mise en place d'une Caisse d'entraide sociale par le *dahir* n° 191.10.1 du 13 décembre 2010, en application de l'article 16 *bis* de la loi de finances n° 09-48 pour l'année 2010. En cas de retard pris dans l'exécution du jugement, d'absence ou d'incapacité de l'époux à honorer sa dette, et lorsque l'état de besoin de la mère et des enfants est établi (art. 2 de la loi 10.41 en fixant les conditions et procédure), une telle demande doit être adressée (à l'expiration d'un délai de deux mois suivant la demande d'exécution) auprès du président du tribunal de première instance (art. 4) qui statue dans les huit jours (art. 7), sans jamais dépasser le plafond fixé (350 dhs par personne sans jamais aller au-delà de 1050 dhs par famille). Sur la mise en place de cette Caisse d'entraide, cf. M. LACHKAR, « La Caisse d'entraide sociale », in *Approche plurielle des problématiques familiales*, Z. ELAMARI (réun. et coord. par), Rabat, Publications de la revue de la justice civile, t. 2, 2015, pp. 142-168 (en langue arabe).

² Sur 48829 affaires en 2008, le nombre de jugement non exécutés était de 14287 contre 17600 en 2011 (sur 43903 affaires en cause). Cf. Statistiques du Ministère de la Justice et des libertés pour l'année 2011.

³ Sur cet aspect, V. Y. SALHI, *Le rôle du ministère public dans l'effectivité du Code de la famille*, op. cit., pp. 53-56.

⁴ Ce large pouvoir d'appréciation conféré par le législateur au juge interroge sur le référentiel sur lequel ce dernier s'appuie afin de rendre ses décisions. Si le rite *malékite* est l'école doctrinale à laquelle appartiennent les pays du Maghreb et à laquelle ils se réfèrent en cas de silence de la loi, la réforme marocaine de 2004, par le biais de l'article 400, élargit l'*ijtihad* du juge au cadre général de l'Islam – et non plus seulement de l'école malékite –, afin de concrétiser « les valeurs de l'Islam en matière de justice, d'égalité et de bons rapports de la vie commune ». Le juge pourra donc puiser dans les autres rites en cas de situation non prévue par la loi, mais il doit le faire conformément aux critères de justice, d'égalité, et de bons rapports au sein du couple tels que véhiculés par l'Islam. Cf. S. PAPI, *L'influence juridique islamique au Maghreb, Algérie, Libye, Maroc, Mauritanie, Tunisie*, Paris, l'Harmattan, 2009. V. aussi : M. DAOUALIBI, « L'influence juridique réciproque des écoles », in *Travaux de la semaine internationale de droit musulman*, Paris, 2-7 juillet 1951, Recueil Sirey, 1953, pp. 101-115. Aux côtés de cette incontestable influence islamique, il est permis de s'interroger sur la place qu'occupent les autres sources dans le raisonnement des juges, notamment les conventions internationales ratifiées ? Si la ratification est signe d'une volonté d'ouverture sur les principes universels, ceux-ci ne sauraient avoir valeur supérieure sur les principes découlant de la morale et la religion islamiques. Si certains magistrats font preuve d'ouverture d'esprit, d'autres se caractérisent par « une surabondance de motifs, donnant ainsi l'impression que les juges ne se suffisent pas de la référence aux dispositions du Code pour asseoir leurs décisions et qu'ils éprouvent le besoin d'y adjoindre d'autres références notamment à caractère religieux (...) Ce besoin de remonter aux sources est révélateur de la place prépondérante que continue d'occuper le référentiel religieux dans l'esprit de beaucoup de magistrats ». Cf. M. BENRADI, H. ALAOUI M'CHICHI, A. OUNNIR et alii, *Le Code de la famille, perceptions et pratique judiciaire*, Fès, Friedrich Ebert Stiftung, 2007, p. 269.

⁵ Sur la variabilité et la modicité des sommes allouées au titre de la pension alimentaire, Cf. TPI Salé, 29 août 2012, n° 814, dossier n° 531/12/1606. Dans ce jugement, il a été alloué une somme de 500 dhs (l'équivalent d'un peu moins de 50 euros), tandis que dans une autre décision, le juge avait alloué à l'épouse une somme de 300

le montant de la pension alimentaire au profit de l'enfant n'était pas suffisante- n'hésitaient pas à procéder à l'augmentation de la pension alimentaire¹.

Si l'on a pu dénoncer le « suivisme » législatif occidental, celui-ci contraste à n'en pas douter avec une législation marocaine qui « s'abstient » au profit d'une mission considérable de protection incombant au juge. Ceci se vérifie aussi dans le domaine des droits patrimoniaux.

§2) Les droits patrimoniaux

133. Relativité des réformes entreprises en matière patrimoniale. Si les réformes entreprises ont permis de revoir les relations patrimoniales du couple par l'introduction du contrat dans la gestion des biens acquis durant le mariage (A), le domaine successoral continue de constituer une fidèle représentation du droit musulman classique (B).

A) L'introduction du contrat dans la gestion des acquêts

134. L'ignorance par le système juridique musulman du concept de régimes matrimoniaux. Les systèmes juridiques issus du droit musulman ignorent le régime de communauté des biens entre époux et les régimes matrimoniaux de façon générale². Une telle méconnaissance s'explique en premier lieu par le droit reconnu à l'épouse de gérer ses biens en toute liberté³. En second lieu, cette méconnaissance s'explique par la reconnaissance du mariage polygamique au profit de l'homme. Pour la loi islamique, le souci de protection de la femme importait plus que l'organisation patrimoniale de la vie conjugale. Plus tard, les juristes musulmans ne se sont pas intéressés à la question, et qu'il aurait fallu doubler d'imagination pour envisager l'élaboration d'un système de communauté des biens entre un époux et ses quatre femmes. Le maintien de la polygamie au sein des Codes de la famille (exception faite de la Tunisie) ne permet pas toujours la consécration d'un tel régime de communauté, et le régime légal applicable aux époux demeure la séparation des biens⁴.

135. Sa compatibilité indiscutée avec le droit musulman. Aucune disposition coranique ou *hadith* ne fait référence ni n'interdit les régimes matrimoniaux en Islam.

dhs au titre de la pension alimentaire due à la fille du couple, 400 dhs au profit du garçon et 150 dhs au titre du loyer. Cf. TPI Salé, 18 juil. 2012, n° 1947, dossier n° 2262/11/1607.

¹ Cour supr. maroc., 18 juil. 2007, dossier n° 667/2/1/2006, n° 411.

² H. DANNOUNI, « Le régime des biens entre époux en droit algérien », *Rev. tun. dr.*, 1986, pp. 157-177.

³ À moins qu'il n'ait reçu un mandat de son épouse afin d'administrer ses biens, cf. H. AHMED, *Étude comparative du mandat en droit romain et en droit musulman*, Thèse, Paris II, 1981, p. 160.

⁴ Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé*, Paris, La Haye, t. 2, 1965, n° 790.

Cette indifférence est bien la preuve que la religion n'y est pas réfractaire. Le mariage en droit musulman étant un contrat, il est parfaitement possible pour les époux d'organiser leurs relations patrimoniales en insérant dans leur acte de mariage une clause relative aux biens. L'évolution des configurations familiales par l'entrée des femmes sur le marché de l'emploi a conduit à adapter le droit à cette réalité.

136. Un régime de séparation de biens atténué. Le Code marocain de la famille consacre le principe de la séparation des biens : Les deux époux disposent chacun d'un patrimoine propre¹. En vue d'atténuer² les méfaits de ce système, deux mesures sont prévues par l'article 49. La première mesure ménage un cadre contractuel³, indépendant de l'acte de mariage, permettant aux conjoints de convenir d'un commun accord du mode de gestion, de répartition et de fructification des biens acquis pendant le mariage⁴. Cet accord doit être consigné dans un document séparé de l'acte de mariage. Pour donner plus de force

¹ Art. 49 CMF. La loi tunisienne n° 98-91 du 9 novembre 1998 avait également introduit un régime de communauté de biens entre époux. L'article premier de la loi précise qu'il s'agit d' « un régime facultatif pour lequel les époux peuvent opter (...) ». Le régime légal demeure ainsi celui de la séparation de biens, la loi propose seulement un régime de communauté minimale réglementé dans ses différents aspects. Les époux peuvent opter pour ce régime au moment de la conclusion du mariage ou à une date ultérieure, ce qui ouvre la possibilité d'opter pour ce régime aux époux mariés avant la promulgation de la loi. Ils peuvent, d'un commun accord, changer de régime matrimonial, en optant pour un régime de communauté, ou à l'inverse y mettre fin d'un commun accord. La modification ne peut avoir lieu qu'après l'écoulement de deux ans au moins à partir de son institution, et celle-ci doit être constaté par un acte authentique. V. en ce sens : S. BOUZIR, *Le régime de la communauté des biens entre époux : étude comparative du droit français et du droit tunisien*, Thèse, Paris I, Panthéon Sorbonne, 2003. L'auteur relève le caractère sommaire de la législation tunisienne en matière de communauté (26 articles), probablement dans un souci de simplicité et d'attractivité par les nouveaux époux. Néanmoins, cette brièveté met en balance les incohérences et lacunes d'une telle législation, dont la fonction et la nature diffèrent sensiblement de la communauté de biens à la française. Si la première ressemble plus à une « société d'acquêts », c'est parce qu'elle a été établie dans un souci de protection de l'épouse et donc d'intérêts particuliers.

² M. CHAFI relevait déjà, dans sa thèse de doctorat, que les époux en droit marocain pouvaient constituer une société de personnes ou à responsabilité limitée. En effet, l'article 982 du Code des obligations et des contrats, d'inspiration française, dispose que la société « est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent en commun leurs biens ou leur travail, ou les deux à la fois, en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ». Aucune disposition n'interdit par ailleurs aux époux de recourir à une telle pratique, l'article 984 du même Code ne faisant pas allusion aux époux lorsqu'il énumère limitativement les personnes pouvant constituer une société entre elles. Ainsi, malgré leur inégalité au sein de la structure conjugale, les époux jouissaient de droits égaux qu'il leur était loisible de mettre en œuvre. Cf. M. CHAFI, *Les rapports juridiques entre époux, Étude comparative du droit français et du droit marocain*, Thèse, Paris II, pp. 302-303.

³ Sur l'importance de ce cadre lorsqu'un mariage franco-marocain a été célébré en France, sous le régime de la communauté légale, mais que la liquidation du régime matrimonial est entreprise au Maroc à la suite de l'introduction par l'épouse d'une action en divorce, cf. : Cour cass. maroc., 31 mai 2011, arrêt n° 310, dossier n° 210/1/2/431; *Rev. dr. fam.*, 2016, n° 3, alerte 22. La Cour de cassation marocaine, en application du code de la famille, rejette la demande en pourvoi de l'époux tendant au partage du patrimoine familial (commun selon les règles matrimoniales françaises, mais ne l'étant pas selon la conception séparatiste marocaine), celui-ci ayant versé à sa femme le fruit de ses économies que cette dernière avait utilisé pour acquérir des immeubles au Maroc en son seul nom. Pour la Cour de cassation, « les deux époux disposent chacun d'un patrimoine propre, les deux époux peuvent se mettre d'accord sur les conditions de fructification et de répartition des biens qu'ils auront acquis pendant leur mariage. Cet accord fait l'objet d'un document distinct de l'acte de mariage ». Or, l'époux est en l'espèce victime de son imprévoyance, en n'ayant pas envisagé contractuellement les modalités de la fructification du patrimoine familial commun.

⁴ Art. 49-2° CMF. Cet acte ne saurait en revanche être qualifié de contrat de mariage, en l'absence de dispositions claires régissant les droits et obligations de nature patrimoniale entre les époux ou vis-à-vis des tiers.

à cette mesure, le Code impose aux *adouls* d'en informer les époux lors de la conclusion du mariage¹. Cependant, l'impact des coutumes et du tabou², conjugué à l'ignorance par les femmes de leurs droits conduisent bien souvent à passer sous silence cet important aspect de leur future vie conjugale. La deuxième mesure concerne le partage des biens acquis pendant le mariage. Lorsque les parties n'ont pas fait de contrat sur les biens, le Code prévoit le recours « aux règles générales de preuve, en prenant en considération le travail de chacun des conjoints, les efforts fournis et les charges assumées pour fructifier les biens de la famille »³. Cette dernière mesure a cependant été diversement appréciée par les tribunaux. Les premières applications ont conduit les juges à attribuer à l'épouse une somme forfaitaire au lieu d'un pourcentage sur la valeur des biens acquis pendant le mariage. Certains juges ont même exclu le travail domestique de son champ d'application. Or, la raison d'être de l'article 49 CMF réside dans la recherche de l'équité au profit des femmes œuvrant au foyer⁴. Persister dans une pratique judiciaire conforme à la lettre de l'ancienne *moudouwana* contrevient à l'esprit du nouveau texte en le privant des effets qu'il est censé déployer.

137. La jouissance conjointe du logement familial. Le Code de la famille reconnaît enfin que la jouissance du domicile conjugal appartient conjointement aux deux époux. Cette disposition est bienvenue car le droit marocain n'instituait aucun régime juridique au profit du logement conjugal après le décès d'un des époux ou à l'issue d'un divorce. Le logement familial, composante de la *nafaqa* (obligation d'entretien) que le mari doit à son épouse, n'était appréhendé par les juristes qu'à travers le décès du mari⁵ ou à l'occasion d'une répudiation. Avec Monsieur le professeur CHAFI, il est déplorable que « (...) la veuve ne jouisse d'aucune protection réelle et efficace après le décès du prémourant. Elle est toujours menacée d'être expulsée du logement en deçà du terme de la retraite légale sur laquelle insistent la législation coranique, la doctrine islamique et le droit contemporain. C'est cette retraite ainsi que la grossesse qui justifient en effet le droit de la veuve au logement »⁶. Aujourd'hui, le bien assurant la vie commune

¹ Art. 49-3° CMF. En 2006, sur un échantillon de 272 989 actes de mariage, seuls 424 ont été accompagnés d'un contrat de mariage. En 2007, 900 contrats ont été conclus pour 270 660 actes de mariage.

² Madame le professeur NAJI EL MEKKAoui explique ainsi la situation : « La conclusion du pacte matrimonial et les discussions y afférentes se passent, d'habitude, dans des cérémonies solennelles et des festivités majestueuses, en la présence et sous l'œil curieux et inquisiteur de large assistance, de manière à empêcher les parties contractantes de mettre le point sur les différentes clauses du pacte et, d'autant moins, d'échanger librement et sereinement leurs points de vue sur les détails et de prévenir les éventuels désaccords dans le futur ! ». Cf. R. NAJI EL MEKKAoui, *La Moudawana (Code marocain de la famille), Le référentiel et le conventionnel en Harmonie. De la Réforme de la Moudawana à la concrétisation de son âme*, t. 3, Rabat, 3^{ème} éd., Bouregreg, 2009, p. 66.

³ Art. 49 dernier alinéa.

⁴ Pour les difficultés d'application de l'article 49 par les tribunaux, V. *Le Code de la famille, perception et pratique judiciaire*, op. cit., p. 260 s.

⁵ Afin que l'épouse observe au domicile conjugal le délai de viduité prévue de quatre mois et dix jours.

⁶ M. CHAFI, *Les rapports juridiques entre époux, Étude comparative du droit français et du droit marocain*, op. cit., p. 430.

des époux est enfin érigé en logement familial, et sa disposition relève du pouvoir de cogestion du couple. Une meilleure protection est assurée à l'épouse par la qualification de logement familial du bien. Elle est renforcée par l'intervention du ministère public¹ dans les situations d'expulsion d'un époux par l'autre. Il permet, à ce titre, la réintégration au domicile conjugal de l'époux expulsé sans raison valable et prend les mesures garantissant sa protection.

B) L'immutabilité du droit successoral

138. La pérennité du droit musulman dans le domaine successoral. Les règles relatives au droit des successions² n'ont pas été revues³ à l'occasion des réformes entreprises dans le domaine familial. La totalité des législateurs musulmans expriment leur fidélité au droit musulman classique en la matière, les règles instaurant une inégalité structurelle⁴ entre les deux sexes⁵. La règle successorale dispose qu'à égalité de degrés, une femme reçoit la moitié de la part qui revient à l'homme⁶. Attachée à la règle coranique, une partie de la doctrine⁷ rappelle la source scripturaire claire et précise au fondement de cette disposition, qui empêcherait son adaptation aux exigences modernes. Pour Monsieur le professeur KACHBOUR, la contrariété alléguée à la Constitution marocaine n'a pas lieu d'être car la loi fondamentale elle-même exclue toute remise en cause du donné religieux⁸, élément de l'identité du Royaume. Pourtant, dans son rapport sur l'*État de l'égalité et de la parité au Maroc*, le Conseil national des droits de l'homme pointe du doigt l'inégalité

¹ Article 53 CMF.

² Pour une présentation, V. F. SAREHANE, « Successions et contrats au Maroc », in *Les successions*, Travaux de l'association Henri Capitant, Bruylant, LB2V, 2012, pp. 383-388.

³ La principale justification est que la dévolution héréditaire est fixée par la loi coranique, donc ainsi voulue par Dieu. Par conséquent la volonté humaine ne peut en modifier le régime.

⁴ Si les époux héritent l'un de l'autre, leur vocation successorale varie selon que le survivant est le mari ou l'épouse. Relevant de la catégorie des héritiers *fardh*, c'est-à-dire à part fixe (en opposition avec les héritiers *aceb*, à part variable), la quote-part du conjoint variera selon l'existence ou non de descendants issus du couple. Ainsi, la moitié de l'héritage revient à l'époux si son épouse décède sans laisser de postérité. Cette part est ramenée au quart s'il est en concours avec un descendant. L'épouse hérite du quart de la succession en pleine propriété en l'absence de descendants du *de cujus*, et du huitième seulement si elle est en concours avec des descendants.

⁵ En effet, l'inégalité des parts entre le fils et la fille du défunt serait en partie justifiée par la configuration patriarcale de la famille arabe et musulmane et non pas par la nature propre de la femme. Plusieurs *hadiths* de l'époque du prophète en attestent, v. en ce sens : I. TOUALBI, *Le droit musulman : de « l'interdiction de la jurisprudence » aux tentatives de réforme*, Thèse, Paris I, 2011, spec. pp. 100-103.

⁶ La législation islamique appelle la femme à la succession soit de sa propre famille, soit de celle de son mari. L'avènement de l'Islam sur ce point est capital par rapport aux autres législations antérieures, car la femme ne fait plus elle-même partie des biens à hériter. C'est ce que le professeur MILLIOT désigne comme étant « une réforme hardie que l'on peut à bon droit considérer comme l'un des plus beaux titres de gloire de Mahomet ». Cf. L. MILLIOT, *Étude sur la condition de la femme musulmane au Maghreb*, Paris, 1912, p. 167.

⁷ M. KACHBOUR, *Commentaire du Code de la famille, Le mariage*, t. 1, Casablanca, 3^{ème} éd., Matba'ath Annajah Al jadida, 2015, p. 155 (en langue arabe).

⁸ *Ibidem.*, p. 155.

successorale comme facteur de vulnérabilité des femmes à la pauvreté et préconise une égalité successorale entre hommes et femmes. À quand donc un réel débat relatif à l'égalité successorale au Maroc ?

139. Le « legs obligatoire ». Les législateurs maghrébins ont cependant tenté de remédier à certaines situations d'iniquité favorisées par l'exclusion de la parenté par les femmes¹ et l'absence de « théorie de la représentation » en droit successoral musulman². Le Maroc introduit, à l'instar de l'Égypte en 1946, la technique dite du « legs obligatoire »³. Mixte, cette institution relève du droit des successions car elle est indépendante de la volonté du défunt et s'impose à lui. Elle présente néanmoins un caractère testamentaire car elle se limite au tiers de la succession et ne bénéficie pas à un héritier successible⁴. Son intérêt réside dans la possibilité de faire appeler une catégorie de parents à une succession dont ils sont en principe, exclus, indépendamment de l'existence d'un testament et à l'encontre même de la volonté du *de cuius*⁵. C'est notamment le cas du petit-fils dont le père est prédécédé : en l'absence de représentation. En effet, le petit-fils est en principe exclu de la succession en présence d'oncles paternels vivants au moment de l'ouverture de la succession⁶. Le legs obligatoire permet de contourner le principe, « pour remédier à certaines situations inéquitables auxquelles conduisent les règles des évictions applicables dans la classe des descendants »⁷. Sa mise en œuvre n'est cependant possible qu'au profit des petits-enfants qui se rattachent au défunt par leur père⁸, et non au profit des petits-enfants d'une fille prédécédée -parents par la mère- qui ne peuvent être appelés à la succession. Le Code marocain revient, à l'occasion de sa réforme en 2004 sur cette inégalité fondée sur le sexe. Depuis, les petits-enfants d'une fille prédécédée peuvent venir à la succession de leurs grand-père et grand-mère dans les mêmes conditions que les

¹ Le principe agnatique est la base du système successoral musulman.

² M.J. ESSAID, *Introduction à l'étude du droit*, Rabat, Fondation M.J. ESSAID pour la Réforme du droit et le développement Socio-Économique, avec le concours de la Fondation Éducation et Culture du Groupe Banque Populaire, 4^{ème} éd., 2010, pp. 120-122.

³ Le « legs obligatoire » est une technique basée sur le verset 180 de la sourate 2. Pour la plupart des écoles, cette prescription coranique a été abrogée par des versets ultérieurs, sauf pour l'école *zahirite* qui en a toujours reconnu l'existence. Les législateurs maghrébins, dans un souci d'assurer plus d'équité dans le droit successoral tout en restant fidèle au droit musulman, adopteront cette technique juridique. V. en ce sens M. CHAFI, *Les rapports juridiques entre époux, Étude comparative du droit français et du droit marocain*, op. cit., p. 353 et s.

⁴ F. SAREHANE, *Jurisclasseur dr. comparé*, fasc. 2, Maroc, n° 154.

⁵ C'est ce qui explique sans doute sa place parmi les règles de la dévolution successorale, du moins en droit marocain.

⁶ Les descendants d'un fils ou d'une fille prédécédé ou décédé en même temps que le *de cuius* sont exclus de la succession par leur oncle.

⁷ F. SAREHANE, *Jurisclasseur dr. comparé*, fasc. 2, Maroc, n° 155.

⁸ De même que pour y prétendre, le descendant ne doit pas participer à la succession du défunt (art. 371), c'est-à-dire n'être appelé à la succession à aucun titre. Le *de cuius* ne doit pas non plus avoir gratifié le prétendant du legs obligatoire d'une donation entre vifs ou d'un legs. S'il existe un testament, le montant de la libéralité ne saurait dépasser la part qu'il aurait reçue au titre du legs obligatoire. Si le montant est inférieur, il doit être complété ; s'il est supérieur, l'excédent est soumis au consentement des héritiers. Cette règle s'explique par le souci de ne pas léser les héritiers.

enfants d'un fils prédécédé¹. La même disposition intitulée « héritage par substitution » se retrouve dans les Code algérien et tunisien². Le second limite néanmoins les bénéficiaires du legs obligatoire à la première souche des descendants³, c'est-à-dire aux petits-enfants du *de cuius*, alors que le legs obligatoire joue à l'infini et sans limitation de degré en droit marocain.

¹ Si le descendant prédécédé ne laisse qu'une seule fille, celle-ci n'a droit qu'à la moitié de la part de son auteur.

² Art. 191 et 192.

³ Le legs obligatoire ne joue pas au profit des collatéraux.

Conclusion du chapitre second

140. Après avoir tenté de démontrer, dans un premier chapitre, qu'il existe une unité dans la conception occidentale et musulmane du lien matrimonial, il convenait de vérifier la réalité de cette concordance aujourd'hui. Au cours de l'étude, il est rapidement apparu que l'équilibre qui garantissait autrefois au lien familial son harmonie et sa pérennité a été rompu en Occident à partir des années 1960. La construction législative sur laquelle reposait le mariage depuis des siècles est remise en cause au nom des nouvelles exigences d'égalité, de liberté individuelle et de bonheur. La libéralisation des relations conjugales qui s'ensuit repose désormais sur l'idée nouvelle qui consiste à gommer toute trace d'inégalité entre les époux. La nouvelle architecture du lien matrimonial, consacrant une famille moderne et égalitaire, fragilise corrélativement le lien familial. Le juste équilibre entre les intérêts individuels des membres de la famille est abandonné au profit de la mise en place d'une situation librement concurrentielle entre eux, appréhendée en termes d'identité de droits. Dans ce contexte, l'admission de la pluralité des cas de divorce par la loi de 1975 consacre l'instabilité du lien matrimonial au nom de la poursuite du droit au bonheur. La volonté individuelle de chacun des époux, libre et autonome, suffit désormais à faire et à défaire le lien matrimonial, conformément à la transformation de la nature du mariage, désormais simple lien civil.

Plus tardivement dans les pays du Maghreb, une évolution similaire poussera le législateur, également épris d'égalité, à procéder à un rééquilibrage des relations conjugales au profit de l'épouse. Loin d'ouvrir une situation de libre concurrence entre les conjoints, le législateur marocain substitue au régime familial patriarcal un régime de patriarcat libéral. Le recours à la technique de l'effort jurisprudentiel de l'*ijtihad* constitue la preuve incontestable que le droit musulman est un droit vivant, reflétant les besoins de la société arabe moderne¹. À cette fin, le législateur n'a pas hésité à s'ouvrir à d'autres écoles doctrinales afin d'y puiser des solutions plus souples, sans jamais contredire les textes

¹ À ce sujet, M. TOUALBI a brillamment démontré dans sa thèse, selon la méthode historique, l'aptitude de la *charia* à évoluer pour s'adapter aux enjeux sociaux et politiques du monde contemporain¹. Son caractère flexible permet sans conteste « son aptitude naturelle à épouser les variations du temps historique »¹ administrant ainsi la preuve de son caractère pluriculturel et proprement universaliste tant au temps de la Révélation comme en celui des premiers califes de l'Islam. Celui-ci conteste l'*invariance normative* de la *charia*, telle qu'avancée par la CEDH le 31 juillet 2001, dans un arrêté rendu public en réponse à une requête qui lui était adressée par le parti turc *Refah* dissous le 16 janvier 1998 par la Cour constitutionnelle d'Ankara. Cette *invariance normative* sous tend, selon l'auteur, un discours récurrent présentant l'Islam comme une antithèse de la modernité sociale et du progrès. Comme le souligne A. GRESH, il semble désormais évident que « la situation de la femme musulmane ne découle pas du Coran, mais son oppression peut trouver alibi dans tel ou tel verset, ou dans la manière dont la tradition l'a interprété. Pour comprendre cette interaction, il faut faire un long détour par l'histoire, mais aussi par la façon dont s'est élaboré le dogme et se sont propagées les croyances ». V. I. TOUALBI, *Le droit musulman : de « l'interdiction de la jurisprudence » aux tentatives de réforme*, Thèse, Paris I, 2011, pp. 636-37.

fondamentaux¹. Dans le même sens que l'entreprise égalitaire française, le législateur marocain facilite l'accès au divorce au profit des femmes, sans toutefois aller jusqu'à la reconnaissance d'un droit absolu au divorce. La nouvelle physionomie du lien matrimonial issue de la réforme permet donc de s'éloigner de l'idée d'un droit musulman rigide et primitif tel que perçu par nombre de législations étrangères. C'est bien la preuve qu'au delà d'un présumé caractère immuable de la loi religieuse, les évolutions en la matière sont tributaires de la volonté politique.

En somme, l'évolution du droit de la famille est la même d'une part et d'autre de la Méditerranée, bien qu'elle demeure distincte sur les fondements et les objectifs qui y président.

¹ Ce qui est en parfaite conformité avec l'esprit même de l'Islam dès ses débuts. En effet, les trois premiers siècles de l'Islam témoignent d'une abondante et riche réflexion, débutée par le prophète MOHAMMED (saw), ainsi que la grande liberté accordée aux Califes qui lui succédèrent et premiers jurisconsultes afin de légiférer selon la réalité de la société arabe, à l'époque encore très changeante.

Conclusion du titre premier

141. Ce premier titre a permis de mettre en relief que le relâchement du lien familial constitue la conséquence directe d'une approche du mariage comme simple lien civil entre les conjoints. Le raisonnement du législateur en termes d'équivalence des droits a permis de souligner en premier lieu que le droit contemporain exprime une faveur de principe pour la famille égalitaire. Il convenait donc d'évaluer l'ampleur de cette tendance, et le constat est sans appel. Il est possible aujourd'hui de parler d'un véritable principe fondateur du droit de la famille, tant l'exigence d'égalité dans la famille a été le principe directeur de la réécriture des textes. À partir de l'épicentre constitué par le volet patrimonial de la famille, la tendance égalitaire se développe en faveur d'une association patrimoniale conjugale, qui contamine assez rapidement la dimension personnelle, particulièrement le droit du divorce. La vitesse de propagation des vertus du principe d'égalité témoigne bien d'une volonté législative déterminée de remodeler les relations interindividuelles sur une base parfaitement égalitaire. Or, les présents développements ont permis de révéler que la recherche d'une stricte égalité entre les conjoints ne s'adapte qu'imparfaitement au cadre familial. Celui-ci suppose une inégalité structurelle des rapports conjugaux, inhérente à la nature même de l'homme et de la femme qui assurent, chacun pour leur part, des fonctions différentes. Cette inégalité structurelle ne doit nullement s'analyser en une infériorité de la femme par rapport à l'homme, mais elle permet d'atteindre une complémentarité harmonieuse des deux sexes. La mise en place d'une égalité (qui passe par l'identité des droits) là où elle n'a pas lieu d'être¹ ne peut conduire qu'à la révolte de l'un contre l'autre² au sein de la structure familiale. C'est pourquoi nous ne pensons pas que la famille constitue le terrain privilégié à une telle entreprise. Jusque là, et malgré la généralisation de la tendance égalitaire, lien matrimonial et lien familial forment encore une seule et même paire, l'un demeurant le préalable de l'autre. Bien que des signes de distension commencent à se faire jour, le mariage et la famille ne forment plus ce « tout » unitaire et harmonieux tel que décrit, au moins dans les textes, dans notre premier chapitre, ils n'affectent pas le fondement matrimonial du lien familial.

En second lieu, a été mise en lumière une tendance grandissante pour l'autodétermination dans les relations familiales. Ce second principe directeur gouverne aujourd'hui tant le

¹ C. LABRUSSE-RIOU, « Droits de l'homme et institution des liens familiaux : une relation explosive ou pervertie ? », in *La famille, le lien et la norme*, Actes du colloque de l'Institut des Sciences de la Famille, Université Catholique de Lyon, les 10 et 11 mai 1996, Paris, l'Harmattan, 1997.

² M. DOUCHY-LOUDOT (dir. de), *La réforme du mariage. Approche critique sur les mutations familiales*, Poitiers, DMM, 2013, p. 16.

droit substantiel que le droit processuel¹ de la famille, et la volonté individuelle décide désormais seule du maintien et de la dissolution du lien matrimonial au nom du droit au bonheur². L'idée phare présidant aux nouveaux rapports familiaux ne repose plus sur la nécessité de maintenir le lien matrimonial en vue de pérenniser le lien familial, mais davantage sur l'idée de bonheur individuel au fondement de l'épanouissement familial. Ce changement de philosophie sur lequel repose désormais le droit de la famille a, sans conteste, contribué à fragiliser le lien familial.

Au Maghreb, la nécessité de modifier une législation désuète au regard de l'évolution de la société a été pensée par un législateur soucieux d'inscrire le changement dans la continuité. Une telle orientation permet une meilleure appropriation des nouvelles dispositions par la société civile et les acteurs judiciaires, en s'inscrivant dans la tradition juridique islamique. L'utilisation raisonnée du principe d'égalité dans les relations familiales doit donc être approuvée. Elle contribue à pérenniser l'idée d'un lien matrimonial, fondement du lien familial. Néanmoins, la place large qui a été faite en pratique au principe de libre rupture au profit de l'épouse fragilise le lien matrimonial. Loin d'inciter à un divorce « à tout-va », le principe d'égalité devant la rupture instauré par le législateur atteste bien, au demeurant, du fragile équilibre en matière matrimoniale. À la fragilité consubstantielle de celui-ci du fait d'une pratique autrefois excessive de la répudiation (privilège masculin), le lien matrimonial pâtirait aujourd'hui d'une libéralisation du divorce au profit des femmes, dans un contexte d'émancipation professionnelle de ces dernières. Or, c'est très justement à ce stade qu'un équilibre devrait pouvoir être trouvé, et l'indépendance financière et professionnelle de la femme ne doit pas être acquise au prix d'une instabilité du lien familial. La liberté acquise ne doit pas être comprise comme une liberté au sens individualiste du terme, mais une liberté comprise en termes de responsabilité.

Dans ce contexte, la commune évolution constatée du droit de la famille dans les deux législations soulève la question du fondement du lien familial. À l'heure où la stabilité du lien matrimonial fait défaut, un nouveau fondement doit être pensé afin d'assurer la stabilité du lien familial.

¹ V. ÉGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Paris, Defrénois, coll. « Doctorat&Notariat », 2010.

² E. DU PONTAVICE, « Droit de la famille et droit au bonheur », in *Mélanges en l'honneur de Pierre VOIRIN*, Paris, LGDJ, 1967, pp. 678-709.

Titre second. Le lien familial détaché du lien matrimonial

142. L'émergence de la coparentalité *post* divorce. L'idée fédératrice du droit de la famille depuis la loi du 4 mars 2002 est celle de coparentalité¹. Ce principe suggère l'idée exprimée dans le vocabulaire juridique CORNU d'une « organisation idéale de l'autorité parentale fondée sur le respect, en chacun des parents, de sa vocation parentale et la faveur de leur collaboration, qui se réalise plus ou moins parfaitement selon les cas, par l'exercice conjoint de l'autorité parentale chaque fois que possible »². Ce vœu, s'il poursuit un objectif louable, semble trouver une limite dans la fréquence des séparations conjugales. Or, pour être exercée en commun, l'autorité parentale commande l'union du couple conjugal. L'instabilité constatée du lien matrimonial s'accommode mal de la stabilité requise pour l'éducation d'un enfant. Le processus de déconnexion entre mariage et famille a renversé la logique d'une famille censée accueillir un enfant. Désormais, la famille permet d'élever l'enfant à deux.

143. L'enfant fondement de la famille. La nécessité de régénérer un lien aussi spécial que le lien familial a conduit à rechercher en la personne de l'enfant la stabilité requise des individus, quitte à faire de celui-ci le nouveau mythe fondateur du droit contemporain de la famille³ (**Chapitre 1**). Le mouvement qui se dessine conduit à porter l'indissolubilité initiale du mariage⁴ vers les liens qu'entretient l'enfant avec ses deux parents⁵. Dans ce contexte, l'intérêt de ce dernier devrait constituer le critère unique de prise de décision. Lorsqu'un des parents décide de « refaire sa vie », sa place doit doublement être réfléchie. Balloté entre le principe de coparentalité lors de la rupture et d'une recomposition familiale de plus en plus fréquente, l'enfant est amené à partager son quotidien avec un adulte -voire plusieurs adultes successifs - qu'il ne connaît pas mais qui

¹ C. NEIRINCK, « Parenté et parentalités, aspects juridiques », in *Lien familial, lien social*, M. DELAGE, P. PEDROT (dir. de), Grenoble, PUG, 2003, pp. 59-74.

² G. CORNU (dir. de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, Paris, 10^{ème} éd., Quadrige, 2014, p. 273.

³ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.*, 1995, pp. 249-270.

⁴ De même que les sanctions qui y étaient liées se sont déplacées de la sphère conjugale pour recouvrir leur pleine effectivité sur le terrain parental, notamment dans les relations familiales verticales. En ce sens : G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2014, spec. la deuxième partie du travail de thèse.

⁵ Ce qu'Irène THERY qualifie comme étant « une contrepartie très forte à la liberté accrue du couple : l'obligation corrélative pour chacun des deux parents de maintenir sa responsabilité à l'égard de l'enfant, et de respecter et encourager celle de l'autre ». I. THERY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Paris, éd. Odile Jacob&La Documentation française, 1998, p. 194.

sera appelé à participer, même occasionnellement, à sa prise en charge quotidienne et à son éducation. Ces nouvelles configurations alimentent la diversité des situations familiales et justifient l'attention du législateur (**Chapitre 2**). Surtout, elles corroborent l'idée que l'enfant fait la famille. Bien plus que cela, le lien de parenté qui découle en principe du rattachement de l'enfant à ses parents est, de plus en plus, valorisé dans sa dimension éducative. Cette nouvelle dimension du lien de parenté traduit l'engagement libre et volontaire d'un adulte de prendre en charge un enfant qui n'est pas sien mais avec lequel il est amené à vivre du fait de leur vie commune. À la place centrale que prend l'enfant dans l'écriture des nouveaux textes fait écho le rôle éducatif grandissant d'adultes auprès d'enfants dont ils ne sont pas parents. Il en découle un mouvement ascensionnel de la place occupée par l'enfant en droit de la famille, à tel point que la parenté -dans sa seule dimension éducative- est aujourd'hui appelée au secours d'un lien familial qui pêche par son instabilité.

Chapitre premier. Du lien familial au lien parental

144. L'objectif de maintien du lien. En instaurant le principe de coparentalité applicable à tous les enfants et dans toutes les situations, le législateur a non souhaité remédier à l'effritement du lien parental après la séparation, mais il a également veillé à mettre en place une stricte égalité parentale entre les père et la mère. Fidèle à la Recommandation (REC 2006) 19 du comité des ministres du Conseil de l'Union européenne relative aux politiques visant à soutenir une *parentalité positive*, il met en place un dispositif favorisant un exercice renforcé de la coparentalité¹ au profit des parents (**Section 1**). Aussi efficace puisse être ce dispositif, il ne peut pourtant pas nier les effets de la rupture. Conscient de cette réalité, le législateur a prévu des mesures permettant de pacifier le conflit *post-conjugal*. En cours d'édifice, la médiation familiale peut constituer un cadre *extra* judiciaire ouvert au dialogue et propice au rétablissement des liens. Lorsque l'objectif d'apaisement du conflit est atteint, une meilleure coopération peut être mise en place afin d'exercer une coparentalité réfléchie dans l'intérêt de l'enfant (**Section 2**).

¹ V. en ce sens le dossier Coparentalité à l'*AJ famille*, 2009, n° 4, pp. 148-169.

Section 1. La coparentalité renforcée au profit des parents

145. La parentalité, une situation de fait ? L'intérêt doctrinal pour la *parentalité*¹ empêche de la voir comme un simple synonyme de l'« autorité parentale ». Bien que la confusion ait été favorisée par l'identité de leur radical, les deux situations sont bien distinctes. La parentalité² renvoie à des situations factuelles calquées sur la relation parentale³ qui n'en relèvent pourtant pas, tandis que l'autorité parentale engage l'idée de parenté que le droit reconnaît. L'indétermination juridique de son contenu met en relief un aspect fuyant⁴ et protéiforme⁵, dont les contours se dessinent au gré des objectifs poursuivis. Si l'on a pu y voir l'ensemble des prérogatives parentales exercées par des tiers sur l'enfant⁶, la parentalité n'embrasse qu'un domaine étroit en comparaison avec l'autorité parentale. Ni la dimension liée à la parenté, ni celle concernant les biens ou l'intérêt de l'enfant n'y sont considérés car le tiers exerce des prérogatives *de facto*. Faute de lien juridique, le tiers et l'enfant sont des étrangers l'un à l'autre. La parentalité s'en trouve réduite à une sorte d'autorité parentale limitée à sa dimension éducative.

146. Distinction avec l'autorité parentale. L'emploi du terme parentalité pour désigner l'exercice conjoint de l'autorité parentale accentue la confusion entre les deux notions⁷ et permet de penser qu'elle constitue aujourd'hui le réel « serpent de mer » du droit civil de la famille⁸. Telle qu'abordée, cette *chose non identifiée*⁹ fait sienne la dimension personnelle mais aussi patrimoniale de la relation parentale. Or, le droit civil a

¹ D. FENOUILLET, « La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine », *Arch. philo. dr.*, Dossier « La famille en mutation », t. 57, 2014, pp. 95-122. Sur la dimension sociologique de cette notion et les dangers de son usage en droit, cf. : F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Réflexions critiques d'une juriste sur la "parentalité" », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, Dalloz-LexisNexis, 2012, pp. 41-58.

² S. BALIAN, « Néologismes législatifs pour la forme ? », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique*, Écrits en hommage à Gérard CORNU, Paris, PUF, 1994, pp. 1-7.

³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, Quadriga, 2014, p. 733.

⁴ I. THERY, *Couple, filiation, parenté, rapp. précit.*, p. 195.

⁵ Cette situation contraste avec la définition plus riche et plus large adoptée par le comité national de soutien à la parentalité lors de sa séance du 20 novembre 2011. La parentalité est ainsi définie : il s'agit de « l'ensemble des façons d'être et de vivre le fait d'être parent. C'est un processus qui conjugue les différentes dimensions de la fonction parentale, matérielle, psychologique, morale, culturelle, sociale. Elle qualifie le lien entre un adulte et un enfant, quelle que soit la structure familiale dans laquelle il s'inscrit, dans le but d'assurer le soin, le développement et l'éducation de l'enfant. Cette relation adulte/enfant suppose un ensemble de fonctions, de droits et d'obligations (morales, matérielles, juridiques, éducatives, culturelles) exercés dans l'intérêt supérieur de l'enfant en vertu d'un lien prévu par le droit (autorité parentale). Elle s'inscrit dans l'environnement géographique, social et éducatif où vivent la famille et l'enfant ».

⁶ *Ibidem.*, p. 733.

⁷ Madame le professeur FENOUILLET doute de l'existence d'une notion juridique s'agissant de la parentalité, tant il est malaisé d'en déterminer les éléments constitutifs fixes et un régime juridique précis. D. FENOUILLET, « La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine », *art. précit.*, pp. 112-113, spec. n° 34.

⁸ Pour emprunter l'expression de M.-L. CICILE-DELFOSE, « Le beau-parent, serpent de mer du droit civil de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Paris, LGDJ, 2012.

⁹ Pour reprendre l'expression utilisée par le professeur FENOUILLET, *art. précit.*, p. 98, spec. n° 7.

toujours distingué le devoir d'entretien de l'enfant de l'autorité parentale, le premier étant un effet de la seconde. C'est pourquoi le raisonnement en termes de *parentalité* est contestable, car il conduit à emprunter un raccourci en court-circuitant l'autorité parentale telle que juridiquement construite, associant l'effet au pouvoir en vue de revendiquer le statut. Cette mise à l'épreuve de la parenté aboutit à une sorte de *parentalité remontante* qui à terme, favorise la revendication d'un lien de filiation à l'égard de l'enfant¹. Perturbant le droit de la famille dans sa dimension relative aux rapports parentaux, elle se décline désormais sous toutes les occurrences : *pluriparentalité*, *monoparentalité*, *homoparentalité* et *coparentalité*.

147. Le maintien du lien parental au-delà de la séparation. Le prononcé du divorce est sans incidence sur la relation parentale². Au couple conjugal, le législateur décide de substituer le couple parental comme assise de sa politique familiale. Vœu louable, la mise en œuvre de cette politique peut buter sur plusieurs obstacles. La coparentalité au sein d'un couple vivant une rupture pacifiée n'est pas vécue de la même manière qu'un couple vivant un état de conflit grave³. Dans cette dernière situation, l'intervention du juge est nécessaire pour faire respecter la coparentalité. Tout en l'aménageant selon les besoins du couple et ce qu'exige l'intérêt de l'enfant, le juge veille à sa réalisation matérielle (§1). À l'inverse, celui-ci pourra favoriser l'entente *post* conjugale afin d'amener le couple à trouver lui-même la meilleure solution pour son enfant. Dès 1993, le législateur offre les moyens favorisant un traitement pacifié du conflit familial. Il instaure un cadre juridique à la médiation judiciaire en général, familiale en particulier (§2). Dans ce cas de figure, la coparentalité fait l'objet d'un processus réfléchi.

§1) La coparentalité imposée

148. La coparentalité imposée d'en haut. Divers instruments juridiques internationaux et régionaux rappellent le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses parents. La Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 mentionne expressément le droit de l'enfant « d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents ». Ce droit fondamental est protégé par la Convention européenne des droits de l'homme sous l'angle de l'article 8 : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale (...) ». Cette disposition garantit le droit des parents de maintenir des contacts réguliers avec leurs

¹ *Ibidem.*, p. 107, spec. n° 25.

² Et l'article 373-2 al. 1 dispose que : « La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale ».

³ C'est pourquoi il convient de s'interroger sur la portée, en droit, de l'affirmation selon laquelle la séparation des parents ne modifie pas les conditions d'exercice de l'autorité parentale. Le but est-il de promouvoir une égalité à tout prix entre les parents ? Ou est-ce l'intérêt de l'enfant et de la famille plus globalement qui justifierait la nécessité de la mesure ?

enfants. Il ne peut être restreint ou exclu que pour de sérieuses raisons et lorsque l'intérêt de l'enfant le commande. En encourageant les États à adopter des principes communs en matière de droits parentaux (A), les textes leur proposent un modèle de coparentalité commun qu'ils ont la charge de promouvoir (B).

A) Les normes internationales et régionales incitant à la coparentalité

149. La promotion du principe de coparentalité en droit international et européen. En énonçant que « les père et mère exercent en commun l'autorité parentale », l'article 372 alinéa 1 du Code civil consacre la coparentalité¹. L'exercice à égalité par les père et mère de leur autorité parentale satisfait à l'exigence posée à l'article 7 de la Convention de New York. En vertu de ce texte, l'enfant a le droit d'être élevé par ses deux parents². Lorsque l'enfant est séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux, les États parties doivent respecter l'obligation « d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs (...) sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant »³. En dépit de cette affirmation, la séparation des parents ne favorise pas l'exercice de ce droit. Consciente de cette limite, la Convention prévoit la possibilité de conserver des contacts et des relations personnelles avec le parent chez qui l'enfant ne réside pas habituellement. Elle exhorte à cette fin les États parties « à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement »⁴. Autant de dispositions constituent une déclinaison du droit au respect de la vie familiale⁵ au profit du mineur, érigé en droit fondamental que les États parties à ladite Convention doivent faire respecter.

150. Réception en droit interne. Après avoir refusé douze années⁶ durant de reconnaître un effet direct⁷ à la Convention internationale des droits de l'enfant (ci-après CIDE), la Cour de cassation⁸ affirme en 2005 l'application directe de deux de ses

¹ A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « La consécration de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002 », *Rev. dr. fam.*, 2002, étude 11 ; F. VAUVILLE, « Du principe de coparentalité », *LPA*, 18 oct. 2002, n° 209, pp. 4-11.

² G. MEUNIER, *L'application de la convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des États parties*, Paris, l'Harmattan, 2002.

³ Art. 9 de la CIDE.

⁴ Art. 18 de la convention.

⁵ A. KIMMEL-ALCOVER, « Le droit à la vie familiale à l'épreuve de la séparation », in *La convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, C. NEIRINCK, M. BRUGGEMAN (dir. de), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes&Commentaires », 2014, pp. 43-54.

⁶ Cf. arrêt *Lejeune*, cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1993 ; M.-CL. RONDEAU-RIVIER, « La Convention des Nations Unies devant la Cour de cassation : un traité mis hors jeu », *D.*, 1993, chron. LIV, p. 203 et s.

⁷ W. MASTOR, « À propos de son caractère self executing », in *La convention internationale relative aux droits de l'enfant, une convention particulière*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & Commentaires », 2014, pp. 7-13.

⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, n° 02-20.613, *Rev. dr. fam.*, 2005, comm. 156, obs. A. GOUTTENOIRE ; *RJPF*, 2005, n° 9, 31, note F. EUDIER.

dispositions : le premier se rapporte à l'intérêt supérieur de l'enfant devant constituer une considération primordiale dans toute décision le concernant (article 3-1 CIDE) ; le second lui confère le droit d'être entendu par le juge dans toute procédure qui le concerne (art. 12-2 CIDE). Malgré la reconnaissance de nombreux droits au profit des enfants, cette Convention semble toujours insuffisante¹. Le relais pris par d'autres instruments régionaux permet une meilleure protection des droits de l'enfant, tant dans l'exercice effectif des droits proclamés que l'octroi de droits procéduraux.

151. L'évolution de la CEDH vers la coparentalité. L'article 5 du Protocole n° 7 de la CEDH énonce que les époux jouissent entre eux de l'égalité des droits et des responsabilités de caractère civil. La même exigence d'égalité est de mise dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage et à sa dissolution. Dans ce contexte, la coparentalité en cas de séparation ou de divorce du couple ne suscite que peu de controverse dans les législations des États membres, qui ne distinguent ni selon le sexe des parents, ni selon les conditions de naissance de l'enfant. Pendant de nombreuses années pourtant, l'exercice conjoint de l'autorité parentale n'était pas de mise au sein des familles naturelles. Deux affaires portées devant la Commission européenne en attestent. L'une concernait le droit allemand qui ne permettait pas un tel exercice lorsque les parents n'étaient pas mariés, l'autre mettait en cause le droit danois qui n'admettait pas la coparentalité lorsque la mère s'y opposait². Dans les deux cas, la Commission a admis qu'une législation différente pouvait régir la famille légitime et la famille naturelle en prévoyant une attribution préférentielle de l'autorité parentale à la mère au regard de « la nature particulière de la famille naturelle », jugée plus précaire et moins conforme à l'intérêt de l'enfant que la famille légitime³. Le raisonnement reposait sur une sorte de présomption de capacité à être titulaire de l'autorité parentale dans le cadre du mariage, faisant défaut lorsque le couple ne l'était pas. En 2003, la Cour EDH⁴ avait se prononcer sur la conformité du droit allemand qui accordait au père légitime un droit de garde et de visite⁵ sans reconnaître le même droit au profit du père naturel⁶. La Cour conclut à la violation des articles 8 et 14 de la Convention, combinés au motif que seules de très fortes raisons -absentes en l'espèce- pouvaient conduire à une différence de traitement fondée sur

¹ V. C. NEIRINCK, M. BRUGGEMAN (dir. de), *La convention internationale relative aux droits de l'enfant, une convention particulière*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & Commentaires », 2014, spec. la seconde partie.

² Comm. eur. dr. h., 15 mars 1984, *B.R. et J. c/ Allemagne* ; Comm. eur. dr. h., 9 oct. 1989, *N. c/ Danemark*.

³ V. COUSSIRAT-COUSTERE, « La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 45-74.

⁴ CEDH, 8 juil. 2003, *Sommerfeld c/ Allemagne* ; CEDH, 8 juil. 2003, *Sahi c/ Allemagne*.

⁵ Sur ce point, la Cour européenne a estimé, à l'occasion d'un arrêt de condamnation en 2015, que les autorités allemandes n'ont pas réalisé les efforts adéquats et efficaces aux fins d'exécution d'une ordonnance fixant un droit de visite au profit du père. Il en découle la violation de l'article 8 de la CEDH, combiné à l'article 13, car le père n'a pu, en sus, bénéficier d'un recours effectif qui aurait permis d'accélérer la procédure. CEDH, 5^{ème} sect., 15 janv. 2015, n° 62198/11, *AJ fam.*, 2015, p. 101, E. VIGANOTTI.

⁶ Le père naturel avait l'obligation d'établir que sa demande servait l'intérêt de l'enfant.

la naissance hors mariage. La lourde charge probatoire imposée au père naturel révélait, selon la Cour, une présomption qui lui était défavorable. Surtout, elle conférait à l'influence exercée par la mère sur l'enfant un poids décisif. Le revirement est notable depuis l'avis de la commission en 1984.

152. Le contrôle de l'effectivité de la relation parentale par la CEDH. La question relative à la coparentalité ne s'est plus vraiment posée dès lors que la plupart des pays signataires de la Convention ont réformé leur législation sous l'influence des articles 5 et 18 de la CIDE¹, conjugués à l'article 5 du protocole n° 7 de la Convention européenne. Aujourd'hui, la Cour européenne des droits de l'homme estime que le fait pour un parent et son enfant d'être ensemble constitue un élément fondamental de la vie familiale² qui implique le droit de maintenir les liens en cas de séparation³. Plus controversées sont les questions de l'effectivité de la coparentalité suite à la rupture du couple ainsi que du droit plus général de l'enfant au maintien de ses liens personnels⁴. Si la Cour reconnaît de manière souple⁵ et évolutive le droit au respect de la vie familiale, particulièrement à l'égard des tiers entretenant des liens de parenté avec l'enfant⁶ -et ceux qui ont tissé une relation familiale de fait⁷ avec lui- la Cour veille spécialement à apprécier l'effectivité du lien familial entre les enfants et leurs parents. Une obligation positive –de moyens⁸- du respect effectif de la vie familiale⁹ est mise à la charge des États. Une jurisprudence constante permet la sanction du non-respect de cette obligation¹⁰. C'est notamment le cas

¹ Lesquels reconnaissent l'égalité parentale entre familles naturelle et légitime.

² CEDH, 24 mars 1988, *Olssen c/ Suède*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Thémis Droit », 2005, n° 43; *JDI*, 1989, 789, obs. P. TAVERNIER.

³ C'est pourquoi la décision d'éloignement d'un étranger en situation irrégulière, dans la mesure où elle entraîne une séparation des membres de la famille, porte atteinte au droit au respect à la vie familiale tel que prévu à l'article 8 de la convention, et est contraire à l'intérêt de l'enfant. En ce sens : CEDH, 31 janv. 2006, *Rodriguez Da Silva et Hoogkamer*; CEDH, 28 janv. 2011, *Nunez c/ Norvège*, *Rev. dr. fam.*, 2012, étude n° 10, obs. A. GOUTTENOIRE.

⁴ En ce sens : S. GRATALOUP, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, Paris, LGDJ, 1998.

⁵ La Cour se montre néanmoins moins exigeante quant au critère d'effectivité. V. notamment CEDH, 26 mai 1994, *Keegan c/ Irlande*, dans lequel elle reconnaît l'effectivité d'une vie familiale entre un père et son enfant dont les relations étaient limitées à une visite de ce dernier à la maternité. L'exigence d'effectivité est tempérée lorsqu'existe une volonté projetée d'avoir des relations familiales, laquelle se trouve contrariée en raison de la législation relative aux droits des étrangers : CEDH, 28 mars 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*.

⁶ Lorsqu'il s'agit des grands-parents : CEDH, 13 juil. 2004, *Pla et Puncernau c/ Andorre*. Lorsqu'il s'agit des frères et sœur de l'enfant : CEDH, 24 avr. 1996, *Boughanemi c/ France* ; CEDH, 21 oct. 2004, *I. et U. c/ Norvège*. Lorsqu'il s'agit de l'oncle de l'enfant : CEDH, 8 fév. 1994, *Boyle c/ Royaume-Uni*.

⁷ Voir notamment l'arrêt *X, Y et Z c. Royaume-Uni* du 22 avril 1997, n° 21830/93, *JCP*, G, I, 107, obs. F. SUDRE. Plus récemment, cf. CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c/ France*. Au bénéfice d'une famille d'accueil : CEDH, 27 avr. 2010, *Moretti et Benedetti c/ Italie*.

⁸ CEDH, 15 avr. 2014, *Krasicki c/ Pologne*, n° 17254/11; *AJ fam.*, 2014, p. 373, E. VIGANOTTI.

⁹ CEDH, *Zhou c/ Italie*, 21 janv. 2014, n° 33773/11.

¹⁰ CEDH, 30 juin 2005, *Bove c/ Italie* ; CEDH, 22 nov. 2005, *Reigado Ramos*; CEDH, 29 juin 2004, *Volesky c/ République tchèque* ; CEDH, 26 avr. 2007, *Patera c/ République tchèque* ; CEDH, 22 juil. 2006, *Lafargue c/ Roumanie* ; CEDH, 18 janv. 2007, *Zavrel c/ République tchèque*. Lorsque les parents vivent à l'étranger : CEDH, 28 sept. 2005, *Fourchon c/ France*. Plus récemment : CEDH, 17 déc. 2013, aff. 51930/10, *Nicolò*

lorsque la Cour condamne l'État Croate à l'occasion de l'arrêt *Ribic*¹. Le défaut d'effectivité du droit de visite du requérant avait abouti à ce que ce dernier ne voit son fils que trois fois en dix-huit ans, ce qui est constitutif d'une violation de son droit au respect de sa vie familiale. La Cour, loin de ne sanctionner que l'atteinte à la vie familiale, condamne également le défaut d'exécution² d'une décision fixant la résidence de l'enfant auprès de l'un de ses parents, ainsi que le manque de diligence des autorités lorsqu'elles n'émettent qu'une simple recommandation de traiter en priorité des procédures relatives au droit de visite. Une telle recommandation est considérée comme insuffisante à offrir au père un recours effectif en vue d'obtenir une réparation pécuniaire, mais aussi pour accélérer la procédure relative à son droit de visite³. De telles obligations positives, mises à la charge des États, favorisent la convergence des législations européennes et permettent de dessiner un modèle parental européen.

153. La Convention sur les relations personnelles de l'enfant et la notion de liens de famille. Dans le cadre de sa politique sociale et familiale, le Conseil de l'Europe développe des conventions et des recommandations émanant de l'Assemblée Parlementaire ou du Comité des Ministres. Ces recommandations incitent, elles aussi, les États membres à adopter des principes communs. Parmi les travaux touchant spécifiquement aux relations familiales, deux sont significatifs de l'attention portée à la protection des liens personnels de l'enfant⁴ et des nouvelles formes de parentalité. La Convention sur les relations personnelles concernant les enfants⁵ (de moins de 18 ans)

Santilli c/ Italie, Rev. Lamy dr. civ., 2014, n° 3. Pour la Cour, « méconnaît le droit au respect de la vie familiale l'État qui n'a pas déployé les efforts adéquats et suffisants pour faire respecter le droit de visite d'un père, alors que l'inexécution des décisions judiciaires, principalement imputable à l'attitude de la mère, a perduré plus de six ans » ; CEDH, 4^{ème} sect., 17 nov. 2015, n° 35532/12 ; *AJ fam.*, 2016, E. VIGANOTTI, p. 50. Concernant le refus de l'État suisse d'accorder l'autorisation de séjour qui aurait permis de rendre effectif le droit de visite d'une mère originaire des Philippines : CEDH, 30 juillet 2013, *Polidario c/ Suisse*, n° 33169/10.

¹ CEDH, 2 avr. 2015, n° 27148/12, *Ribic c/ Croatie*, Rev. dr. fam., 2015, J. COUARD, alerte 43. Dans le même sens : CEDH, 11 juin 2013, *Prizzia c/ Hongrie*, n° 20255/12.

² CEDH, 16 oct. 2014, *Vorzhiba c/ Russie*, n° 57960/11 ; *AJ fam.*, 2014, E. ROUILLARD, p. 696.

³ CEDH, 15 janv. 2015, *Kuppinger c/ Allemagne*, n° 62198/11 ; *AJ fam.*, 2015, E. VIGANOTTI, p. 101.

⁴ En 1984, le Comité des ministres a adopté la Recommandation n° R (84) 4 sur les responsabilités parentales. Deux idées sont sous-jacentes à cette recommandation. La première repose sur « une conception moderne selon laquelle les parents, sur un pied d'égalité entre eux et en concertation avec leurs enfants, sont investis d'une mission d'éducation, de représentation légale, d'entretien, d'administration des biens des enfants ». La seconde exprime l'idée selon laquelle il convient d' « encourager les parents à remplir leurs tâches en harmonie tout en consultant leurs enfants chaque fois que cela semble indiqué ».

⁵ Convention sur les relations personnelles concernant les enfants, 15 mai 2003, STE n° 192. Le Comité d'experts sur le droit de la famille (CJ-FA), sous l'autorité du Comité européen de coopération juridique (CDCJ) a créé en 1996 le groupe de travail sur la garde et le droit de visite (CJ-FA-GT1) afin d'améliorer le droit des enfants d'entretenir des relations personnelles et des contacts directs avec les deux parents de façon régulière. L'internationalisation constante des relations familiales en Europe a nécessité l'amélioration des mécanismes de coopération internationale en matière de droit de visite transfrontalier. C'est pourquoi, à l'issue de la troisième Conférence européenne sur le droit de la famille, tenue à Cadix du 20-22 avril 1995, celle-ci recommande au Conseil de l'Europe de procéder à un examen plus approfondi de la question. Approuvée successivement par le Comité d'experts puis le Comité européen de coopération juridique, avant d'être adoptée par le Conseil des Ministres lors de sa 110^{ème} session, la Convention élaborée par le groupe de travail est ouverte à signature le 15 mai 2003 à Strasbourg, à l'occasion de la 112^{ème} session du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.

constitue le texte le plus abouti en matière de protection des liens de l'enfant, notamment avec un tiers. L'objet de cette Convention répond à la « nécessité d'adopter de nouvelles dispositions pour préserver les relations personnelles entre les enfants et leurs parents, et les autres personnes ayant des liens de famille avec les enfants »¹ en raison de « la nécessité de promouvoir dans les États l'adoption de principes communs au sujet des relations personnelles concernant les enfants, notamment pour faciliter l'application des instruments internationaux dans ce domaine ». C'est pourquoi « un instrument international supplémentaire est nécessaire pour fournir des solutions, notamment en matière de relations personnelles transfrontières concernant les enfants ». La notion de « liens de famille », venue remplacer celle de « droit de visite à l'égard des enfants » est au coeur de la Convention. Le texte prévoit que les États sont libres d'étendre cette possibilité de préserver des relations personnelles avec l'enfant à « d'autres personnes »², c'est-à-dire à des tiers ayant avec l'enfant des liens personnels étroits sans qu'un lien de famille³ ne les lie. La notion de lien de famille est donc entendue de manière très extensive. Ces relations personnelles peuvent se matérialiser par toutes formes de communication entre l'enfant et le tiers : un simple séjour ou quelques rencontres, voire même la correspondance⁴. Ces relations personnelles doivent pouvoir faire l'objet de protection dès lors qu'elles sont dans l'intérêt de l'enfant et que les droits des parents sont respectés. Le souci de garantir un équilibre entre les droits des parents et des tiers conduit la Convention à reconnaître un « droit de demander à entretenir des relations personnelles » et non « un droit d'obtenir et d'entretenir des relations personnelles ». L'autorité judiciaire a l'obligation de s'assurer que l'enfant est consulté d'une manière appropriée à son discernement et qu'il a l'opportunité d'exprimer ses opinions⁵. Le rapport explicatif joint à la Convention précise que « les législations nationales pourraient envisager que les relations personnelles avec une personne ayant des liens de famille doivent être subordonnées au consentement de l'enfant qui possède un discernement suffisant ». Dans ce cas et si l'enfant refuse d'entretenir des relations personnelles, il est préconisé de prendre en considération ses souhaits⁶. Le rapport encourage les États à inscrire ces dispositions dans leur législation nationale, particulièrement les États dont les tribunaux ne peuvent prononcer ou exécuter une décision se rapportant aux relations personnelles de l'enfant de plus de 16 ans ou, étant plus jeune, celui-ci s'y opposerait.

¹ Préambule de la Convention, disponible sur le site du conseil de l'Europe.

² Art. 5, 2°.

³ L'idée est ainsi formulée par le préambule de ce texte : « S'accordant à reconnaître le besoin pour les enfants d'entretenir des relations personnelles non seulement avec leurs deux parents, mais aussi avec certaines autres personnes ayant des liens de famille avec les enfants, et l'importance pour les parents et ces autres personnes de rester en contact avec les enfants, sous réserve de préserver l'intérêt supérieur des enfants ».

⁴ Art. 2, a.

⁵ Art. 6.

⁶ Non seulement au moment du prononcé de la décision relative au maintien des liens personnels, mais aussi ultérieurement, au stade de l'exécution.

154. L'effectivité des dispositions. Le rapport explicatif joint à la Convention encourage les États à ne pas établir de « système de filtrage » afin de permettre aux tiers d'obtenir l'autorisation du tribunal de demander à établir des relations personnelles avec l'enfant. Pour en garantir l'effectivité, il est prévu que chaque État partie s'engage à assurer la conformité de sa législation avec les principes de la Convention et adopte les mesures nécessaires à cette fin. Enfin, il est rappelé que les États doivent encourager les parents et les tiers à privilégier les accords amiables¹ en recourant notamment à la médiation familiale² car il s'agit des *bonnes pratiques* généralement admises et appliquées à l'heure actuelle par la majorité des États, qu'un élément international soit ou non établi.

Si cette Convention n'a pas été ratifiée par la France³, la législation interne est déjà en harmonie avec la plupart des principes généraux recommandés. Le paragraphe 3 de l'article 20 de la Convention contient une référence spécifique aux règles de la Communauté et dispose que les États parties, membres de la Communauté européenne, n'appliquent dans leurs relations mutuelles la Convention que dans la mesure où il n'existerait aucune règle communautaire qui le permette⁴. Sans doute là est la raison du défaut de ratification par la France, ladite Convention n'ayant pas d'effets sur les instruments existants ou futurs en la matière⁵.

155. Les autres travaux en faveur de la coparentalité. À coté de cette Convention, la 28^{ème} Conférence des Ministres européens chargés des Affaires familiales tenue à Lisbonne le 16-17 mai 2006 portait sur le thème de l'« *Évolution de la parentalité : enfants aujourd'hui, parents demain* ». Cette Conférence a insisté sur l'importance de la parentalité et sur la nécessité de « s'assurer que les droits et intérêts de l'enfant soient protégés et promus quels que soient les liens conjugaux et les types de cohabitation ». Il y a un accord sur le fait que « la place et le rôle des beaux-parents (...) devraient être étudiés de manière plus approfondie, tant du point de vue éthique que juridique, en tenant compte des droits et obligations des parents biologiques ». Une Déclaration a été adoptée à la suite de cette conférence par les Ministres européens chargés des affaires familiales⁶.

¹ Art. 7, b de la Convention.

² Au cours des travaux préparatoires de la Convention, le Comité d'experts sur le droit de la famille (CJ-FA) et son Groupe de travail sur la garde et le droit de visite (CJ-FA-GT1) ont souligné à quel point il est important de favoriser les accords entre les parties, notamment sur les questions qui concernent les enfants. À cet effet, ils ont encouragé les États à recourir davantage à la médiation familiale, conformément aux dispositions de la Recommandation (98) 1 du Comité des Ministres aux États membres sur la médiation familiale. Les accords conclus dans le cadre d'une médiation homologués par l'autorité judiciaire compétente sont donc inclus dans la notion de « décision relative aux relations personnelles ».

³ La Convention est actuellement ratifiée par l'Albanie, la Bosnie-Herzégovine, la Croatie, le Portugal, la République Tchèque, la Roumanie, la Turquie, Saint Marin et l'Ukraine. Elle a été signée par 17 États sur 46 États membres du Conseil de l'Europe. La France n'a pas encore procédé à sa signature.

⁴ Art. 20, 3°.

⁵ Art. 20, 1°.

⁶ Conférence des ministres européens chargés des affaires familiales, *Évolution de la parentalité : enfants aujourd'hui, parents demain*, Communiqué final et déclaration politique, 28^{ème} session, 16-17 mai 2006,

Le comité d'experts sur l'enfance et la famille (CS-EF)¹ a également publié un rapport² sur la *parentalité positive*³, dont l'objet est de définir des principes généraux en matière de parentalité conçus « comme un cadre général applicable à l'exercice de la parentalité, cadre qui indique clairement les types de comportement souhaitables tout en laissant une très large latitude aux parents quant à la manière de transposer ces généralités dans la pratique »⁴. Le rapport passe en revue et analyse les principaux changements touchant la parentalité afin de repérer et développer les bonnes pratiques à suivre en matière de politique publique la favorisant. Le rapport précise que le terme de parentalité désigne « non seulement les activités des parents biologiques, mais aussi celles des personnes qui ne sont pas les parents de l'enfant mais participent à sa prise en charge et à son éducation. En un sens, les mots « parentalité » et « parents » y sont utilisés comme une sorte de raccourci englobant toutes les activités et l'ensemble des personnes liées à la prise en charge d'un enfant.

À la suite de ce travail, une Recommandation (REC 2006) 19 du Comité des ministres aux États membres relative aux *Politiques visant à soutenir une parentalité positive* a été adoptée le 13 décembre 2006. Après avoir rappelé les travaux du Conseil de l'Europe en

Lisbonne. Selon cette déclaration, « Rappelons le rôle crucial de la famille pour le maintien de la cohésion sociale, l'importance de la vie de famille et de la sauvegarde des droits au soutien des familles sous leurs différentes formes (...); Suggérons que les gouvernements répondent à leurs propres changements sociodémographiques en adaptant la législation afin de tenir compte des différents modes de vie familiaux. Malgré le fait que plusieurs mesures concrètes ont été prises dans les Etats membres, il semble encore exister un vide politique et juridique, particulièrement en raison de la progression des nouvelles formes familiales (par exemple pour ce qui est des familles monoparentales ou des obligations envers les enfants dans les familles recomposées); (...) Pensons que la parentalité, tout en restant liée à l'intimité familiale, devrait être considérée comme un domaine relevant aussi de politiques publiques et que toutes les mesures nécessaires devraient être adoptées pour soutenir la parentalité et créer les conditions nécessaires à l'exercice d'une parentalité positive/épanouie. Cette dernière est définie comme un comportement parental qui élève, renforce et fournit une structure ou un ensemble de limites permettant un développement épanoui de l'enfant (...); Soulignons le fait que ces mesures devraient se fonder sur la Convention des droits de l'enfant ainsi que sur les instruments juridiques du Conseil de l'Europe, reconnaître et respecter les parents, ou toute personne dépositaire de l'autorité parentale, comme ayant en premier lieu la garde et la charge de l'enfant, en tenant compte de l'intérêt supérieur de ce dernier, et refléter la diversité de dispositions reconnaissant que les parents, les enfants et les familles sont hétérogènes. Les mesures visant une parentalité positive devraient faire partie d'un ensemble de mesures intégrées; Considérons que ces mesures devraient avoir comme finalité des conditions de vie adéquates, notamment en matière de revenus et d'accès aux services, pour l'exercice d'une parentalité positive ».

¹ Ce comité a été établi en 2004 avec pour mission de soutenir les parents dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

² Conseil de l'Europe, *La parentalité positive dans l'Europe contemporaine : une approche positive*, éd. du Conseil de l'Europe, 2007.

³ Le rapport la définit comme suit : il s'agit des « ensembles actuels de relations et activités dans lesquelles les parents sont impliqués pour soigner et éduquer les enfants. La parentalité implique alors un ensemble de réaménagements psychiques et affectifs qui permettent à des adultes de jouer leur rôle de parents, c'est-à-dire de répondre aux besoins de leurs enfants sur les plans physique, affectif, intellectuel et social ». Celle-ci est qualifiée de *positive* car « elle s'exerce pour le bénéfice mutuel de chacun », une parentalité « qui respecte et soutient les droits de l'enfant tels qu'énoncés dans la CNUDE. A ce titre, elle est fidèle aux principes de la non-discrimination, de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes les actions le concernant, du droit de l'enfant à la survie et au développement dans toute la mesure du possible et du respect des opinions de l'enfant ». Cf. *La parentalité positive dans l'Europe contemporaine : une approche positive*, op. cit., pp. 9-11.

⁴ *La parentalité positive dans l'Europe contemporaine*, op. cit.

matière d'enfance et de famille, les textes juridiques, les recommandations¹ et sommets², le Comité des ministres recommande aux gouvernements des États membres du conseil « de reconnaître le caractère essentiel des familles et de la fonction parentale, de créer les conditions nécessaires à une parentalité positive³ qui tienne compte des droits et de l'intérêt supérieur de l'enfant ; de prendre toutes les mesures appropriées, législatives, administratives, financières et autres, conformes aux principes énoncés dans l'annexe à la présente recommandation »⁴.

Face à autant d'incitations aussi bien politiques, juridiques que judiciaires, il devient plus aisé de saisir l'ampleur du mouvement en faveur d'une coparentalité positive. Ce tour d'horizon hors du droit interne français permet de donner un éclairage aux règles mises en place en droit interne afin de promouvoir, autant que faire se peut, la parentalité.

B) L'incitation au respect d'un modèle de coparentalité

156. La convergence des deux systèmes vers une coparentalité renforcée durant l'union. Si le modèle français de coparentalité impose aux parents de remplir leur fonction parentale conjointement et à égalité durant la vie du couple comme à sa dissolution (1), la conception maghrébine de l'autorité parentale maintient un lien étroit entre coparentalité et état de mariage. Bien que la coparentalité soit encouragée durant la vie commune, les droits maghrébins de la famille témoignent d'une réelle prise en compte de la séparation parentale sur l'exercice même de la coparentalité (2).

¹ Sur les recommandations de l'assemblée parlementaire : REC 751 (1975) relative à la situation et aux responsabilités des parents dans la famille moderne et au rôle de la société à cet égard ; REC 1074 (1988) relative à la politique de la famille ; REC 1121 (1990) relative aux droits des enfants ; REC 1443 (2000) pour un respect des droits de l'enfant dans l'adoption internationale ; REC 1501 (2001) sur la responsabilité des parents et des enseignants dans l'éducation des enfants ; REC 1551 (2002) Construire au XXI^{ème} siècle une société avec et pour les enfants, (suivi de la Stratégie européenne pour les enfants (Recommandation 1286 (1996))) ; REC 1639 (2003) relative à la médiation familiale et à l'égalité des sexes ; REC 1666 (2004) Interdire le châtiment corporel des enfants en Europe ; REC 1698 (2005) relative aux droits des enfants en institution (suivi à la Recommandation 1601 (2003)) de l'Assemblée parlementaire.

² Cf. le Troisième Sommet des Chefs d'Etat et de Gouvernement du Conseil de l'Europe, tenu à Varsovie, en mai 2005, et l'engagement pris par ces derniers à se conformer pleinement aux obligations de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, à promouvoir de manière effective ces droits et à prendre des mesures spéciales pour éradiquer toutes les formes de violence à l'égard des enfants, ainsi que le programme « Construire une Europe pour et avec les enfants », lancé à Monaco, les 4 et 5 avril 2006.

³ La Recommandation définit en ces termes la parentalité positive : « celle-ci se réfère à un comportement parental fondé sur l'intérêt supérieur de l'enfant qui vise à l'élever et à le responsabiliser, qui est non violent et lui fournit reconnaissance et assistance, en établissant un ensemble de repères favorisant son plein développement ».

⁴ Recommandation REC (2006) 19 du Comité des Ministres aux États membres relative aux politiques visant à soutenir une parentalité positive, adoptée par le Comité des Ministres le 13 décembre 2006 lors de la 983^{ème} réunion des Délégués des Ministres.

1- En droit français

157. L'importance du lien dans la construction de la personnalité de l'enfant. Le besoin primordial du jeune enfant d'établir un lien stable et sécurisant a été démontré par plusieurs études au cours des dernières décennies. Cette stabilité et le sentiment de sécurité se retrouvent au premier chef auprès de la mère, mais cette place peut être tenue par le père ou un membre de la famille. La recherche en sciences humaines nous apprend que « (...) le petit enfant a besoin d'établir un lien stable de qualité et sécurisant à l'autre. C'est à partir de l'intériorisation de ces premières images d'assurance et de réassurance intérieure qu'il pourra trouver des points d'appui pour nouer avec les autres des relations intimes et sociales de qualité, dans une continuité d'être qui permet l'inscription de ces différentes personnes dans sa propre histoire »¹. En d'autres termes, l'enfant ne parviendra à construire de nouveaux liens que par un travail psychique préalable auprès de ses parents. Les liens de référence qu'il aura noué auprès d'eux lui permettront, par un processus de remaniement, de nouer des liens nouveaux². Les chercheurs en sciences humaines³ insistent sur cette capacité d'attachement des enfants dès les premières semaines de leur vie, car celle-ci se trouve diminuée après les années pré-scolaires. Ces premiers liens sont donc déterminants dans la construction de la personnalité tout au long de la vie, mais aussi dans les relations avec autrui. C'est ce que le droit traduit -maladroitement ?- juridiquement par « coparentalité » lorsqu'il prend en compte ces rapports humains. Ainsi, lorsque Madame le professeur DEKEUWER-DEFOSSEZ évoque « la force symbolique des structures juridiques », la « fonction symbolique et structurante » du droit civil de la famille ou « la force expressive du Code civil », ce sont les liens d'attachement qui structurent la personnalité de l'enfant qu'elle tente d'exprimer en termes juridiques.

158. La coparentalité, symbole ou réalité ? Le principe de coparentalité « innerve aujourd'hui le droit de l'autorité parentale »³. Présente dans le rapport remis par Madame le professeur Irène THERY en 1998⁴, la coparentalité constituait également un des fils conducteurs du rapport remis par Madame le professeur Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ. Celle-ci définit la coparentalité comme « l'idée selon laquelle il est de l'intérêt de l'enfant d'être élevé par ses deux parents, dans la famille fondée sur le mariage comme dans la famille créée hors mariage, que le couple parental soit uni ou qu'il soit désuni »⁵. Cette

¹ D. VERSINI, *L'enfant au cœur des nouvelles parentalités. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui*, Rapport annuel de la défenseure des enfants, la Documentation française, 2006, p. 14.

² B. CYRULNIK, « Attachements et interdits à l'adolescence », in *Lien familial, lien social*, M. DELAGE, P. PEDROT (dir. de), Grenoble, PUG, 2003, pp. 51-58.

³ F. VAUVILLE, « Du principe de coparentalité », *LPA*, 18 oct. 2002, n° 209, p. 4.

⁴ I. THERY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, rapp. précit.

⁵ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Paris, La Documentation française, Coll. des « rapports officiels », 1999, p. 71.

définition traduit l'idée que l'« on est parent pour toujours » quel que soit le mode d'exercice de l'autorité parentale. L'affirmation a de quoi surprendre tant elle relève de l'évidence. À partir du moment où un parent est titulaire de l'autorité parentale, il bénéficie de toutes les prérogatives liées à la fonction, peu important que celui-ci l'exerce ou pas. Si l'on ne cherche pas à vérifier la réalité de la coparentalité, pourrait-on admettre qu'elle ne relèverait que de l'ordre du symbole ? Si certains ont pu y voir un mythe davantage que la réalité¹, c'est sans doute en raison de ses limites dans nombre de situations.

159. Le rôle pédagogique de la loi. Plus intéressante est l'affirmation que la « coresponsabilité parentale est pédagogique »². Si l'on songe à une grande partie des propositions du rapport de Madame le professeur DEKEUWER-DEFOSSEZ, la tentation est grande d'opter pour ce même point de vue³. Elle y évoque notamment la « fonction symbolique et structurante » du droit civil de la famille⁴ ainsi que « la force expressive et symbolique »⁵ du Code civil. Les propos introductifs au rapport s'attachent à cette dimension symbolique, exprimée en ces termes : « Il existe une forte attente de repères qui fassent sens pour les individus, et il est nécessaire que les structures juridiques aient la force symbolique qui correspond à cette demande »⁶. Il en ressort le besoin « d'assurer la permanence des repères à travers l'énoncé d'un droit qui institue et qui ordonne la symbolique des liens et des places »⁷. Si l'énoncé symbolique⁸ du principe de coparentalité a pour but le maintien des relations personnelles de l'enfant avec chacun de ses parents, cet énoncé dans les mots de la loi vise, encore une fois, une finalité non traduisible en termes juridiques : les liens d'attachement qui structurent la personnalité de l'enfant.

160. Le renforcement du symbole dans la proposition de loi relative à l'autorité parentale. La proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant⁹ (ci-

¹ C. BRIERE, « La coparentalité : mythe ou réalité ? », *Rev. dr. san. soc.*, 2002, p. 567 ; V. aussi : F. BOULANGER, « Modernisation ou utopie ? : la réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002 », *D.*, 2002, p. 1571.

² F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *Rev. trim. dr. civ.*, 1995, p. 249. Sur la loi pédagogue, cf. J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, 10^{ème} éd., LGDJ, 2001, spec. p. 155 et s.

³ Entre autres propositions, « valoriser l'autorité parentale, passe, symboliquement, par la réaffirmation de l'importance de la fonction parentale », p. 73, ou que nul ne peut faire obstacle à l'exercice par les parents de leurs droits et devoirs, à *inscrire de façon symbolique en tête des dispositions relatives à l'autorité parentale*.

⁴ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, rapp. précit.*, p. 13-15.

⁵ *Ibidem.*, p. 13.

⁶ *Ibidem.*, p. 12.

⁷ *Ibidem.*, p. 15.

⁸ G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, « De l'emploi symbolique du droit », in *L'architecture du droit*, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel TROPER, Paris, Economica, 2006, pp. 441-451.

⁹ Proposition de loi n° 1856 déposée par plusieurs députés de la majorité à l'assemblée nationale, adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 27 juin 2014, puis transmise le même jour au Sénat. Cette proposition de loi n'a toujours pas été adoptée, en raison tant de la multiplication des projets en matière familiale que de leur inaboutissement. La proposition de loi APIE prendra néanmoins une place significative dans les développements à suivre.

après APIE) prévoit, en vue de renforcer le symbole, de compléter l'article 372 du Code civil¹ par le rappel que les parents « s'informent réciproquement de l'organisation de la vie de l'enfant et prennent ensemble les décisions qui le concernent ». Le rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi précise que « cette règle correspond à l'état actuel du droit en vigueur, mais constitue une clarification nécessaire (...) ». Le groupe de travail présidé par Monsieur le président JUSTON préconisait déjà dans son rapport *Médiation familiale et contrats de coparentalité* de définir dans le Code civil l'exercice conjoint par les parents de leur autorité parentale². La modification projetée de l'article 372 du Code civil découle donc directement de cette proposition. Une partie de la doctrine émet des réserves quant à l'opportunité de clarification³ d'une disposition qui l'est suffisamment déjà. De l'avis de Monsieur le professeur ÉGEA, celle-ci ne soulève guère de difficultés sur son fondement ni sur les modalités de sa mise en œuvre. Si la modification projetée de l'article 372 relève de l'évidence -l'organisation de la vie de l'enfant supposant une communication des parents entre eux- son inscription même dans la loi lui confère une valeur hautement symbolique et la force pédagogique nécessaire à l'éducation des esprits. Madame le professeur FENOUILLET corrobore cette idée lorsqu'elle affirme que « le droit assure une fonction symbolique en agissant dans l'ordre psychologique individuel et dans l'ordre sociologique.

161. Légiférer « à mots ouverts ». Les normes juridiques « ont une fonction normative (« orienter les comportements humains ») qui s'appuie sur une fonction expressive (« dire les choses “bonnes” dans l'ordre social) »⁴. À cet égard, Gérard CORNU considèrerait le langage du législateur comme déterminant du choix de la législation. Ce choix permet l'expression de la règle de droit et correspond à un « parti législatif fondé sur un parti linguistique »⁵ pour lequel le législateur manifeste sa préférence. Favoriser l'abstraction en privilégiant les « mots ouverts (...) paraît essentiel (afin) de ne pas figer l'application de la règle de droit, en bloquant par avance une évolution que le législateur d'une époque a pu ne pas prévoir ou ne pas appréhender : intérêt de l'enfant, intérêt de la famille (...) »⁶. La souplesse et le caractère évolutif de la norme correspondent néanmoins à une façon de légiférer qui n'est pas neutre. Ce procédé traduit une conception de la loi

¹ L'article 372 du Code civil pose le principe général de l'exercice de l'autorité parentale par les père et mère.

² La proposition n° 18 du rapport définit en ces termes l'exercice conjoint de l'autorité parentale : « Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale. Les parents prennent donc ensemble les décisions concernant l'enfant, notamment les décisions importantes relatives à sa santé, sa scolarité, son éducation religieuse et culturelle et son changement de résidence, Ils s'informent réciproquement, dans le souci d'une indispensable communication entre parents sur l'organisation de la vie de l'enfant ».

³ V. ÉGEA, « L'autorité parentale, bientôt réformée ? », *Rev. dr. fam.*, 2014, n° 5, alerte 20.

⁴ D. FENOUILLET, « La parentalité, nouveau paradigme du droit de la famille », *art. précit.*, p. 113, spec. n° 35.

⁵ G. CORNU, « Le langage du législateur », in *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, 1^{ère} éd., PUF, coll. « Doctrine juridique », 1998, p. 290.

⁶ *Ibidem.*, p. 290.

reposant sur le concours du juge¹. À ce dernier revient la charge de déterminer les circonstances de faits spécifiques à chaque situation en vue de favoriser la meilleure solution. Pour l'auteur, « ce parti linguistique est typiquement l'instrument d'une politique législative de délégation au juge, le législateur ayant résolu de créer un vide dans son texte (une lacune *intra legem*) pour laisser au juge et à l'avenir le soin de la remplir »². Cette manière de légiférer n'est pas à l'abri de critiques³. La précision juridique classique laisse la place à un effritement de la qualité normative de la loi⁴, l'excès de symbolisme pouvant générer des « effets pervers »⁵ qu'il importe de signaler.

162. Les variations de l'énoncé législatif. Après l'art législatif « ouvert à l'évolution », le législateur peut capter la puissance d'un mot⁶ pour en faire une directive législative. Ce pouvoir de nommer les choses est particulièrement puissant lorsqu'un changement se profile et qu'il constitue le support nécessaire de l'évolution législative⁷. Il suffit de songer à la transmutation⁸ de la puissance paternelle par le concept plus moderne d'autorité parentale, devenue autorité parentale « conjointe », puis « responsabilité parentale » avant d'aboutir au concept *post moderne* de « coparentalité »⁹. L'évolution linguistique traduit un changement dans la conception que se fait le législateur de l'autorité parentale. Le *nominalisme législatif*¹⁰ permet à l'idée exprimée d'être portée par le changement terminologique. On compte plusieurs formes de nominalismes : humanitaire, il intervient pour *civiliser* le droit et rejeter les éléments humiliants ou irritants¹¹ dans les mots de la loi, évitant de mettre « la tache d'un mot sur le front d'un innocent »¹² (cas de

¹ V. *infra*, sur l'utilisation de la notion de l'intérêt de l'enfant comme outil judiciaire, n° 212 et s.

² G. CORNU, « Le langage du législateur », *art. précit.*, p. 291.

³ V. notamment : P. PEDROT, « Les jeux de mots en droit des personnes et de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire NEIRINCK*, Paris, LexisNexis, 2015, pp. 15-21. V. aussi C. LABRUSSE-RIOU, qui considère les termes de « direction et signification » liés en droit, bien que la prétention positiviste à la neutralité soit en partie aujourd'hui refoulée. Cf. C. LABRUSSE-RIOU, « Propos conclusifs. Les procréations médicalement assistées, lieu de confrontation du réel et de l'imaginaire », *Arch. philo. dr.*, 2014, t. 57, p. 489.

⁴ Cf. O. DUFOUR, « Il faut combattre l'intempérance législative », *LPA*, 22 mars 2006, p. 4.

⁵ P. MALAURIE, « L'effet pervers des lois », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique*, Écrits en hommage à Gérard CORNU, Paris, PUF, 1994, pp. 309-316.

⁶ L. LEVENEUR, « Le choix des mots en droit des personnes et de la famille », in *Les mots de la loi*, N. MOLFESSIS (dir. de), Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 1999, pp. 11-29.

⁷ Selon Gérard CORNU, « si la fonction législative est matrice d'un langage, si le langage porte si fort l'empreinte de la fonction, c'est sans doute parce que, dans la création de l'ordre juridique, la fonction est éminente, la source sublime. Du point où est le législateur, sa voix porte haut et vient de loin », *art. précit.*, pp. 284-285.

⁸ L'expression est empruntée au professeur Y. LEQUETTE, « Observations sur le nominalisme législatif en matière de filiation », in *Études offertes à Geneviève VINEY, Liber amicorum*, Paris, LGDJ, 2008, p. 647, spec. n° 1.

⁹ Or, lorsque l'« on sait, dans l'interprétation de la loi, l'importance capitale que revêt, pour le développement d'une règle, le travail sur un mot clé, il devient essentiel de choisir le mot qui, dans l'esprit de l'interprète, fera naître fidèlement l'idée de sa vraie nature ».

¹⁰ Y. LEQUETTE, « Observations sur le nominalisme législatif en matière de filiation », *art. précit.*, pp. 647-668.

¹¹ *Ibidem.*, p. 648.

¹² G. CORNU, *art. précit.*, p. 292.

l'enfant adultérin). Lorsqu'il est animé par une attention de bienveillance¹ bénigne, le nominalisme « diplomatique » ou *antinominalisme* dénoncé par Monsieur le professeur LEQUETTE renonce à nommer. La tendance a gagné du terrain à tel point que la déconstruction des modèles² s'ensuit, et c'est au juge que revient la mission d'en rappeler la supériorité³. Ce militantisme législatif repose sur une neutralité à l'égard des jugements de valeur. Un tel procédé relègue le droit au rang d'instrument⁴ mis à la disposition d'actions militantes. Dénoncé en doctrine, ce processus est le propre d'une politique purement idéologique⁵ qui use du langage pour modeler les esprits et les mentalités. Dans ce contexte, la coparentalité constitue aujourd'hui le modèle que le législateur impose aux familles.

163. Les moyens juridiques permettant une coparentalité effective. La séparation conjugale perturbe les relations familiales. Il est vain d'inscrire dans les textes que celle-ci ne modifie en rien l'exercice de l'autorité parentale, aussi symbolique puisse être l'affirmation. La réorganisation des relations familiales s'impose en vue de réaménager les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Lorsque son intérêt l'exige, la résidence de l'enfant⁶ est fixée au domicile d'un des parents. Le second parent dispose d'un simple droit de visite et d'hébergement. Cette situation peut néanmoins s'avérer être la cause de conflits aigus. Selon leur intensité, les juges adaptent la coparentalité à chaque cas d'espèce et par plusieurs procédés⁷. Si la situation se révèle très conflictuelle, le juge peut permettre au parent de maintenir le lien parental grâce à des retrouvailles dans un point de rencontre⁸. Cet espace transitoire peut aider à la reconstruction familiale et redonner une chance à

¹ *Ibidem.*, p. 292.

² Sur la supériorité du mariage par rapport aux autres modes de conjugalité, le professeur Y. LEQUETTE souligne « Alors même qu'il résulte des études réalisées que l'union libre est un modèle moins favorable à la satisfaction des exigences sociales, en ce qu'il conduit à une plus grande instabilité des couples, génératrice de troubles dans l'éducation des enfants, il n'est plus question de promouvoir, même symboliquement, son concurrent le mariage. Mieux, c'est le modèle le moins performant socialement qui doit être "légitimé" ». Cf. Y. LEQUETTE, « Le droit est la semence des mœurs », in *Le discours et le Code, Portalis, deux siècles après le Code napoléon*, Paris, Litec, 2004, p. 396 et s.

³ Cons. Constit., 29 juil. 2011, *Rev. dr. fam.*, 2011, n° 10, comm. 143, V. LARRIBAU TERNEYRE.

⁴ Et nous rejoignons l'idée du professeur LEQUETTE pour qui la renonciation à l'idée de modèle a entraîné un scepticisme du législateur, et corrélativement une transformation de la conception du droit dont le but premier n'est plus la recherche de la cohésion sociale mais de trouver des réponses aux besoins et aspirations les plus divers aux membres de la société afin d'assurer leur bonheur. Y. LEQUETTE, « Le droit est la semence des mœurs », *art. précit.*, pp. 395-396.

⁵ L. JAUME, « Questions d'interprétation : le texte comme producteur d'idéologie », in *L'architecture du droit*, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel TROPER, Paris, Economica, 2006, pp. 519-526. L'auteur définit l'idéologie comme étant une élaboration restreinte d'une vision du monde, qui trouve l'une de ses applications dans la politique. Au-delà de l'individu auteur (ou groupe agissant comme laboratoire diffuseur) de cette idéologie, l'auteur invite à une analyse du texte (tant dans sa dimension sémantique, stylistique et stratégies discursives) support de l'idéologie afin de mieux comprendre comment celle-ci se rend banale et acceptée.

⁶ Sur la réforme projetée (abandonnée ?) de l'autorité parentale, cf. *infra*, n°

⁷ V. récemment pour l'utilisation de Skype en cas de séparation des parents : CA Chambéry, 6 oct. 2015, n° 13/02187; *Rev. dr. fam.*, n° 12, déc. 2015, comm. 218, A.-C. REGLIER.

⁸ M. JUSTON, « Le lien entre la justice et le dispositif espace rencontre : qu'attend le juge aux affaires familiales quand il désigne un espace rencontre, le point de vue du praticien », *Rev. dr. fam.*, 2012, n° 11, étude 19.

la coparentalité¹. Ne pas envisager un tel palliatif risque de générer une rupture irrémédiable des liens, contraire au principe encouragé. Dans certaines situations graves, le droit de visite accordé à l'un des parents peut être suspendu voire temporairement supprimé². L'intérêt de l'enfant peut également commander son éloignement du parent violent ou coupable sur la personne de l'enfant du délit de manipulations psychologiques³. Prérogative d'ordre public⁴, la suspension du lien parental ne peut être totale, mais tolère certaines atteintes dans des cas exceptionnels⁵. Autant de mesures permettent au juge d'assurer dans les situations conflictuelles des palliatifs favorisant le maintien des liens.

2- En droit maghrébin

164. La promotion d'une responsabilité parentale conjointe pendant le mariage.

En matière de garde de l'enfant, le Code marocain de la famille rééquilibre les droits de la femme en tant que mère. L'article 164 du CMF confirme l'égalité de position des deux parents : « la garde de l'enfant incombe au père et à la mère tant que les liens conjugaux subsistent ». L'affirmation est on ne peut plus claire. Les parents sont tous deux investis de la mission d'éduquer et de veiller aux intérêts de leur(s) enfant(s) tant personnels que patrimoniaux. Le législateur impose donc un modèle de coparentalité dans lequel les parents œuvrent conjointement dans l'intérêt de l'enfant. En pratique, les parents sont déjà conscients de l'investiture qui leur incombe, mais son rappel dans les mots de la loi corrobore l'émergence d'un modèle de couple collaboratif. En outre, le droit marocain se montre extrêmement prudent dans la consécration de l'égalité parentale ainsi que dans la

¹ I. CORPART, « Les dysfonctionnements de la coparentalité », *AJ fam.*, 2009, p. 155.

² Cass. civ. 1^{ère}, 25 sept. 2013, n° 12-21.118. Cet arrêt réitère la condition de *motifs graves tenant à l'intérêt de l'enfant*, pouvant justifier la suppression du droit de visite. Les juges du fond, n'ayant en l'espèce pas relevé de motifs graves, mais faisant uniquement état d'un retard du père lié à un problème de transport sont censurés par la Cour de cassation. La Cour rappelle qu'« il importe que soit conservé un lien, si ténu soit-il, entre l'enfant et ses parents, hormis si cela doit nuire aux intérêts de l'enfant, ce qui n'est pas démontré ».

³ Cass. civ. 1^{ère}, 24 oct. 2000, n° 98-14386, *RTD civ.*, 2001, note J. HAUSER, p. 126.

⁴ Sur la transformation de cet ordre public, cf. CA Paris, pôle 3, ch. 3, 18 juin 2015, n° 15/00864 ; *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 12, comm. 216, J.-R. BINET. Par le biais d'un site de rencontres, un homme et une femme (ne formant pas un couple) décident de concevoir ensemble un enfant qu'ils n'élèveront pas ensemble mais dont le partage de l'autorité parentale était projeté. Faute d'accord entre les parents à la naissance de l'enfant, la mère saisit le JAF aux fins de fixation de la résidence de l'enfant à son domicile avec un droit de visite et d'hébergement au profit du père. À cette occasion, les juges parisiens organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et rappellent que « le partage de l'autorité parentale entre les parents n'est pas un concept déconnecté de toute réalité, imaginé pour satisfaire les revendications égalitaires des adultes, mais la traduction juridique de l'intérêt pour les enfants d'être élevés par leurs deux parents ». Pour la Cour, « la difficulté en l'espèce tient à l'absence d'échanges préalables à la conception de l'enfant sur l'éducation envisagée ». Ceci signifie implicitement qu'en présence d'un accord parental établi, l'organisation tant des modalités de sa naissance que de sa résidence peuvent faire l'objet d'une convention entre ses parents.

⁵ Ce qu'a récemment rappelé la Cour de cassation s'agissant d'un père disposant d'un titre de séjour temporaire : « en cas de séparation, les père et mère continuent d'exercer en commun l'autorité parentale. Ce n'est qu'à titre exceptionnel, si l'intérêt de l'enfant le commande, que le juge peut confier cet exercice à son père ou à sa mère. L'exercice unilatéral de l'autorité parentale doit cependant être justifié et motivé, en particulier lorsque les juges relèvent que le père ne se désintéresse pas de sa fille », Cass. civ. 1^{ère}, 4 déc. 2013, n° 13-10.618.

conception de la coparentalité qu'il promeut. Celle-ci ne dure et ne se justifie que par l'existence du mariage. À l'inverse du législateur français pour qui la rupture ne modifie en rien l'exercice de l'autorité parentale, le législateur maghrébin, et marocain particulièrement, est réaliste quant aux effets qu'emporte la dislocation de la famille. C'est pourquoi l'aménagement de l'autorité parentale *post* rupture¹ diffère sensiblement de la conception française de la coparentalité.

§2) La coparentalité réfléchie

165. L'objectif : déconflictualiser la séparation. La dimension affective et psychologique du contentieux familial appelle un traitement particulier. Encore plus lors de la rupture -synonyme de la fin d'un projet de vie commune- le sentiment de culpabilité et de rancœur peut naître à l'égard de l'autre. Dans un tel contexte émotionnel, la fragilité sentimentale prend une grande place et peut empêcher la mise sur pied d'un accord commun. Techniquement, la fixation de la pension alimentaire au profit de l'enfant et l'organisation de ses relations personnelles avec ses parents n'est pas chose difficile. L'est à l'inverse l'absence de maîtrise par les parties de leurs émotions, qui les empêchera de mener à bien l'entreprise de reconstruction². À défaut pour les parties de parvenir à un tel accord, le juge pourra décider de ce qui est le mieux dans l'intérêt de l'enfant.

166. L'incitation à la médiation comme moyen de pacifier le conflit. La promotion judiciaire du consensus en droit de la famille ces dernières années a permis de revisiter la fonction de juger³. Mise en évidence sous la plume de Monsieur le professeur ÉGEA, la tendance est au *partage* de cette fonction entre le justiciable et l'autorité judiciaire. La faveur pour la recherche d'une solution comprise et acceptée par le couple participe de ce mouvement et permet de déconflictualiser la séparation⁴. La « décontamination des sentiments négatifs »⁵ par le recours à la médiation contribue à un tel objectif car elle favorise la pacification des relations humaines et permet de retisser « le

¹ Pour de plus amples développements, V. *infra*, n° 481 et s.

² Selon Madame Danièle GANANCIA, juge aux affaires familiales et vice-présidente du TGI de Paris, « le litige n'est que la partie émergée de l'iceberg, bien plus profond, du conflit, tissé de passions, de rancœur, de blessures et de non-dits. Une décision de justice imposée ne suffit pas forcément à ramener la paix entre les parties. La médiation familiale propose une autre logique, celle du dialogue, de la co-construction, plus appropriée à un grand nombre de situations familiales ». Cf. C. TASCA, M. MERCIER, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la justice familiale*, enregistré à la présidence du Sénat le 24 février 2014.

³ En ce sens : V. ÉGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Paris, Defrénois, coll. « Droit&Notariat », 2010.

⁴ A. LEBORGNE, « La médiation familiale : une voie d'apaisement des conflits familiaux », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2015, supp. n° 132.

⁵ L. GENET, *Conflit conjugal et médiation, Transformer le conflit conjugal de la justice à la médiation*, Liège, éd. Jeunesse et droit, 1998, p. 60.

lien social rompu par un individualisme effréné »¹. Plusieurs rapports officiels relatifs à la procédure ont été remis au gouvernement et la médiation y est présentée comme un modèle à promouvoir². Le groupe de travail présidé par Monsieur le recteur Serge GUINCHARD³ propose de généraliser la médiation familiale à travers la pratique de la « double convocation ». On compte également le groupe de travail présidé par Monsieur le président MAGENDIE⁴. Le 26 février 2014, Madame la sénatrice Catherine TASCA et Monsieur le sénateur Michel MERCIER ont présenté au Sénat un rapport d'information au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur la justice familiale. Il a été suivi en avril de la même année par le rapport présenté par Monsieur le président Marc JUSTON intitulé *Médiation familiale et contrats de co-parentalité*. Selon le rapport Magendie III, « le temps n'est plus à discourir sur les mérites de la médiation ni à en expliquer la technique. C'est désormais vers l'action concrète que nous devons tendre nos efforts afin que la médiation judiciaire devienne un mode habituel de règlement des conflits »⁵. Cette incitation à la médiation s'inscrit dans un mouvement général de « désengorgement » judiciaire⁶ et de faveur pour le dialogue afin de généraliser le processus et en faire un mode « thérapeutique »⁷ de règlement des différends. Sa promotion dans les textes connaît une amplification sans précédent. Pour répondre à ces objectifs, la proposition de loi (APIE) déposée le 1^{er} avril 2014 à l'Assemblée nationale par Monsieur Bruno LE ROUX comporte des dispositions relatives à la médiation familiale. De l'avis de la doctrine pourtant, la médiation nécessiterait une réflexion en soi pour en améliorer l'effectivité (B). Outre que celle-ci « (...) ne dépend pas uniquement de l'état du droit », elle demeure intimement liée à « notre capacité à la faire connaître, à la faire vivre, à assurer le respect de l'identité professionnelle de chacun de ces acteurs. La médiation est plus un esprit que des textes.

¹ J.-C. MAGENDIE, « Loyauté, dialogue, célérité. Trois principes à inscrire en lettres d'or aux frontons des palais de justice », in *Justices et droit du procès, Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Paris, Dalloz, 2010, p. 336.

² Le système français de médiation est très largement inspiré du système canadien pionnier en la matière. Dès 1974, Monsieur O. J. COOGLER, avocat et conseiller matrimonial met en place le premier centre de médiation familiale à Atlanta. Par la suite, l'État de Californie adopte en 1980 une loi obligeant les parents à rencontrer un médiateur familial avant d'être entendu par le tribunal sur un conflit portant sur la garde des enfants ou le droit de visite. Ce sera au Québec qu'un projet pilote en médiation familiale voit le jour. Le service de médiation à la famille est créé le 1^{er} avril 1984. Un rapport a récemment été publié par le Comité d'action sur *l'accès à la justice en matière civile et familiale*, Ottawa, Canada, rendu public en octobre 2013.

³ S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, la Documentation française, 2008.

⁴ J.-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice, La médiation : une autre voie*, Rapport issu du groupe de travail sur la médiation, 2008.

⁵ *Ibid.*, p. 4.

⁶ L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, PUF, coll. Thémis, 2010, n° 50.

⁷ Pour reprendre l'expression de Madame le professeur N. FRICERO. Cf. « Le décret du 20 janvier 2012 : vers une résolution thérapeutique des contentieux familiaux par la procédure participative assistée par avocat », *AJ fam.*, 2012, n° 2, p. 66.

C'est surtout l'esprit de médiation que nous avons à porter haut. Sans ce moteur, les textes resteront lettres mortes, comme des coquilles vides »¹ (A).

A) Un préalable : le changement de culture judiciaire

167. Médiation et justice : un rapport de complémentarité. Le processus de médiation seul est insuffisant à résoudre définitivement le différend familial. Un rapport de complémentarité avec la justice doit permettre une articulation harmonieuse des deux exigences. C'est pourquoi les accords passés en médiation doivent pouvoir être appréciés par le JAF aux fins d'homologation² lorsqu'ils préservent les intérêts de l'ensemble des membres de la famille. À défaut, l'admission du consensus comme fondement autonome des relations familiales -tel que mis en évidence par Monsieur le professeur ÉGEA³- pourrait constituer un réel danger. La complémentarité du contrôle du juge sur l'accord des parties permet d'assurer la survivance d'un ordre public familial dans le cadre du dispositif législatif. Bien que le mouvement de contractualisation soit présent en droit de la famille, l'homologation par le juge de l'accord trouvé entre les parties permet de le limiter.

168. La constante faveur pour les accords parentaux. L'article 373-2-7 du Code civil prévoit la possibilité pour les parents de conclure des accords dans lesquels ils règlent certaines questions touchant leur relation parentale. Lorsqu'il préserve suffisamment les droits de l'enfant⁴, l'accord convenu par le couple est homologué par le juge. L'association des parties -et des autres acteurs : juges, avocats et médiateurs- à la recherche d'une solution au conflit permet non seulement au couple de prendre conscience de la responsabilité qui pèse sur lui, mais surtout que la fonction parentale dont il a la charge est orientée dans l'intérêt de l'enfant⁵, indépendamment du conflit conjugal. Ardu en contexte de séparation -il est parfois très malaisé de préserver l'enfant à l'abri du conflit- le respect commande que chacun des parents se comporte à l'égard de l'autre avec bienveillance. Cette notion essentielle, qui présidait à la vie du couple en union, ne doit pas être ignorée lorsque le lien n'est plus.

¹ J.-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice, La médiation : une autre voie, rapp. précit.*, p. 23.

² B. MELIN-SOUCRAMANIEN, « L'homologation judiciaire en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, Paris, Dalloz, pp. 373-383.

³ V. ÉGEA, *La fonction de juger dans le droit contemporain de la famille, op. cit.*, p. 442, spec. n° 691.

⁴ En ce sens, une décision de la Cour d'appel de Paris du 10 novembre 2004 (Juris-Data n° 2004-263748) a refusé, nonobstant l'accord des parties sur ce point, la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale à la mère seule. Quel que soit l'accord du couple, la décision du juge ne saurait exclusivement reposer sur cet accord, sans prendre en considération l'intérêt de l'enfant. Cf. P. MURAT, « La méfiance des juges face aux accords attribuant exclusivement à un des parents l'exercice de l'autorité parentale », *Rev. dr. fam.*, 2005, n° 5, comm. 101.

⁵ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille : proposition pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, La Documentation française, 1999.

169. L'incitation judiciaire au dialogue en vue de changer de culture judiciaire. Introduite *expressis verbis*¹ dans le Code civil², la médiation familiale peut être proposée par le juge dans les litiges portant sur l'autorité parentale. Celui-ci désigne un médiateur une fois l'accord des parties recueilli. À défaut, le juge leur enjoint de rencontrer un médiateur qui les informera sur le processus de médiation. Les instances destinées à modifier les décisions rendues par le JAF représentant une part importante du contentieux devant le JAF, les juges privilégient autant que possible le processus de médiation judiciaire³ afin d'éviter les multiples retours devant lui. Dès sa consécration en 2002⁴, le pouvoir de proposer ou d'enjoindre le recours à la médiation a permis au juge de la promouvoir comme moyen de restaurer la communication parentale. Quelques mois seulement après le vote de la loi, la Cour d'appel de Paris a rendu une décision permettant de conclure à une volonté de généralisation de cette mesure. Les juges parisiens ont précisé qu' « afin d'atteindre les objectifs ainsi définis, les responsabilités de chacun des parents leur imposent de se respecter mutuellement et d'accomplir chacun des efforts pour traduire leurs responsabilités de façon positive dans la vie de leur enfant (...) en cas de difficultés (...) à mettre en œuvre toutes les mesures de nature à restaurer la communication parentale, notamment par le moyen de la médiation familiale »⁵. Dans la même logique, les juges aixois ont pu refuser une demande de résidence alternée formulée par un père, notamment en raison de son attitude. Ce dernier refusait « par avance toute possibilité d'entente à l'amiable dans le cadre d'une médiation familiale »⁶. La « philosophie consensuelle »⁷ au fondement du principe de coparentalité a poussé un juge à considérer « qu'il est regrettable qu'un dialogue serein n'ait pu encore être rétabli entre les parents (...) il est certain que l'un et l'autre parent doivent faire des efforts aux fins d'améliorer le dialogue entre eux, dans l'intérêt des deux enfants auxquels ils sont attachés et qui indéniablement leur rendent leur affection ; qu'une mesure de médiation qui pourrait être utile est refusée par le mari ce qui empêche la cour de l'ordonner »⁸. L'effectivité même de la tentative de médiation est l'objet du contrôle des juges. La Cour d'appel de Bordeaux a pu décider qu'une mère, poursuivie du chef de non représentation

¹ M. DOUCHY-LOUDOT, *Procédure civile*, Gualino, 6^{ème} éd., 2014, p. 78, spec. n° 105.

² Article 373-2-10 du Code civil introduit par la loi du 4 mars 2002.

³ Pour l'incitation des parents à rencontrer un médiateur familial, cf. : CA Paris, 2^o ch. D., 30 sept. 2004, JurisData n° 2004-263714. Les juges peuvent aussi enjoindre au couple de procéder à un tel processus avec obligation de lui en rendre compte : CA Nîmes, ch. civ. 2^{ème} C, 2 mars 2005, JurisData n° 2005-278555.

⁴ Il est intéressant de noter que dès avant l'institutionnalisation de la médiation judiciaire en 1995, certains juges aux affaires matrimoniales (devenus juges aux affaires familiales depuis 1993) n'hésitaient pas à conseiller aux parties le recours à la médiation relativement aux litiges portant sur l'autorité parentale. En ce sens : TGI d'Argentan, ordonnance du JAM, 23 juin 1988, TGI La Rochelle, 17 fév. 1988, *D.*, 1989, p. 411, note C. LIENHARD; Trib. Enfants Toulouse, 13 sept. 1988 et 2 fév. 1989, *D.*, 1990, 395, note T. GARE.

⁵ CA Paris, 1^{ère} ch. A., 11 sept. 2002, *D.*, 2002, IR, p. 3241.

⁶ CA Aix-en-provence, 6^o ch. A., 24 juin 2003, JurisData n° 2003-222521.

⁷ V. ÉGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, *op. cit.*, p. 95, spec. n° 137.

⁸ CA Dijon, ch. civ. C., 27 juil. 2006, JurisData n° 2006-330565.

d'enfant « ne devait pas se contenter de conseiller à (l'enfant) d'aller voir son père, mais devait au moment même où le père était présent et où l'enfant refusait de le rencontrer, tenter la remise de l'enfant en organisant un rapprochement, sous la forme par exemple, d'une médiation informelle entre le père et la fille, afin que l'un et l'autre, aient la possibilité, de vive voix, au moins de commenter le contenu de leurs lettres respectives »¹. Chaque parent est donc érigé en « responsable et garant de l'éthique de la communication qui gouverne le droit contemporain de l'autorité parentale »². De telles incitations judiciaires peuvent répandre la culture du dialogue afin de modifier la nature contentieuse de la conception de la justice. Par ricochet, les parents privilégieront la recherche d'accords en abandonnant, au moment de la saisine du juge, l'idée d'un parent « vainqueur » et d'un parent « perdant ».

170. La CEDH et la médiation. La Cour européenne des droits de l'homme se joint aussi au mouvement de promotion de la médiation. Dans un arrêt du 6 décembre 2011³, elle fait expressément référence à la recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe (REC (98) 1) sur la médiation familiale. La Cour préconise le recours à ce mode amiable parce qu'il peut « améliorer la communication entre les membres de la famille, réduire le conflit entre les parties en présence, produire des accords à l'amiable, assurer la continuité des liens personnels entre les parents et les enfants, réduire les coûts financiers et sociaux de la séparation et du divorce pour les parties elles-mêmes et pour les États ». Dans l'affaire *Lombardo c/ Italie* du 29 janvier 2013, l'inexécution -sur une longue période- d'une décision accordant le droit de visite à un des parents est condamnée par la Cour européenne. Les juges strasbourgeois estiment, compte tenu des circonstances que, « face à de pareilles situations, les autorités auraient du prendre des mesures plus directes et plus spécifiques visant à établir du contact entre le requérant et sa fille. En particulier, la médiation des services sociaux aurait du être utilisée pour encourager les parties à coopérer et celle-ci aurait dû, conformément aux décisions du tribunal, organiser toutes les rencontres entre le requérant et sa fille, y compris celles qui auraient dû se dérouler à Rome. Or les juridictions internes n'ont pris aucune mesure appropriée pour créer pour l'avenir les conditions nécessaires à l'exercice effectif du droit effectif de visite du requérant »⁴. Le constat est donc à une forte volonté de généraliser les accords parentaux. Une obligation positive est mise à la charge des États dans l'organisation d'une médiation familiale effective. Par ricochet émerge une volonté politique, législative et juridictionnelle y incitant autant que possible.

171. En droit comparé. En Grande-Bretagne, l'incitation à la médiation est tributaire de l'octroi de l'assistance judiciaire en matière familiale. Lorsque les parties

¹ CA Bordeaux, 17 déc. 2004, 3^{ème} ch. correc., JurisData n° 2004-281844.

² V. ÉGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, op. cit., p. 95, spec. n° 137.

³ CEDH, 6 déc. 2011, *CengizKilic c/ Turquie*.

⁴ CEDH, 29 janv. 2013, *Lombardo c/ Italie*, § 93.

refusent la médiation, leur droit à une telle aide peut être refusé. Les juges peuvent condamner aux dépens la partie -même gagnante- qui a refusé « de manière déraisonnable » de recourir à la médiation. Aux Pays-Bas, une véritable procédure de médiation existe. Un conseiller est désigné dans chaque Cour d'appel afin de piloter la médiation dans le ressort de la Cour, en assurant des déplacements auprès des TGI. Une véritable structure est mise en place, avec des médiateurs formés et des fonctionnaires attirés à la médiation. La loi canadienne oblige les avocats à informer leurs clients sur la possibilité du recours à la médiation. Le rapport relatif à *l'accès à la justice en matière civile et familiale*¹ fait pourtant état d'une proportion importante de personnes (50%) qui tente de régler ses problèmes sans représentation juridique. Cette situation constitue un réel obstacle à l'effectivité du droit à être informé de la médiation. Ce pourcentage serait encore plus important en matière familiale, et refléterait la perception du point de vue du justiciable du système. Les abus des plus fortunés, aggravés par la méconnaissance des procédures juridiques constituent autant d'entraves à un accès effectif au système de justice. Selon le rapport, il convient de mettre en place une feuille de route en vue d'associer et donner la priorité au public en concentrant les efforts vers le justiciable, particulièrement « les immigrants, les autochtones, les populations rurales et les autres groupes vulnérables (...) raison pour laquelle le système existe ».

B) La médiation familiale : un cadre juridique en cours d'élaboration

172. Un développement variable de la médiation familiale. Le droit français offrant une place de choix au processus de médiation, il convient désormais, compte tenu de la particularité du contentieux familial, de lui imprimer une spécificité propre (1). Encore embryonnaire, le processus outre méditerranée peine encore à se développer (2).

1- En droit français

173. Le droit de l'union européenne et la médiation. Le Conseil national consultatif de la Médiation familiale définit la médiation comme « 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 lesquelles 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 »².

¹ Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale, *L'accès à la justice civile en matière civile et familiale. Une feuille de route pour le changement*, Ottawa, Canada, oct. 2013.

² Travaux et Recommandations du Conseil consultatif national de la médiation familiale, déc. 2004, p. 7.

La directive européenne du 21 mai 2008 (2008/52)¹ en matière civile et commerciale prévoit que la médiation « peut apporter une solution extrajudiciaire économique et rapide aux litiges en matière civile et commerciale au moyen de processus adaptés aux besoins des parties ». Elle détermine son champ d'application, en précisant qu'elle s'applique « aux processus dans lesquels deux parties ou plus à un litige transfrontalier tentent d'elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord à l'amiable sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur. Elle devrait s'appliquer aux matières civiles et commerciales, sans pouvoir néanmoins s'appliquer aux droits et obligations dont les parties ne peuvent disposer par elles-mêmes en vertu de la législation pertinente applicable. De tels droits et obligations sont particulièrement fréquents en droit de la famille et en droit du travail ». Le texte insiste sur le fondement qui préside à un tel processus, qui doit être « volontaire, en ce sens que les parties elles-mêmes sont responsables du processus et peuvent l'organiser comme elles l'entendent et y mettre un terme à tout moment ». Les juridictions nationales sont appelées à « attirer l'attention des parties sur la possibilité d'une médiation chaque fois qu'elle est appropriée », et à définir les mécanismes visant à « préserver la souplesse du processus de médiation et l'autonomie des parties et veiller à ce que la médiation soit menée avec efficacité, impartialité et compétence ». Pour la directive européenne, « la médiation ne devrait pas être considérée comme une solution secondaire par rapport aux procédures judiciaires au motif que le respect des accords issus de la médiation dépendrait de la bonne volonté des parties. Les États membres devraient donc veiller à ce que les parties à un accord écrit issu de la médiation puissent obtenir que son contenu soit rendu exécutoire. Un État membre ne devrait pouvoir refuser de rendre un accord exécutoire que si le contenu de l'accord est contraire à son droit, y compris son droit international privé, ou si son droit ne prévoit pas la possibilité de rendre le contenu de l'accord en question exécutoire »².

174. Définition retenue en droit français. Le législateur se réfère à la définition plus complète du Conseil national consultatif. La médiation est un « processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné avec leur accord par le juge saisi du litige ». La proposition de loi (APIE) projette de modifier cette définition, et l'article 16 de la proposition est ainsi libellé : « La médiation familiale, qui a pour finalité d'apaiser le conflit et de préserver les relations au sein de la famille, est un processus structuré et confidentiel de résolution amiable des différends familiaux. Avec l'aide du médiateur familial, tiers qualifié, impartial et indépendant, les personnes tentent de parvenir à une

¹ La directive européenne a adopté une conception large de la médiation. Ce cadre général s'étend également aux conciliations menées par les conciliateurs de justice, à l'exclusion de celles menées par les juges. L'ordonnance de 2011 reprend cette même conception européenne.

² 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, *J.O.U.E.*, 24 mai 2008.

solution mutuellement acceptable, qui tient compte de l'intérêt de l'une et de l'autre et de celui de leurs enfants éventuels, et qui peut prendre la forme d'accords susceptibles d'être homologués par le juge ». Le texte a le mérite de rappeler la définition de la médiation familiale, mais l'aspect volontaire du processus est passé sous silence. Selon la doctrine¹, la difficulté ne tient pas tant au travail de définition qu'à la manière de promouvoir spécifiquement la médiation familiale (α) et d'en faire un outil efficace parmi d'autres (β) en matière de résolution amiable des différends familiaux.

α) La recherche d'une spécificité de la médiation familiale

175. Transposition de la directive communautaire en droit interne.

L'ordonnance du 16 novembre 2011² transpose la directive européenne du 21 mai 2008 (2008/52) sur la médiation en matière civile et commerciale³, dont le décret d'application le 20 janvier 2012 institue un livre 5 au Titre I du Code de procédure civile. La mise en place d'un cadre commun de la médiation sur le plan européen⁴ en matière civile et commerciale s'inscrit dans le but de promouvoir une culture du dialogue, de la pacification des conflits, et du renforcement de l'encadrement juridique du processus⁵.

176. Détermination du cadre juridique de la médiation. Jusqu'à l'ordonnance transposant la directive communautaire, la loi du 8 février 1995 réglementait la seule médiation judiciaire⁶. Autorisant le gouvernement à procéder par voie d'ordonnance¹, la loi

¹ A. LEBORGNE, « Le rapport "Médiation familiale et contrat de coparentalité", et après ? », *Rev. dr. fam.*, 2014, n° 9, dossier n° 9.

² Ord. n° 2011-1540 du 16 novembre 2011, *J.O.*, 17 nov. 2011, p. 19286.

³ La directive européenne a adopté une conception large de la médiation. Ce cadre général s'étend également aux conciliations menées par les conciliateurs de justice, à l'exclusion de celles menées par des juges. L'ordonnance de 2011 reprend cette même conception européenne.

⁴ Plus récemment ont été adoptées la directive UE n° 2013/11 du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de la consommation et le règlement UE n° 524/2013 du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation. L'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 puis le décret du 30 octobre 2015, pris en application de cette même ordonnance, transposent la directive du 21 mai 2013. Cf. D. n° 2015-1378, 30 oct. 2015, *J.O.*, 31 octobre 2015, p. 20399.

⁵ V. ÉGÉA, « La médiation familiale : un modèle pour les modes alternatifs de règlement des conflits ? », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2011, p. 4476. Cf. également la journée d'études tenue par le Centre d'Études et de Recherche en Droit des Procédures (C.E.R.D.P.) à la faculté de droit de Nice, le 5 avril 2013, *La résolution amiable des différends dans le contentieux familial*, L. ANTONINI-COCHIN (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2014.

⁶ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. L'institutionnalisation de la médiation en 1995 faisait suite à une décision de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation qui avait jugé que la médiation avait « pour objet de procéder à la confrontation respective des parties en vue de parvenir à un accord proposé par le médiateur », ce qui constituait « une modalité d'application de l'article 21 du Code de procédure civile ». Cass. civ. 2^{ème}, 16 juin 1993, *Bull. civ.*, II, n° 211. En raison de son caractère indisponible, le droit de la famille avait été exclu du champ de la médiation prévue par cette loi. Néanmoins, des mesures de médiation familiale étaient proposées par certaines juridictions sur le fondement de l'article 21 du Code de procédure civile relatif à la conciliation. La loi du 4 mars 2002 atténua largement cette indisponibilité en permettant au juge de proposer, voire enjoindre, la rencontre d'un médiateur familial en cas de désaccord du couple. La loi relative au divorce du 26 mai 2004 adoptera ce mode amiable de résolution des conflits avant d'être généralisé à toutes les actions dont le juge aux affaires familiales pourra connaître (art. 1071 du CPC).

n° 2011-525 du 17 mai 2011 de *simplification et d'amélioration de la qualité du droit* étend le champ d'application de la directive communautaire aux médiations intervenant en dehors de tout contexte transfrontalier. Elle complète la loi du 8 février 1995 en posant un cadre général à la médiation judiciaire et conventionnelle² au sein du chapitre 1, titre II du Code de procédure civile consacré à la conciliation et à la médiation judiciaire. À cet égard, la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à *la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles* s'inscrit dans la perspective actuelle de développement de la médiation. Par dérogation à l'article 373-2-10, elle introduit une expérience de médiation obligatoire³ préalable à la saisine du juge concernant les litiges relatifs à l'autorité parentale, à la contribution à l'entretien des enfants ou comme préalable à une modification des dispositions contenues dans une convention homologuée. Le juge pourra soulever d'office l'irrecevabilité de la demande si l'exigence de recours préalable à la médiation n'est pas satisfaite. Cette loi s'inscrit donc directement dans la politique de développement des modes alternatifs de règlement des conflits familiaux, en particulier de la médiation familiale.

177. Le renforcement législatif de la spécificité de la médiation familiale. La médiation familiale en France ne dispose pas d'un cadre propre. Elle représente un aspect particulier de la médiation fixée pour tous les modes de règlement amiable des différends issus de l'ordonnance de 2011. L'attention qui est aujourd'hui siennée témoigne d'une volonté législative de lui imprimer une spécificité propre. Lorsque l'instance est déjà en cours, l'incitation à la médiation familiale peut prendre deux formes. Si le juge la propose et que les parties acceptent, un médiateur⁴ peut être désigné. Cette modalité n'est pas spécifique à la médiation familiale mais elle est prévue de manière générale par la loi du 8 février 1995⁵. Si les parties ne l'acceptent pas, le juge peut leur enjoindre de rencontrer un médiateur à titre informatif. Le décret n° 2010-1395 du 12 novembre 2010 précise à titre expérimental⁶ les modalités de mise en œuvre de l'injonction en cas de conflit concernant l'exercice de l'autorité parentale et la contribution à l'entretien de l'enfant. Les dispositions contenues dans la convention homologuée sont également précisées sur le modèle de la double convocation. Cette expérimentation découle directement du rapport

¹ Art. 198 de la loi.

² Les textes antérieurs ne concernaient que la médiation judiciaire. Désormais, un certain nombre de règles s'appliquent indifféremment aux deux types de médiation.

³ Sur cette expérience, cf. L. WEILLER, « La médiation familiale », in *Les transformations du contentieux familial*, L. WEILLER (dir. de), Marseille, PUAM, 2012, pp. 59-71 ; V. aussi : M. JUSTON, « Une médiation familiale peut-elle être imposée au titre du principe de précaution ? », *Gaz. Pal.*, 27 et 28 juil. 2007. Le rapport dit « Magendie III » excluait un tel pouvoir d'injonction du juge de recourir à la médiation. Pour ce dernier, « il serait contraire à la nature même de la médiation fondée sur la liberté et responsabilisation de ses acteurs, de l'instaurer comme un préalable obligatoire à toute saisine du juge du fond. En revanche, il serait parfaitement envisageable de généraliser la faculté pour le juge d'enjoindre aux parties de s'informer de la médiation ».

⁴ Art. 1071 CPC.

⁵ Art. 2.

⁶ Pour une durée de trois ans et jusqu'au 31 décembre 2013.

GUINCHARD qui préconisait la mise en place d'une médiation familiale préalable obligatoire pour les actions tendant à modifier les modalités de l'exercice de l'autorité parentale précédemment fixées par une décision de justice¹. Cette modalité permet aux parties d'être informées de l'existence du processus de médiation. Lorsque l'affaire est examinée, le juge homologue l'accord des parties ou tranche le litige à défaut. L'article 15 de la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011² de *répartition du contentieux et d'allégement de certaines procédures* prévoit, à peine d'irrecevabilité et à titre expérimental³, que « la saisine du juge par le ou les parents doit être précédée d'une tentative de médiation familiale ». Cette tentative aurait lieu dans le cadre des décisions « fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ainsi que les dispositions contenues dans la convention homologuée » pouvant être modifiées ou complétées à tout moment par le juge, à la demande du (des) parent(s) voire du ministère public. Passer outre cette tentative interdirait le dépôt de la requête et constituerait une véritable fin de non recevoir⁴. Aujourd'hui facultatif, le dispositif pourrait devenir obligatoire avant toute saisine du juge aux affaires familiales aux fins de modification des modalités d'exercice de l'autorité parentale ou de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Cette recherche d'une spécificité propre à la médiation familiale a également été au cœur du rapport de Madame la sénatrice TASCA et Monsieur le sénateur MERCIER qui préconisent une voie médiane à celle adoptée par le recteur GUINCHARD. Lorsque le magistrat propose la médiation aux parties, une convocation à une séance d'information sur la médiation pourrait avoir lieu avant l'audience. Si à l'issue de cette séance les parties décident de poursuivre la médiation, le juge pourra homologuer l'accord ainsi trouvé sans avoir à attendre le délai de trois mois fixé dans le cadre de l'expérimentation de la double convocation. Dans le même ordre d'idées, le rapport de Monsieur le président JUSTON suggère également « une séance préalable à la médiation familiale » ou « un entretien préalable à la médiation familiale » afin de favoriser l'adhésion des parents au processus. En vue de mettre rapidement fin au différend, le rapport indique que le juge pourrait homologuer les accords obtenus selon une procédure gracieuse, sans audience et sans comparution des parties sauf nécessité.

178. Le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015. Dans le sillage de ces propositions, la proposition de loi (APIE) prévoit d'ajouter -à l'article 373-2-10, la faculté pour le juge

¹ S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Paris, La Documentation française, 2008, p. 167.

² L. MAUGER-VIELPAU, « Aspects familiaux de la loi du 13 décembre 2011 », *Rev. dr. fam.*, 2012, étude 7.

³ Les Tribunaux de grande instance de Bordeaux et d'Arras ont été désignés comme juridictions expérimentales par arrêté du 16 mai 2013. Cette phase devrait s'achever au 31 décembre 2014. Cf. V. ÉGEA, « Médiation familiale préalable : désignation des juridictions expérimentales », *Rev. dr. fam.*, 2013, n° 7, alerte 42.

⁴ À moins qu'il n'y ait un risque de porter atteinte au droit des intéressés d'avoir accès au juge dans un délai raisonnable. Cependant, deux autres exceptions sont prévues par le texte et qui permettent de douter d'une réelle efficacité du dispositif : le motif légitime justifiant la dispense de recourir à la médiation obligatoire, ce qui donne au juge une latitude importante dans sa détermination, puis la demande conjointe des deux parents de faire homologuer une convention selon les modalités fixées à l'article 373-2-7 du Code civil.

d'enjoindre aux parents « de prendre part à des séances de médiation familiale »¹. Si cette proposition de loi semble être abandonnée², le décret du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends³ a pour objet la construction d'une « une étape supplémentaire de la modernisation de la justice au service des citoyens inscrite dans le programme de la justice du XXI^{ème} siècle, (en vue d') assurer une justice plus proche et plus efficace »⁴. À cette fin, le décret impose aux justiciables, à l'occasion de la saisine de la juridiction par voie d'assignation, requête ou déclaration, de faire état des « diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige sauf à justifier d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public »⁵. Le recours au juge en dernier recours sous-tend la logique de ce texte en vue de faire de la résolution amiable le mode privilégié de règlement des différends. Si une partie de la doctrine a pu exprimer son scepticisme⁶ quant à la réelle promotion par ce texte des modes alternatifs de règlement des différends, la circulaire de présentation du décret reste muette tant sur la manière de caractériser les diligences entreprises que sur la sanction du défaut de précision⁷. Plus optimiste, une autre partie de la doctrine considère que « plutôt que de chercher à savoir comment échapper à la sanction, les praticiens du droit doivent s'emparer plus que jamais des modes de règlement amiable des différends »⁸ car leur « véritable efficacité dépendra de l'aptitude des professionnels du droit à s'en saisir »⁹. Or, la circulaire précise qu'« il ne s'agit là que d'une faculté pour le juge, qui appréciera de l'opportunité de proposer de telles mesures, en particulier au vue de la nature du litige ». L'occasion a été donnée aux juges de s'exprimer sur les conséquences du non respect de la tentative de résolution amiable préalable du litige telle qu'imposée par le décret depuis le 1^{er} avril 2015. À l'occasion d'un jugement rendu par le TGI de Paris au sujet d'un conflit opposant le père et la mère sur la contribution à l'entretien et à l'éducation de leur enfant,

¹ Art. 17 de la proposition de loi.

² Après avoir été votée en première lecture à l'Assemblée nationale puis transmise au Sénat le 27 juin 2014.

³ D. n° 2015-282 du 11 mars 2015, *J.O.*, 14 mars 2015, p. 4851. V. les commentaires : S. THOURET, « Résolution amiable des différends : entrée dans une nouvelle ère », *AJ fam.*, 2015, p. 212 ; Y. STRICKLER, « 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 », *Rev. Procédures*, 2015, étude 6 ; V. ÉGEA, « Un semestre de droit procédural de la famille (janvier 2015/juin 2015), *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 9, chron. 3.

⁴ Circ. 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 NOR : JUSC1505620C.

⁵ Art. 56 et 58 du CPC.

⁶ Pour Monsieur le professeur ÉGEA, la circulaire de présentation du ministère de la justice procède à une véritable neutralisation de la portée du décret. Dès lors, son succès dépendra tant de la capacité des praticiens du droit à s'en saisir que de l'attitude des juges du fond quant à la sanction susceptible d'être retenue faute de tentative amiable de résolution du conflit. V. ÉGEA, « Un semestre de droit procédural de la famille (janvier 2015/juin 2015), *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 9, chron. 3, spec. n° 4.

⁷ V. ÉGEA, « Un semestre de droit procédural de la famille (janvier 2015/juin 2015), *art. precit.*, spec. n° 2 et 3.

⁸ S. THOURET, « Résolution amiable des différends : entrée dans une nouvelle ère », *AJ fam.*, 2015, p. 212.

⁹ V. ÉGEA, « Un semestre de droit procédural de la famille (janvier 2015/juin 2015), *art. precit.*, spec. n° 4.

les juges parisiens affirment que « *si le recours aux modes alternatifs de résolution des litiges est favorisé, en particulier en obligeant les parties à indiquer, dans l'acte de saisine de la juridiction, les démarches de résolution amiable précédemment effectuées, le législateur n'ayant prévu aucune sanction assortissant l'obligation de préciser les diligences entreprises en ce sens, aucune nullité ne saurait être excipée de l'éventuelle absence de démarche amiable préalable si tant est qu'elle soit démontrée au vu des faits de l'espèce* »¹. Conforme à la lettre de l'article 21 du décret² qui ne prévoit qu'une simple faculté pour le juge de proposer une conciliation ou une médiation, cette solution n'est guère surprenante. Elle atteste cependant de la principale difficulté de la médiation, tirée de son caractère non contraignant. En tout état de cause, il n'est pas exclu que certains juges, sous réserve de leur pouvoir d'appréciation, fassent respecter l'exigence posée par le décret tenant aux « diligences entreprises » pour trouver un accord amiable, faute de quoi l'affaire en question pourrait être renvoyée à une audience ultérieure tant que ne sont pas justifiées les démarches en vue de la médiation. Il est à craindre, dans ces conditions, que les objectifs de simplification et de célérité de la procédure ne demeurent des vœux pieux.

179. Faiblesses de la médiation. Si le bilan de l'expérimentation de la double convocation permet de douter de l'efficacité du dispositif due à sa « une faible efficience (...) en termes d'engagement des personnes (...) »³, l'injonction d'y recourir permettrait d'emblée aux parties après une ou deux séances de révéler la persistance de leur désaccord ou leur adhésion au processus. Dans le premier cas, le juge trancherait le différend. Dans le second, les séances de médiation suivraient leur cours. Selon le rapport de l'inspection générale des services judiciaires, « même lorsque les parties refusent de poursuivre la médiation à l'issue de l'entretien d'information, l'audience se déroule dans un climat plus apaisé difficilement mesurable toutefois »⁴. Si l'efficacité de la médiation dépend tant de la force de persuasion du JAF qui enjoint à la médiation que d'un partenariat

¹ TGI Paris, 5 fév. 2016, n° 15/38132, *AJ fam.*, 2016 p. 156.

² Cet article dispose que « s'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance et conformément aux dispositions des art. 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 ».

³ Cf. le Rapport de l'inspection générale des services judiciaires, *Le développement des modes amiables de règlement des différends*, avr. 2015, n° 22, spec. pp. 18-21. Selon la mission tout d'abord, « en l'absence de communication de chiffres consolidés sur tout la durée de l'expérimentation, l'impact financier n'a pu être mesuré ». En effet, au TGI de Bordeaux « la charge supplémentaire des agents d'accueil dédiés à l'information des personnes concernées n'a pas été évaluée. De même, l'impact sur le travail des magistrats n'a pas été mesuré, étant précisé qu'ils ont sélectionné les dossiers devant faire l'objet d'une double convocation et ont examiné la recevabilité de la requête préalablement à la demande ». Au TGI d'Arras, le bilan du premier semestre de l'année 2014 a mis en évidence que les dossiers orientés vers un processus de médiation représentaient moins de 10% des saisines du JAF. De plus, les deux parties ne se rendaient ensemble à l'entretien d'information que dans 60% des cas. Au demeurant, la médiation n'est acceptée que dans 30% des cas, et le taux d'aboutissement à un accord (total ou partiel) en cas d'acceptation de celle-ci est de l'ordre de 15%. Outre qu'elles sont difficilement évaluables, ces données révèlent « la faible part des accords de médiation au regard du volume du contentieux ».

⁴ *Ibidem*, p. 44.

interdisciplinaire au niveau local entre tous les acteurs¹, le passage d'une politique d'incitation à une politique d'obligation à la médiation n'est pas à l'abri des critiques. Il a notamment été avancé que cette expérience porterait atteinte au droit au recours de manière disproportionnée si elle était l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité². La doctrine et de nombreux rapports dénoncent la possibilité de faire de la médiation un préalable systématique à la saisine du juge. Si la séance d'information obligatoire constitue une alternative intéressante, les parties n'en seraient guère convaincues faute d'un bilan personnalisé et adapté à leur situation. En pratique, celles-ci souhaitent trouver le plus rapidement possible une solution à leur désaccord, que la généralité de cette séance d'information ne permet pas. À l'inverse, imposer une tentative de médiation préalable contrevient à la libre adhésion au processus et porte atteinte au droit d'accès au juge. L'exemple offert par la Grande-Bretagne peut s'avérer intéressant si l'on songe à sceller le sort de l'aide juridictionnelle au recours préalable à la tentative de médiation. Les parties, si elles souhaitent bénéficier d'une telle aide, doivent accepter la médiation comme mode de règlement de leur conflit. Bien qu'elle ne règle pas toutes les dimensions du problème - l'aide juridictionnelle dépendant des ressources des parties- cette alternative incite à réfléchir à la question de l'efficacité du dispositif.

180. Disponibilité des droits et médiation familiale. L'inscription de la médiation familiale au sein d'un cadre général lui permet de prendre place parmi les modes de résolution amiables des conflits. Malgré la généralité de ce cadre, elle ne semble pas y trouver une spécificité propre. Largement tributaire de la conception de l'ordre public, la médiation n'est concevable que si l'accord des parties ne porte pas atteinte aux droits dont elles n'ont pas la libre disposition et l'ordonnance le rappelle bien³. Aussi, les deux textes ayant introduit la médiation familiale au sein du Code civil⁴ délimitent de façon impérative son domaine d'application.

181. La possible extension du domaine de la médiation familiale. À la lecture de l'article 21-1 de l'ordonnance du 16 novembre 2011, on apprend qu'il ne saurait être dérogé au cadre impératif imposé « sans préjudice des règles complémentaires applicables à certains types de médiation ». Selon le texte, d'éventuels particularismes tenant à un type de médiation pourraient constituer des règles complémentaires au cadre général posé. Ces règles pourraient être dégagées en abordant la question de la spécificité de la médiation familiale de façon « inversée », c'est-à-dire sous l'angle de la plus-value apportée par le

¹ *Ibid.*, p. 44.

² V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale ? (À propos de la médiation obligatoire et de la convention de procédure participative) », *Rev. dr. fam.*, n° 5, mai, 2012, étude 12.

³ Art. 21-4 de l'ordonnance.

⁴ Article 373-2-10 relatif aux conflits entre parents concernant les modalités d'exercice de l'autorité parentale et la contribution à l'entretien de l'enfant, puis l'article 255 relatif au divorce.

contentieux familial à la médiation au sens large¹. Suggérée par Monsieur le professeur ÉGÉA, cette perspective éclaire d'emblée le rôle joué par le contentieux familial, domaine où l'institution est la plus utilisée. Lorsqu'elle est acceptée par les parties, la médiation a joué un rôle de choix dans des domaines particulièrement lourds en conflits. Loin de se limiter aux seules questions relevant du domaine de l'autorité parentale, des obligations alimentaires ou du divorce, la médiation pourrait se révéler un instrument tout aussi efficace dans la résolution des « conflits transgénérationnels (...) : par exemple pour désamorcer des conflits avec les grands-parents d'un enfant mineur ; mais aussi au-delà des questions relatives aux enfants pour des différends relatifs à l'obligation entre parents et alliés, ou bien pour des difficultés concernant les régimes de protection des majeurs ou la tutelle et l'administration légale des mineurs, pour les conflits entre partenaires ou concubins... »². On songe également à la liquidation et au partage des intérêts patrimoniaux du couple. Pendant l'instance, les époux peuvent passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial³ et ce n'est qu'à « défaut de règlement conventionnel par les époux » que le juge, en prononçant le divorce, ordonne la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux⁴. Le processus de médiation pourrait amener le couple à s'accorder sur un tel partage que le juge appréciera avant l'homologation. Bienvenue serait une telle mesure dans le règlement des intérêts patrimoniaux des partenaires notamment. La seule limite à un tel développement de la médiation porterait sur un accord dont l'objet serait de soustraire au juge une question qui relève directement de son office⁵. C'est notamment le cas lorsqu'il s'agit du prononcé d'un divorce ou de l'abandon de la titularité de l'autorité parentale. La spécificité de la médiation familiale tiendrait davantage à sa pratique qu'au cadre juridique la garantissant. De surcroît, l'expression de ce particularisme se manifeste par l'attention qui lui est aujourd'hui portée, notamment par la création d'institutions spécifiques tel le Comité national consultatif de la médiation familiale⁶ et la profession de médiateur familial⁷. Sur le plan procédural, Madame le professeur DOUCHY-OUODOT met en lumière⁸ un mouvement général d'adaptation du droit procédural à l'exigence de simplicité du contentieux familial.

¹ V. ÉGÉA, « L'essor de la médiation familiale, un modèle pour les MARC ? », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2011, déc., n° 88, 4476.

² V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Le cadre juridique de la médiation familiale », in *La résolution amiable des différends dans le contentieux familial*, L. ANTONINI-COCHIN (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 24.

³ Art. 265 al. 2 du Code civil.

⁴ Art. 267 du Code civil. Sur les difficultés posées par ce règlement amiable, V. *infra*, spec. n° 185 et s.

⁵ En vertu de l'article 22-1 de l'ordonnance, les accords de médiation sont impossibles afin de désigner un médiateur pour lui déléguer les tentatives préalables de conciliation prescrites par la loi en matière de divorce et de séparation de corps.

⁶ Mis en place par l'arrêté du 8 octobre 2001.

⁷ Dont le décret du 2 décembre 2003, puis l'arrêté du 12 février 2004 créent un diplôme d'État de médiateur familial, en structurant la profession et en donnant les garanties de formation.

⁸ M. DOUCHY-OUODOT, « 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*, I. MARIA, M. FARGE (dir. de), Institut Universitaire Varenne, coll. « Colloques&Essais », 2014, pp. 131-147.

Conjugué au développement du consensualisme, ce mouvement conduit le législateur à instituer une procédure familiale commune¹. Autant de spécificités ne peuvent qu'enrichir les modes alternatifs de règlement des conflits en leur imprimant une spécificité à partir du modèle de la médiation familiale².

182. La prise en charge du coût de la médiation. La prise en charge du coût de la médiation est déterminante de sa promotion comme mode habituel de règlement des conflits. Lorsque la partie bénéficie de l'aide juridictionnelle, l'État prend en charge les frais de médiation familiale. L'article 90 du décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991 détermine les coefficients affectés aux différentes procédures et ne prévoit pas d'indemnisation spécifique pour une telle mesure, judiciaire soit-elle ou conventionnelle³. En revanche, le barème prévoit une majoration de la rétribution de l'avocat limitée à deux unités de valeur toutes les fois qu'une mesure de médiation a été ordonnée par le juge, (ce qui correspond à 45 euros supplémentaires s'ajoutant aux 30 unités prévues notamment pour le divorce par consentement mutuel). Le rapport de Madame la sénatrice TASCA et Monsieur le sénateur MERCIER préconise de valoriser la participation des avocats intervenant au titre de l'aide juridictionnelle à l'entretien d'information préalable, à la médiation et à l'élaboration d'accords de médiation. Dans le même ordre d'idées, le rapport de Monsieur le président JUSTON privilégie la mise en place d'un barème national par séance et par partie, tout en prévoyant une majoration de la participation de l'avocat. La dimension financière relative à la prise en charge est déterminante de l'efficacité du dispositif. Pour preuve, le rapport canadien publié par le Comité d'action relatif à *l'accès à la justice en matière civile et familiale* rendu public en octobre 2013 fait état du bon fonctionnement de son système de justice, mais déplore le fossé existant « entre le coût des services juridiques et ce que la grande majorité des canadiens peuvent se permettre », l'aide juridictionnelle ne concernant que ceux dont les moyens sont extrêmement modestes. L'analyse en termes de prise en charge est plus éclairante lorsqu'elle est menée de concert avec le coût engendré par la fréquence des retours devant le juge. C'est bien la preuve que les parties parviennent difficilement à une solution globale et apaisée du conflit sans la médiation. Le rapport de la Direction générale des politiques internes du Parlement européen, particulièrement « Droits des citoyens et affaires constitutionnelles » relatif à la qualification du coût de situations conflictuelles mal réglées révèle que le coût moyen d'une action en justice au sein de l'Union européenne est de 10449 euros, contre un coût de 2497 euros pour une médiation⁴. L'économie d'argent, de temps et de surcharge de travail des tribunaux pourraient à terme, être considérablement réduits et favoriser une

¹ Cf. les articles 1137 et suivants du décret n° 2004-1158.

² V. ÉGEA, « L'essor de la médiation familiale, un modèle pour les MARC ? », *art. précit.*, 4476.

³ N. FRICERO, C. BUTRUILLE- CARDEW, L. BENRAÏS et alii, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2014-2015, p. 214, spec. 233-25.

⁴ *Ibidem.*, p. 215, spec. 233.31.

meilleure qualité du système de justice. Toute la mesure du problème de prise en charge est à sérieusement considérer pour un meilleur développement du dispositif.

Malgré ces données et un engouement certain pour le processus, la médiation ne constitue qu'un volet de la résolution des conflits qu'il convient de considérer à la lumière d'autres mécanismes de règlement amiable des différends familiaux.

β) Médiation familiale et convention de procédure participative

183. La convention de procédure participative de négociation assistée par avocat. Dans le même esprit d'incitation aux modes amiables de résolution des différends, l'introduction de la convention de procédure participative¹ (articles 2062-2068 du Code civil) tend à faciliter le règlement amiable des litiges sous l'impulsion des avocats². Traduction de la 47^{ème} proposition du rapport de Monsieur le professeur GUINCHARD, cet instrument suppose que les parties elles-mêmes aient la volonté de rechercher une solution au différend qui les oppose avant toute saisine du juge³, avec l'assistance de leur(s) avocat(s). À l'instar de la médiation, « ces procédés de règlement amiable des différends ont pour point commun, en France, d'être laissés à l'initiative des parties, qui, si elles sont parfois contraintes de rencontrer un tiers à cet effet, pourront décider de ne pas se soumettre à une telle mesure »⁴. En cas de refus, le litige est tranché par le juge bien que la tendance soit à la résolution par les parties elles-mêmes du différend qui les oppose. Pacte de non agression à durée déterminée, la convention permettra aux parties pendant le laps de temps convenu avec leur(s) avocat(s) d'œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution de leur différend. Elles s'engagent à ne pas saisir le juge⁵ sauf cas des mesures urgentes, conservatoires, ou de non-respect de la convention. L'objectif de simplification et

¹ L. n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à « l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires ». Sur ce nouveau mode de résolution des différends, V. : N. FRICERO, « Qui a peur de la procédure participative ? Pour une justice, autrement... », in *Justices et droit du procès, Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mélanges en l'honneur du professeur Serge GUINCHARD, 2010, Dalloz, pp. 145-154 ; F. G'SELL-MACREZ, « Vers la justice participative ? Pour une négociation « à l'ombre du droit », *D.*, 2010. Chron. 2450 ; S. AMRANI-MEKKI, « La convention de procédure participative », *D.*, 2011. chron., 3007 ; C. BUTRUILLE-CARDEW, « La place du droit collaboratif dans les MARC », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2011, n° 12, n° 69 ; M. DOUCHY-OU DOT, « La convention de procédure participative, commentaire de la loi du 20 décembre 2010 », *Rev. procédures*, 2011, n° 3, mars, comm. 99 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale ? (À propos de la médiation obligatoire et de la convention de procédure participative), *art. précit.*

² S. GUINCHARD, *rapp. précit.*, p. 22.

³ Cette restriction a néanmoins été quelque peu atténuée par le décret du 15 mars 2015 qui modifie l'article 757 du Code de procédure civile. Désormais, l'alinéa 2 de ce texte dispose que la remise au greffe d'une copie de l'assignation doit être faite dans les quatre mois, « faute de quoi celle-ci sera caduque, à moins qu'une convention de procédure participative ne soit conclue avant l'expiration de ce délai. Dans ce cas, le délai de quatre mois est suspendu jusqu'à l'extinction de la procédure conventionnelle ».

⁴ M. DOUCHY-OU DOT, *Pan. contentieux familial*, *D.*, 2013, 798.

⁵ Art. 2062 du NCPC.

d'allègement de certaines procédures¹ y est perçu en termes de gain de temps, de moyens et de prévisibilité². Construite autour de l'idée d'association du justiciable au processus judiciaire, cette justice alternative permet « de rechercher une véritable justice de proximité (qui) passe légitimement par une plus grande participation des intéressés à la solution de leur litige »³. Réservée aux matières mettant en cause les droits disponibles⁴ de l'individu, elle a été étendue au divorce et à la séparation de corps⁵, la phase contractuelle cédant ensuite la place à une procédure « formée et jugée suivant les règles du titre VI du livre 1^{er} du Code civil »⁶. À défaut d'accord trouvé, la procédure de droit commun reprend son cours devant le juge -l'instauration d'une passerelle simplifiée a été prévu- sans que les parties soient soumises au préalable de conciliation ou de médiation judiciaires⁷.

184. L'articulation de la médiation avec la convention de procédure participative. La convention de procédure participative se démarque de manière significative de la médiation, qu'elle n'exclut pas. À l'inverse de la seconde, la convention de procédure participative repose sur un processus structuré établi sur le mode judiciaire - que le Code de procédure civile distingue nettement⁸. Sécurisant par la présence obligatoire d'un avocat lors de la phase contractuelle, l'accord des parties est rendu exécutoire par le juge en fin de processus. Alors que la médiation⁹ est le plus souvent abandonnée à la volonté des parties et ne constitue pas toujours le tremplin efficace à la recherche d'accords, le recours nécessaire aux services d'un avocat afin de conclure une convention de procédure participative témoigne d'une volonté réelle et sérieuse des parties de trouver un accord à leur conflit. C'est pourquoi les parties, bien qu'ayant conclu une telle convention, devraient pouvoir soumettre un point de leur conflit au processus de médiation. Elles pourraient notamment décider d'y avoir recours concernant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, une fois le conflit conjugal désamorcé grâce à la convention de procédure participative. La distinction entre le conflit conjugal et le désaccord parental favoriserait l'association de l'enfant à la médiation en fin de processus. Une telle combinaison serait même encouragée, l'avocat ne remplissant pas les mêmes fonctions qu'un médiateur. Formé à une fonction d'assistance et de conseil, l'avocat ne

¹ Cf. L. n° 2009-526 du 12 mai 2009, *J.O.*, 13 mai 2009, p. 7920.

² Madame le professeur FRICERO exprime ainsi cette prévisibilité, « qui suppose la définition de principes de nature à éviter que la stratégie contractuelle soit fondée sur la déloyauté, l'inégalité des armes, et l'exploitation de la faiblesse ou du manque d'information de l'un des contractants », « Qui a peur de la procédure participative ? Pour une justice, autrement... », *art. precit.*, p. 149.

³ *Ibidem.*, p. 148.

⁴ Art. 2064, al. 1 C. civ.

⁵ Art. 2067 C. civ.

⁶ Art. 2066 CPC.

⁷ Art. 2066 C. civ.

⁸ Art. 1544 à 1555 pour ce qui concerne la phase contractuelle, et art. 1555 à 1564 pour ce qui concerne la procédure aux fins de jugement.

⁹ Cf. *supra*, spec. n° 101.

l'est pas pour les outils de la communication, notamment pour le recueil de la parole de l'enfant. Une telle alternative, combinant harmonieusement les deux modes de règlement amiable n'a pas toujours été privilégiée par la Cour de cassation. Deux décisions de la Cour de cassation en ont limité, pendant un certain temps, la portée.

185. La question de l'étendue des compétences du JAF en matière de liquidation. L'objectif du législateur à l'occasion de la réforme du divorce en 2004 était de favoriser un *continuum* entre la procédure de divorce et la procédure en liquidation et en partage des intérêts patrimoniaux du couple¹, afin de faire une sorte de divorce « tout-en-un »². Tout en maintenant la compétence du JAF pour statuer sur les demandes de maintien de l'indivision ou d'attribution préférentielle, la loi du 26 mai 2004 élargit ses pouvoirs à l'octroi à chacun des époux d'une avance sur sa part de communauté ou de biens indivis³. Exceptionnellement toutefois, le juge du divorce se muait en juge de la liquidation, la même loi lui ayant confié le pouvoir de statuer sur les désaccords persistants entre époux⁴ lorsqu'un notaire a été désigné sur le fondement de l'article 255, 10° du Code civil. Hormis cette exception, et faute de règlement conventionnel par les époux de leur régime matrimonial, le juge continuait, conformément à l'esprit qui animait le législateur en 2004, à ordonner la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux⁵. Or, cet équilibre sera rompu par la loi de simplification du droit –inspirée des travaux de la commission GUINCHARD– du 12 mai 2009⁶ qui fait du JAF le juge de la liquidation et du partage⁷ des intérêts patrimoniaux en lieu et place du tribunal de grande instance normalement compétent⁸. L'idée portée par cette loi –aux antipodes de ce qui avait été fait

¹ Avant 2004, le juge du divorce statuait sur les éventuelles demandes de maintien de l'indivision ou d'attribution préférentielle et ordonnait la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux (C. civ., art. 264-1 dans sa version antérieure à la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004). Il n'avait aucune compétence sur la détermination du régime matrimonial ni pour sa liquidation. Au mieux, celui-ci désignait un notaire pour procéder aux opérations de liquidation et de partage. En cas de désaccord, ce dernier établissait un procès-verbal des difficultés qu'il transmettait au tribunal de grande instance, seul compétent pour trancher ces difficultés.

² Pour reprendre l'expression de Monsieur le professeur Pierre MURAT. Cf. la chronique droit de la famille, J. RUBELLIN-DEVICHI (dir. de), *JCP, G*, 2016, n° 1-2, 35, spec. n° 4.

³ La dualité de l'instance en divorce et de l'instance en partage a été maintenue au lendemain de la réforme du divorce en 2004, bien que les effets patrimoniaux qui en découlent soient aujourd'hui indépendants du prononcé des torts. Cf. l'article 267-1 du Code civil, issu de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 lequel désignait « le tribunal » chargé de procéder au partage. L'article 1115 du Code de procédure civile issu du décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004 prévoit que la proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux au sens de l'article 257-2 du Code civil devant accompagner l'assignation en divorce, ne « constitue pas une prétention au sens de l'article 4 ».

⁴ En vertu de ce texte, « si le projet de liquidation du régime matrimonial établi par le notaire désigné sur le fondement de l'article 255, 10° contient les informations suffisantes, le juge, à la demande de l'un ou l'autre des époux, statue sur les désaccords persistants entre eux ».

⁵ Art. 267-1 C. civ.

⁶ L. n° 2009-526 du 12 mai 2009, précitée.

⁷ L'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire dispose que « le juge aux affaires familiales (...) connaît de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux des époux (...) sauf en cas de décès ou de déclaration d'absence ».

⁸ Visée à l'article 267-1 du Code civil.

en 2004- est de permettre au juge de vider sa saisine en prononçant le divorce¹. Se posait alors la question technique relative à l'articulation de la procédure de divorce et la procédure de partage, les deux relevant désormais du même juge, avec cette nuance que, pour statuer sur les opérations de liquidation et de partage, une nouvelle assignation devait être effectuée. La dualité de l'instance permettait ainsi au couple, lorsqu'il le souhaitait, de procéder au partage amiable de ses intérêts patrimoniaux sans avoir recours au juge. Pour autant, la dualité de l'instance s'accommodait mal avec l'objectif du législateur en 2004, qui souhaitait mettre en place un *continuum* entre le prononcé du divorce et les opérations de partage et de liquidation.

Dans ce contexte, une partie de la doctrine a légitimement pu croire à l'émergence d'une nouvelle conception de l'instance en divorce par laquelle le JAF disposerait d'un bloc de compétences élargi², regroupant les compétences jusque-là dévolues au juge des tutelles, au tribunal d'instance et au tribunal de grande instance³. Or, une circulaire du ministère de la Justice⁴ maintient la conception dualiste de l'instance⁵. Bien qu'elle soit source de confusions en pratique⁶, elle avait l'avantage de permettre aux parties de trouver un accord amiable avant toute saisine du juge. À défaut, une nouvelle assignation leur permettait de demander le partage judiciaire de leurs intérêts patrimoniaux. Or, l'ambiguïté des textes⁷ conduira la Cour de cassation⁸, à l'occasion d'un arrêt non publié, à considérer que le juge du divorce peut désigner le notaire chargé de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux.

186. La mise en péril corrélative de la convention de procédure participative.

Dans le droit chemin de l'arrêt rendu en avril, la Cour de cassation⁹ censure par trois arrêts rendus le même jour la Cour d'appel toulousaine dans un attendu de principe : « *en refusant ainsi de désigner un notaire, ce qui rendait impossible la mise en oeuvre des opérations de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux du couple, la cour*

¹ Or, l'article 267 alinéa 1^{er} du Code civil affirmait toujours que « le juge, en prononçant le divorce, ordonne la liquidation et le partage ».

² En ce sens : V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La centralisation des contentieux : le nouveau bloc de compétence du JAF », in *Les transformations du contentieux familial*, L. WEILLER (dir. de), Marseille, PUAM, 2012, pp. 19-34.

³ C. BRENNER, *D.*, 2012, 2011. Pour l'auteur, les difficultés actuelles sont étroitement liées à l'état des différents textes, mal coordonnés les uns par rapport aux autres.

⁴ Circ. CIV10/10, 16 juin 2010 de présentation de l'article 14 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009.

⁵ La circulaire précise qu'à défaut d'accord des parties, le juge n'a pas, au stade du prononcé du divorce, la faculté « de désigner un notaire aux fins de procéder aux opérations de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux ou de commettre un juge ».

⁶ J. COMBRET, N. BAILLON-WIRITZ, « Liquidation et partage après divorce : une réforme urgente s'impose », *Rev. dr. fam.*, 2013, étude 6; C. BRENNER, *D.*, 2012, 2011, *contra*, E. BUAT-MENARD, *AJ fam.*, 2012, p 607.

⁷ En effet, l'adoption de la loi du 12 mai 2009 commandait une harmonisation du régime procédural du partage spécifique au divorce, cf. J. COMBRET, N. BAILLON-WIRITZ, « Rupture du couple : partage amiable et partage judiciaire des intérêts patrimoniaux », *JCP*, N, 2013, n° 17, 1105, spec. n° 60-62.

⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 12 avr. 2012, 11-20.195 ; *D.*, 2012, 2011, note C. BRENNER ; *AJ fam.*, 2012, 403, obs. S. DAVID; *RTD civ.*, 2012, 519, obs. J. HAUSER.

⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2012, n° 12-17.394, n° 11-17.377 et n° 11-10.449.

d'appel a méconnu l'étendue de ses pouvoirs en violation des articles 267 et 267-1 du Code civil ». Pour la Haute juridiction, le juge a la charge de désigner un notaire aux fins de liquidation¹ et peut, lorsqu'il l'a fait lors de l'audience de conciliation, se fonder sur le projet de liquidation pour fixer en cas de désaccord des époux le montant de l'indemnité d'occupation du logement².

Si le glissement vers une approche unitaire de l'instance s'inscrit dans l'esprit de simplification, d'accélération et de pacification de la procédure de divorce, une partie de la doctrine a pu y voir une « fronde » à la circulaire confirmant le maintien de la solution dualiste³. En définissant l'étendue des pouvoirs du juge, la décision de la Cour de cassation aboutit paradoxalement à évincer la convention de procédure participative⁴. En effet, l'incitation actuelle au règlement amiable du différend avant toute saisine juge ne s'accommode qu'imparfaitement avec l'obligation de désigner un notaire -en vue d'un partage judiciaire- lorsqu'une partie le sollicite. À considérer que le juge aux affaires familiales vide sa saisine par le prononcé du divorce, il est toujours loisible aux ex-époux de conclure une convention de procédure participative pour le partage de leurs intérêts patrimoniaux. À l'inverse, si le prononcé du divorce ne le dessaisit pas, les époux ne peuvent conclure -lorsqu'ils en conviennent- une convention de procédure participative ayant pour objet le partage amiable, celle-ci ne pouvant être conclue qu'avant toute saisine du juge. Pour Madame le professeur DOUCHY-OUDOT, la désignation par le juge aux affaires familiales du notaire ferait de lui « le juge du partage, tant et si bien que tout partage amiable disparaîtrait au profit du seul partage judiciaire, sans que l'on sache comment le juge du partage aura été saisi ». Ce paradoxe reflète, pour Monsieur le professeur ÉGÉA, la diversité des modalités d'exercice de la fonction de juger⁵ et appelle une clarification nécessaire dont dépendra l'avenir de la convention de procédure participative. Pour un autre auteur, la systématisation projetée du partage judiciaire aboutit plus « à allonger la durée moyenne des liquidations après divorce qu'à la réduire », et sera source de « (...) navettes interminables opérées entre notaire et juridiction »⁶. De plus, la nature de l'intervention du notaire reposerait sur un fondement incertain. Judiciaire, le partage effectué par le notaire le sera-t-il au titre d'une commission judiciaire ou d'un partage amiable ? Pour Monsieur le professeur HAUSER, « il s'agirait de faire, pour l'après-

¹ Spec. n° 11-10.449.

² Particulièrement, n° 11-17.377.

³ V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La fronde à la circulaire confirmée concernant les pouvoirs liquidatifs du JAF », *Rev. dr. fam.*, 2012, comm. 179.

⁴ L. JUNOD-FANGET, « La convention de procédure participative mise en danger par la Cour de cassation ? », *AJ fam.*, 2013, 105; E. BUAT-MENARD, *AJ fam.*, 2012, 607; même revue, 2013, 55, obs. P. HILT; *D.*, 2013, 798, pan. M. DOUCHY-OUDOT ; du même auteur, *Procédures*, 2013, comm. 19 ; V. ÉGÉA, « Un an de droit procédural de la famille », *Rev. dr. fam.*, 2013, n° 11, n° 1.

⁵ V. ÉGÉA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Paris, Defrénois, 2010 ; Particulièrement, « Un an de droit procédural de la famille », *art. précit.*

⁶ E. BUAT-MENARD, *AJ fam.*, 2012, p. 607.

divorce, ce qui a été fait depuis 1975 pour les causes de divorce en aménageant des passerelles. Pour avoir réformé, comme d'habitude par confettis, on a créé un *imbroglio* dont la Cour de cassation cherche heureusement et courageusement à sortir. Au delà c'est, globalement, le rôle du juge en matière familiale qui est en cause, entre l'ordre public du temps passé et rêves "softs" et participatifs d'aujourd'hui¹. Réitérant la solution consacrée en 2012, la Cour de cassation² maintient à l'occasion d'espèces rendues depuis, sa conception d'un divorce « tout-en-un ».

187. L'ordonnance du 15 octobre 2015 : le compromis trouvé. Une nette dissociation des deux procédures de divorce et de partage devait en conséquence être opérée afin de permettre une meilleure articulation des deux procédures entre elles, et permettre à la convention de procédure participative de trouver à s'appliquer. Pourtant, l'ordonnance du 15 octobre 2015³ -la loi du 16 février 2015⁴ ayant habilité le gouvernement à légiférer⁵ - ne consacre qu'implicitement cette séparation. Loin de faire œuvre de création et respectant scrupuleusement les termes de l'habilitation, l'ordonnance prévoit également un net accroissement des pouvoirs du juge. Ce dernier, en prononçant le divorce et à défaut de règlement conventionnel par les époux, statue -comme avant- sur les demandes de maintien dans l'indivision, d'attribution préférentielle et d'avance sur part de communauté ou de biens indivis⁶. Il peut également statuer sur les demandes de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux dans les conditions fixées aux articles 1361 à 1378 du Code de procédure civile⁷, et le faire d'office lorsqu'il s'agit de la détermination du régime matrimonial entre époux⁸. Si autrefois le juge était exceptionnellement compétent

¹ J. HAUSER, *RTD civ.*, 2013, p. 96.

² Cass. civ. 1^{ère}, 11 sept. 2013, n° 12-18.512; *Bull. civ.*, I, 2013, n° 164 ; *AJ fam.*, 2013, obs. P. HILT, p. 585; *D.*, 2014, obs. M. DOUCHY-LOUDOT, p. 689. Après la publication de la loi du 16 février 2015: Cass. civ. 1^{ère}, 4 mars 2015, n° 13-19.847.

³ Ordonnance n° 2015-1288 du 15 oct. 2015, portant simplification et modernisation du droit de la famille, *J.O.*, 16 octobre 2015, p. 19304. Pour les commentaires, V. : M. DOUCHY-LOUDOT, « La simplification et la modernisation de la famille par l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 », *Rev. procédures*, 2016, n° 1, étude 2 ; S. THOURET, « Réforme du droit de la famille : le juge du divorce et la liquidation », *AJ fam.*, 2015, pp. 598-600 ; E. BUAT-MENARD, « Réforme du droit de la famille : Accords et désaccords », *AJ fam.*, 2015, pp. 600-601 ; N. BAILLON-WIRITZ, « Liquidation et partage après-divorce : l'appel à une clarification a-t-il été entendu ? », *Rev. dr. fam.*, 2016, n° 1, dossier 2 ; Y. PUYO, « Le nouvel article 267 du Code civil : un compromis entre tradition et innovation », *Rev. dr. fam.*, 2016, n° 1, dossier 3.

⁴ L. 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, *J.O.*, 17 février 2016, p. 2961. Le décret d'application de l'ordonnance du 15 octobre 2015 a été adopté le 23 février 2016 : D. n° 2016-185, 23 févr. 2016, *J.O.*, 25 févr. 2016.

⁵ Sur le recours aux ordonnances en droit de la famille, cf. P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, Paris, LGDJ, 5^{ème} éd., 2016, n° 938, pp. 423-424. Pour les auteurs, un tel recours est contestable, particulièrement en droit de la famille. Il fait fi du débat de société, « de discussions et d'amendements », et met à mal la représentation populaire.

⁶ Nouvel art. 267 al. 1^{er} du Code civil.

⁷ Nouvel art. 267 alinéa 2.

⁸ Nouvel art. 267 al. 3, consacrant ainsi ce qu'avait déjà admis la Cour de cassation : Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 2013, n° 11-27.845; *D.*, 2013, note S. LE GAC-PECH, p. 1451; *AJ fam.*, 2013, p. 388, obs. A. BOICHE.

pour trancher les désaccords entre les ex-époux au sujet de la liquidation et du partage, l'ordonnance innove en inversant la nature de la compétence du juge¹ lequel peut désormais procéder à la liquidation sans projet d'état liquidatif. Celui-ci se voit donc investi de pouvoirs liquidatifs largement étendus². Cependant, cette compétence est tributaire du désaccord subsistant entre les parties, qu'elles doivent pouvoir justifier par tous moyens, notamment en produisant une déclaration commune d'acceptation d'un partage judiciaire indiquant les points de désaccord, ou un projet d'état liquidatif et de partage établi par un notaire désigné sur le fondement de l'article 255, 10° du Code civil³. L'idée de favoriser un partage amiable avant toute saisine du juge aux fins de partage judiciaire permettrait à la convention de procédure participative de satisfaire à un tel objectif⁴. Néanmoins, il a pu être reproché à l'ordonnance ses incertitudes tenant à la forme de la déclaration commune d'acceptation du partage judiciaire ou le caractère non encore systématique du recours au rapport du notaire désigné sur le fondement de l'article 255, 10°. À ces difficultés, le décret d'application de l'ordonnance en date du 23 février 2016 ébauche le régime procédural des demandes liquidatives présentées sur le fondement de l'article 267 alinéa 2 du Code civil. Il rétablit au Code de procédure civile un article 1116 qui impose aux parties de justifier par tous les moyens leurs désaccords « au moment de l'introduction de l'instance ». N'étant plus une condition de la compétence du JAF mais un simple moyen de preuve, le projet d'état liquidatif et de partage, lorsqu'il a été établi par un notaire désigné sur le fondement de l'article 255, 10° du Code civil, « peut être annexé ultérieurement aux conclusions dans lesquelles la demande de liquidation et de partage est formulée ». Concernant la forme de la déclaration commune, le texte précise que celle-ci doit être « formulée par écrit et signée par les deux époux et leurs avocats respectifs », ce qui exclut l'ouverture des opérations de partage par de simples conclusions concordantes. Un véritable acte procédural conjonctif est donc nécessaire. Or, le risque, tel que souligné par la doctrine, serait de « limiter considérablement en pratique l'ouverture "sèche" des opérations de partage judiciaire, simultanément au prononcé du divorce »⁵. Enfin, l'article 1116 alinéa 2 précise que « les points de désaccord mentionnés dans la déclaration commune d'acceptation d'un partage judiciaire ne constituent pas des prétentions au sens

¹ Y. PUYO, « Le nouvel article 267 du Code civil : un compromis entre tradition et innovation », *art. précit.*, spec. n° 17.

² Cf. récemment pourtant, avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance, Cass. civ. 1^{ère}, 25 sept. 2015, n° 14-21.525 ; *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 12, Y. PUYO, comm. 21. La Cour de cassation procède à une stricte application de l'article 267 en considérant que seule une expertise judiciaire peut fonder la compétence du juge du divorce pour trancher le contentieux de la liquidation et du partage. Or, cette solution « appartient peut-être déjà à l'histoire du contentieux familial » comme l'a souligné un auteur : cf. V. ÉGÉA, « Un semestre de droit procédural de la famille », *Rev. dr. fam.*, 2016, n° 2, chron. 1, spec. n° 19. Dans le même sens, rendu en application de l'article 267 dans sa rédaction antérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance : Cass. civ. 1^{ère}, 10 fév. 2016, n° 15-14.757; *D.*, 2016, p. 424.

³ Nouvel art. 267, al. 2.

⁴ THOURET, « Réforme du droit de la famille : le juge du divorce et la liquidation », *AJ fam.*, 2015, pp. 598-600.

⁵ D. FILOSA, P. SALVAGE-GEREST, V. AVENA-ROBARDET, « Réforme du droit de la famille », *AJ fam.*, 2016, p. 126.

de l'article 4 du présent code », ce qui signifie que la déclaration commune ne détermine pas l'objet du litige liquidatif mais les parties devraient pouvoir conclure ultérieurement quant aux conséquences liquidatives du divorce.

2- En droit maghrébin

188. La difficile émergence d'un cadre structuré. Il n'existe pour l'heure pas de réel cadre structuré en faveur de la médiation familiale au Maroc (α). Pourtant, les multiples initiatives témoignent d'une prise en compte croissante de ce mode de résolution des conflits, dont l'objectif à long terme est de permettre une meilleure effectivité des dispositions du Code de la famille (β).

α) Inexistence d'un cadre propre à la médiation familiale

189. L'absence de cadre juridique propre. Bien que le Maroc dispose depuis 2004 d'un nouveau Code de la famille, celui-ci ne traite pas expressément de la médiation familiale comme mode indépendant de résolution des conflits familiaux¹. Madame le professeur NAJI EL MEKKAOUI déplorait déjà, cinq ans après l'entrée en vigueur du nouveau Code, l'absence de stratégie ou de conceptualisation portant sur ce mode de règlement des conflits². L'auteur souligne l'insistance des textes à rappeler que « le recours à la dissolution du mariage ne doit avoir lieu qu'exceptionnellement ...du fait qu'elle entraîne la dislocation de la famille et porte préjudice aux enfants »³, mais sans que ne soient donnés les moyens d'y remédier⁴. Il est vrai que le Code prévoit lors de la procédure

¹ Il convient de préciser qu'une loi 08-05 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle a été publiée au Journal Officiel n° 5584 du jeudi 6 décembre 2007. Celle-ci abroge les dispositions du Code de procédure civile relatives à l'arbitrage et pose un nouveau dispositif régissant l'arbitrage et la médiation conventionnelle. Le texte de loi précise que n'entrent pas dans son champ les litiges relatifs au droit des personnes. L'article 180 du Code de procédure civile dispose que : « Lorsque le juge est saisi d'une procédure, il convoque immédiatement les parties à une audience. À cette première audience, les parties doivent comparaître en personne ou par leur représentant légal et il est toujours procédé à une tentative de conciliation. Si cette conciliation intervient, le juge rend immédiatement un jugement constatant l'accord, qui met fin au litige, a force exécutoire et n'est susceptible d'aucun recours ». L'alinéa 1 de l'article 81 du Code de la famille, relatif au divorce sous contrôle judiciaire, dispose que « le tribunal convoque les époux pour une tentative de conciliation ». L'article 82 alinéa 2 poursuit : « En vue de concilier les conjoints, le tribunal peut prendre toutes les mesures utiles, y compris le mandatement de deux arbitres ou du conseil de famille ou de toute personne qu'il estime qualifiée. En cas d'existence d'enfants, le tribunal entreprend deux tentatives de conciliation, espacées d'une période minimale de trente jours. Si la conciliation entre les époux aboutit, un procès-verbal est établi à cet effet et la conciliation est constatée par le tribunal ». L'article 94 du même Code relatif au divorce judiciaire renvoie à l'article 82 afin de souligner qu'il incombe au tribunal de procéder à la conciliation.

² R. NAJI EL MEKKAOUI, *La Moudawana (Code marocain de la famille), Le référentiel et le conventionnel en Harmonie*, t. 3, *De la Réforme de la Moudawana à la concrétisation de son âme*, Rabat, 3^{ème} éd., Bouregreg, 2009, p. 70.

³ *Ibidem.*, p. 70.

⁴ Dans le même sens : K. ALLAOUI, « Vers l'établissement de la médiation familiale au Maroc », in *Approche plurielle des problématiques familiales*, Z. ELAMARI (réun. et coord. par), Rabat, Publications de la revue de la justice civile, t. 2, 2015, pp. 169-175 (en langue arabe).

de divorce une phase de réconciliation *ssolh* indispensable dans la gestion du conflit du couple, mais celle-ci ne constitue qu'une étape obligatoire lors de la procédure de divorce. Un couple demandeur de séances de médiation ne peut en faire la demande faute d'un dispositif indépendant, structuré et encadré de médiation. La seule alternative possible pour ce dernier est de saisir la justice d'une demande de divorce ou de trouver lui-même une solution, voire de recourir à ses frais aux services d'un thérapeute conjugal. Le plus souvent, un des membres de la famille de l'épouse ou de l'époux peuvent jouer de façon informelle le rôle de conciliateur¹. Lorsque le couple saisit la justice pour mettre fin à son union, le juge convoque obligatoirement le couple pour une tentative de conciliation, une seconde étant obligatoire lorsque le couple a des enfants. Or, le juge n'est pas un médiateur mais s'improvise en tant que tel face aux époux. Cette tentative de médiation n'offre pas au couple l'occasion de rétablir la communication, souvent rompue. Simple phase de réconciliation, elle ne permet pas non plus d'extérioriser le sentiment d'échec et de souffrance de l'un ou l'autre époux, afin d'apaiser l'animosité envers l'autre. De la même manière, le juge n'est pas ce professionnel formé aux techniques et modalités de la communication, en permettant au couple de librement s'exprimer dans un cadre confidentiel et extra judiciaire, sans peur d'être jugé. Les statistiques du Ministère de la Justice au cours des années 2010-2011 témoignent du faible taux de conciliation réussies lorsque celles-ci sont entreprises par le juge. Le même constat peut être effectué au sujet de la conciliation informelle intervenant à l'initiative de l'entourage. Celui-ci, bien qu'étant souvent une précieuse alternative à la dislocation de la famille, se limite bien souvent « à la situation extérieure sans se soucier de l'impact des mésententes exprimées sur l'inconscient et les sentiments profonds »² de chacun des conjoints.

190. Une conception de la médiation familiale, reflet de la conception des liens familiaux. Éminemment volontaire, la médiation devrait être mise à la disposition des époux afin que ceux-ci prennent conscience de l'ampleur de leur conflit – première étape de la « thérapie » conjugale-, en leur permettant d'y recourir en toute liberté. Telle que perçue outre méditerranée, la médiation familiale – abordée sous le seul angle de la conciliation- n'est au demeurant, que le reflet de la conception que l'on se fait de la famille. Si la matière familiale succombe de plus en plus au principe de disponibilité en France, celle-ci s'accompagne d'une transformation de la mission du juge qui, loin de renoncer à trancher le litige, fait largement la place au consensus en acceptant de *partager* sa fonction de juger

¹ Le professeur NAJI EL MEKKAOUI souligne que la médiation « a toujours eu place dans la société Islamique à travers les âges. Au demeurant, le *douar*, le quartier, la famille étendue, les amis, les *Imams*, les prédicateurs, les personnes dotées d'autorité morale et d'expériences...et généralement l'entourage des époux, furent tous habilités à faire appel aux arbitres ou se positionner eux-mêmes en tant que médiateur et prévenir la discorde et non uniquement la désunion). L'efficacité de ces coutumes est confirmé par le taux insignifiant du divorce dans les sociétés ancestrales ». Cf. R. NAJI EL MEKKAOUI, *La Moudawana (Code marocain de la famille), Le référentiel et le conventionnel en Harmonie*, op. cit., p. 324.

² R. NAJI EL MEKKAOUI, *La Moudawana (Code marocain de la famille), Le référentiel et le conventionnel en Harmonie*, op. cit., p. 329.

avec le justiciable¹. En droit maghrébin, le droit de la famille plus que tout autre domaine est considérablement empreint d'ordre public, lui-même teinté d'une forte connotation religieuse². À ce titre, la fonction du juge laisse une place très minime au consensus³ car son objet est moins d'y associer le justiciable que de maintenir une certaine conception de l'ordre public. Dans ce contexte pourtant, la mise en place d'une médiation familiale ne contreviendrait en rien à l'ordre public, car son objectif est de maintenir la durabilité de l'union en assainissant la relation conjugale. Le référent islamique lui-même préconise le *ssolh* à plusieurs reprises, peu important la personne qui en est l'initiatrice. Permettre au couple de recourir à des séances de médiation aurait pour vertu de le responsabiliser, en lui permettant d'extérioriser les sentiments négatifs et de prendre conscience du rôle qui incombe à chacun de ses membres dans la construction d'une famille. La société y gagnerait en termes de coût financier mais surtout d'allègement des procédures et de modernisation de l'appareil judiciaire.

191. La nécessité de promouvoir une culture judiciaire pacifiée. La place de la conciliation et de la médiation dans la politique familiale marocaine constitue pourtant le sixième grand fondement de la politique familiale islamique⁴ préconisé par Madame le professeur NAJI EL MEKKAOUI. Si la tentative de réconciliation vise à mettre un terme au différend qui oppose le couple, le moyen utilisé n'est pas adapté à une recherche de la pacification du conflit. Une fois entre les mains du juge, celui-ci a plus de chances d'être judiciairement tranché. C'est pourquoi il convient de promouvoir une culture de la médiation familiale en dehors du champ judiciaire en y incitant, à l'instar de la politique familiale française, tous les couples qui souhaitent saisir le juge aux fins de divorce. À titre d'exemple, toute saisine du juge ne serait permise qu'après avoir été informé et redirigé vers des séances de médiation familiale. Le médiateur mettra alors tout en œuvre afin de réconcilier les conjoints. Si à l'issue de deux séances la volonté du couple ne permet pas de

¹ V. ÉGÉA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Paris, Defrénois, coll. « Droit&Notariat », 2010.

² V. *infra*, n° 421 et s.

³ Dans ce même ordre d'idées, V. P. GANNAGE, « Aperçu comparatif : les pays du pourtour méditerranéen », in *La contractualisation de la famille*, D. FENOUILLET, P. DE VAREILLES-SOMMIERES (dir. de), Paris, Economica, 2001, pp. 247-256. L'auteur, tout en soulignant l'importance du pouvoir de la volonté des époux dans les droits religieux, notamment par la possibilité d'adjonction de clauses à l'acte de mariage, relève que la liberté « a un domaine plus restreint dans les droits religieux internes et peut seulement (comme on l'a observé) se déployer à l'intérieur de la réglementation du mariage, suivant les règles qui s'y trouvent édictés. Elle ne saurait se soustraire à cette réglementation et faire reconnaître juridiquement d'autres modes de formation des liens familiaux ». Cf. spec. p. 249.

⁴ Cf. R. NAJI EL MEKKAOUI, *La Moudawana (Code marocain de la famille), Le référentiel et le conventionnel en Harmonie*, op. cit., p. 323 et s. L'auteur insiste sur l'« appel divin d'anticiper la mésentente et de recourir aux arbitres ou médiateurs toutes les fois où la discorde entre les époux est à craindre » en vertu du verset coranique 35 de la sourate *Les Femmes* : « Si vous craignez le désaccord entre les deux (époux), envoyez alors un arbitre de sa famille à lui, et un arbitre de sa famille à elle. Si les deux veulent la réconciliation, Allah rétablira l'entente entre eux. Allah est certes, Omniscient et parfaitement Connaisseur ». Le même appel divin se retrouve dans un autre verset (234) de la sourate *La Vache* : « Et si, après s'être consultés, tous deux tombent d'accord pour décider ».

parvenir à accord, la rupture est inévitable. La médiation est question de culture judiciaire¹, et tout le défi dans les pays du Maghreb est de promouvoir cette culture de la pacification dans des sociétés caractérisées par « l'inflation vertigineuse de la divortialité et le surnombre des litiges judiciaires »². La médiation familiale constitue aujourd'hui l'élément incontournable d'une justice familiale saine, efficace et apaisée. Les expériences étrangères, notamment canadienne, peuvent à ce titre être une véritable source d'inspiration. Pour l'heure, cette mise en place bute sur les moyens matériels - modernisation du système judiciaire- et humains -formation et réglementation du métier de médiateur-. Madame le professeur NAJI EL MEKKAOUI suggère de confier la médiation aux institutions déjà existantes ayant prouvé leur utilité par le passé, telles « le Conseil de la famille³, les arbitres, la mosquée avec ses différentes composantes, les Conseils des Oulémas (savants de l'Islam), bénévoles, retraités du secteur judiciaire et parajudiciaire, les personnes jouissant d'une autorité morale, la société civile, notamment les centres d'écoute (...) »⁴. Si le juge demeure l'acteur incontournable d'une justice familiale efficace, il ne peut, à lui seul, assurer des missions d'enquête sociale relatives notamment aux autorisations de mariage des mineurs, la véracité des prétentions qu'il recueille ou l'identification des intérêts des parties vulnérables (essentiellement les enfants). Une meilleure structuration des différentes institutions et mécanismes nécessaires permettraient une meilleure effectivité du Code.

β) Un cadre en cours d'élaboration

192. Une promotion timide de la médiation au plan régional. Malgré ces difficultés, la société civile et certains mouvements associatifs œuvrent en faveur d'une meilleure connaissance et une plus large diffusion de la culture de la médiation. L'Association *Chaml* pour la Famille et la Femme a organisé les 20 et 21 novembre 2009 à Rabat, en partenariat avec l'UNIFEM (*United Nations Development Fund for Women*), l'Ambassade de Belgique et le Ministère de la Justice un colloque international autour du thème « *Le conflit familial entre l'approche juridique et la médiation* ». Cette manifestation a connu la participation d'experts internationaux de Belgique, de France, de

¹ V. en ce sens la thèse de A. KERMOUCHE, *La nouvelle pratique judiciaire dans le Code marocain de la famille*, Rabat, Publications Al-ma'arif, 2013 (en langue arabe).

² R. NAJI EL MEKKAOUI, *La Moudawana (Code marocain de la famille), Le référentiel et le conventionnel en Harmonie*, op. cit., p. 324.

³ Cette dernière instance, créée par le décret n° 2-94-31 du 26 décembre 1994 à l'occasion de la réforme de la *moudawana* en 1993, n'a jamais fonctionné, notamment pour des raisons organisationnelles. Relancée par le décret n° 2-04-88 du 6 octobre 2005 relatif à la composition et aux attributions du Conseil de famille, cette instance à laquelle les tribunaux peuvent recourir afin d'assister la Justice dans les affaires familiales (art. 25 al. 2 du CMF) ne connaît que très peu de succès. Selon le professeur NAJI EL MEKKAOUI, celle-ci n'a pas joui de l'intérêt des militants dont l'exigence de recherche de la conciliation n'est pas omniprésente, ainsi qu'en raison d'un trop grand retard accusé dans la mise en route du nouveau Code et de ses dispositions auprès des citoyens.

⁴ *Ibidem.*, p. 330.

la Suisse, d’Egypte, de la Tunisie, de la Mauritanie et du Maroc. À cette occasion, Monsieur Ayssar IBRAHIM, directeur des affaires civiles au ministère de la Justice a mis l’accent sur l’importance du rôle de la médiation dans le règlement des conflits familiaux, soulignant que ce type de médiation existe dans la vie quotidienne et permet le règlement de nombreux conflits. C’est pourquoi il convient de conjuguer tous les efforts en vue de sa promotion. Un autre colloque international a également été organisé les 10 et 11 octobre 2010, et le Centre de recherche juridique et judiciaire (CRJJ) a réuni le 10 février 2011 à Alger près de 140 médiateurs pour une assemblée générale constituante afin de créer l’Association nationale des médiateurs judiciaires algériens (ANMJA). Pour l’heure, en droit algérien, l’article 994 du Code de procédure civile et administrative prévoit qu’ « en toute matière, le juge doit proposer aux parties la médiation à l’exception des affaires familiales et prud’homales et des affaires susceptibles de porter atteinte à l’ordre public (...) ». Ceci signifierait-il que le droit algérien considère la médiation comme un procédé pouvant porter atteinte à une matière aussi teintée par l’ordre public que les affaires familiales ? Il convient probablement de distinguer médiation et conciliation, cette dernière demeurant tant en droit marocain qu’algérien une étape obligatoire de la procédure de divorce. C’est pourquoi il n’est pas possible de parler de réel processus de médiation autonome et structuré tel qu’il existerait en droit français.

Avec une longueur d’avance, le législateur tunisien adopte dès le 19 octobre 2010 un projet de loi portant création de la fonction de conciliateur familial chargé de trancher les litiges. Il modifie l’article 32 du Code du statut personnel qui permet désormais au « juge de la famille, après l’accord des deux époux en conflit, de se faire assister par un conciliateur familial désigné parmi les cadres relevant des structures de la promotion sociale, en vue de les réconcilier et de les aider à parvenir à une solution mettant fin à leur différend, dans le but de sauvegarder la cohésion familiale »¹. La liste des conciliateurs familiaux est établie sur la base d’un arrêté commun entre le ministre de la Justice et le ministre chargé des Affaires sociales. Si l’adoption de cette loi satisfait à l’exigence de protection de la famille, elle témoigne d’une avancée certaine en comparaison avec les voisins marocain et algérien. Surtout, cette initiative intervient en concrétisation du programme présidentiel *Ensemble relevons les défis* pour 2009-2014 et permet de considérer le juge de la famille autrement qu’un simple juge du divorce. Elle en fait avant tout un conciliateur. Cependant, la possibilité de recourir au conciliateur familial relève du pouvoir discrétionnaire du juge qui peut, si les deux conjoints y consentent, recourir à ce mécanisme.

193. Le Conseil de famille, une institution à régénérer ? L’article 251 alinéa 2 du Code de la famille institue un Conseil de famille « chargé d’assister la justice dans ses attributions relatives aux affaires de la famille. Sa composition et ses attributions sont fixées par voie réglementaire ». L’article 7 du décret fixant ses attributions² précise que le

¹ Art. 32 du CSP modifié par la loi n° 2010-50 du 1^{er} novembre 2010.

² D. n° 88.04.2 du 14 juin 2004.

Conseil mène une mission d'arbitre et d'*isslah* (rendre fonctionnel ce qui ne l'est plus) pour tout ce qui concerne les affaires familiales. Néanmoins, ses avis sont purement consultatifs. Selon cet article, le Conseil jouit de prérogatives élargies et peut intervenir tant en matière de divorce, de garde de l'enfant ou de pension alimentaire. Cependant, ce Conseil a davantage brillé par son effacement des affaires familiales. Cette situation est due au fait qu'il revient au juge en charge du litige de provoquer le Conseil à l'occasion d'une affaire. Celui-ci désigne alors quatre arbitres de l'entourage du couple, conformément au décret. Or, désigner des proches en vue de parvenir à un accord conjugal ne satisfait pas à l'exigence d'impartialité devant être celle du tiers intervenant. Le plus souvent, un des conjoints ne pourra exprimer en toute liberté ses sentiments, de peur d'être jugé. L'association d'acteurs sociaux ou de psychologues favoriserait un tel objectif¹. Le caractère purement consultatif de ce Conseil a également contribué à son effacement. Dès lors que le juge n'était pas tenu de convoquer un tel Conseil en vue du règlement du litige dont il était saisi, la pratique s'est développée de se passer des avis de ce Conseil. Cette marginalisation est d'autant regrettable que le Conseil de famille pourrait jouer un rôle déterminant dans le processus de conciliation. Une partie de la doctrine a même argué de la nécessité pour le juge de motiver le non recours aux services de ce Conseil². D'autres difficultés, tenant à l'absence de volonté des époux à constituer le Conseil, ou encore les frais inhérents au déplacement des arbitres désignés sont autant d'obstacles à son ineffectivité. Une régénération de ce Conseil dans les missions qui lui ont été dévolues serait à n'en pas douter un premier levier efficace dans la promotion de la médiation familiale. Cette régénération passerait par le caractère obligatoire de sa convocation par le juge et par la prise en compte des avis qu'il émet, en ouvrant sa composition à des professionnels neutres capables de recueillir la parole des époux dans un espace dédié à cet effet.

194. La prise de conscience de la nécessité d'institutionnaliser la médiation familiale. Sous l'égide du fonds de développement des Nations-Unies pour la femme et en collaboration étroite avec le ministère de la justice et des libertés, un projet d'appui aux sections de la famille pour la mise en œuvre du Code a été initié en 2011 par le Centre de recherches et d'études appliquées en développement humain (CREADH) au Maroc. Le projet s'inscrit dans le cadre du plan des Nations-Unies (2007-2011), dont un des principaux objectifs est d' « atteindre, en matière d'égalité de genre, des progrès significatifs »³. Un des axes d'intervention du projet d'appui aux sections de la famille repose sur la mise en place d'un mécanisme de médiation et de conciliation opérationnel. À cette fin, les sections de la famille pilotes du projet ont été les tribunaux de Benslimane,

¹ A. KECHBOUR, *La nouvelle pratique judiciaire dans le Code marocain de la famille*, Rabat, Publications Alma'arif, 2013, p. 47 (en langue arabe).

² *Ibidem.*, p.47.

³ Mais aussi réduire la vulnérabilité des femmes et des enfants, lutter contre la discrimination et renforcer les capacités des femmes.

Casablanca, Inzegane et Tanger, où des cellules de médiation ont été mises en place afin d'institutionnaliser un cadre de proximité adapté au traitement des conflits conjugaux¹.

À l'issue de l'évaluation de ce programme, il a été regretté que ce soient les juges et procureurs eux-mêmes qui ont assuré la fonction de médiateur, créant une confusion tant chez les acteurs eux-mêmes qu'auprès du public quant à la réelle signification du processus. Bien qu'aient été mobilisées les enquêtes sociales et les centres d'écoute comme acteurs supplémentaires pour alléger le travail du magistrat, celui-ci ne saurait être ce tiers impartial œuvrant à rétablir la communication, ni apaiser le conflit existant. Le risque d'une telle confusion est que les juges réduisent ces séances de médiation à une simple phase de réconciliation, qu'ils assurent déjà dans le cadre de la procédure de divorce. D'autres obstacles ont été pointés du doigt, particulièrement d'ordre organisationnel, sur le plan des ressources humaines, de coût engendré par le processus de médiation et d'infrastructures. En effet, l'inadéquation d'un processus de médiation mené au sein même des sections de la famille -rattachées aux tribunaux de première instance- est patente. L'absence d'un espace autonome, exclusivement dédié à la justice familiale et *a fortiori* à la médiation témoigne d'un avortement prématuré de l'objectif d'apaisement du conflit conjugal poursuivi par un tel processus. Pour autant de raisons sans doute, le ministère de la Solidarité, de la femme, de la famille et du développement social a procédé à une visite d'échanges avec l'Union nationale des associations familiales (UNAF) (du 28 au 30 janvier 2015), dont l'objet -outre de renforcer l'échange et le partenariat entre les deux pays- est de permettre une meilleure connaissance de la médiation en France, tant du point de vue de son dispositif institutionnel qu'associatif. À la fin de la même année (les 7 et 8 décembre 2015) a été organisé à Skhirate un Congrès international sur la médiation familiale. La poursuite de l'objectif d'échange sur les bonnes pratiques à partir d'expériences étrangères était naturellement au cœur des travaux. Gageons que le Maroc puisse adopter, dans les années à venir, une loi promouvant la médiation familiale comme processus autonome de résolution des conflits familiaux en phase avec les valeurs et spécificités de la société. Une telle entreprise ne pourra néanmoins se concrétiser que par un travail d'intériorisation de la culture de la pacification, mais aussi d'une profonde réforme du système judiciaire déjà en cours².

¹ En ce sens : K. ALLAOUI, « Vers la mise en place de la médiation familiale au Maroc », in *Approche plurielle des problématiques familiales*, Z. ELAMARI (réun. et coord. par), Rabat, Publications de la revue de la justice civile, t. 2, 2015, pp. 169-174 (en langue arabe).

² En ce sens, une charte présentant six recommandations a été présentée par la Haute instance du dialogue national en juillet 2013, disponible en ligne en langue arabe sur le site du ministère de la justice et des libertés. Disponible en langue française sur le portail juridique et judiciaire du ministère adala.justice.gov.ma

Section 2. La coparentalité dans l'intérêt de l'enfant

195. Intérêt de l'enfant et principe de coparentalité. Le droit commun de l'autorité parentale est irrigué par le principe de coparentalité. Celui-ci exige que les père et mère exercent à égalité leurs fonctions parentales dans l'intérêt de l'enfant¹. Durant le mariage, il revient naturellement aux parents de veiller à la prise en charge et à l'éducation de leurs enfants. Cette conception de l'autorité parentale est partagée tant par le droit français que par le droit marocain (§1). Si l'intérêt de l'enfant² fonde la coparentalité en mariage, celle-ci devrait pouvoir se poursuivre même après la séparation du couple. Le droit français se distingue sur ce point du droit marocain qui promeut une coparentalité liée à l'état de mariage. Que celle-ci se poursuive après la séparation ou qu'elle soit exclusivement liée à la situation matrimoniale des parents, la protection de l'intérêt de l'enfant qui en découle se révèle, dans l'un et l'autre cas, insuffisante (§2).

§1) Une protection commune de l'intérêt de l'enfant

196. L'intérêt de l'enfant au cœur des deux systèmes. Les vertus humanistes du droit ont conduit depuis plusieurs années maintenant à une protection accrue de l'enfant. La prise en compte de son intérêt a permis de repenser son bien-être dans le cadre familial et a largement nourri la réflexion doctrinale (A). La fréquence des séparations conjugales met pourtant à mal cet intérêt, que la jurisprudence s'efforce de préserver au mieux (B).

A) Les fondements de la protection

197. Des fondements distincts. Au-delà de l'écart entre la conception française et marocaine du droit de la famille, la réflexion portant sur les droits de l'enfant permet une relative convergence des législations en la matière³. Au regard de l'importance de la famille en tant que cellule de base de la société, la réflexion autour de l'enfant et son intérêt n'est pas absente du droit musulman classique. Elle y répond néanmoins à d'autres critères et à d'autres préoccupations qui ne sont pas ceux du droit français. Particulièrement, l'approche occidentale en termes d' « intérêt de l'enfant » (1) contraste

¹ P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2014, n° 554, p. 348.

² C. SANDRAS, *L'intérêt de l'enfant en droit des personnes et de la famille*, Thèse, Paris II, 2000, p. 442. L'auteur, citant M. BORE (*La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz, 1997), relève que l'absence même de définition de l'intérêt de l'enfant rend malaisé le travail d'unité d'interprétation de cette notion par les juges. Pour autant, l'intérêt de l'enfant fait en tant que tel l'objet d'un contrôle par la Cour de cassation et lui permet d'accéder à la catégorie de notion juridique. V. aussi, C. BRUNETTI-PONS, « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2011, n° 87, dossier supplément « Le statut de l'enfant depuis la Convention Internationale relative aux droits de l'enfant ».

³ M. DOUCHY-LOUDOT, « Les enfants et la séparation des parents », *RIDC*, 2010, pp. 623-651.

avec celle du droit musulman, qui privilégie une approche davantage orientée vers ses droits (2).

1- L'approche occidentale en termes d' « intérêt de l'enfant »

198. L'intérêt de l'enfant : un standard juridique. Pour Monsieur le professeur RIALS, le *standard juridique* est une expression de la règle de droit qui « vise à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité »¹. Pour un autre auteur, le *standard* (à la différence du concept indéterminé) « ne propose pas un cadre à l'intérieur duquel cheminerait la pensée mais, au contraire, un centre *autour duquel* gravite le raisonnement juridique, (tout en) offrant une normalité, une exemplarité (...) (à laquelle) se conformer. Sans prétendre au strictement déterminé, le standard s'entend-il pour le moins (...) d'une figure vers laquelle tendre suivant une fidélité commandée ou recommandée »². La définition donnée par Monsieur ROSCOE POUND du standard juridique rejoint l'idée du standard de Monsieur le professeur RIALS, en lui conférant une portée plus concrète. Il s'agit pour l'auteur d'« un procédé donnant la mesure moyenne de conduite sociale servant à juger une série d'actes »³. La plasticité caractéristique de l'« intérêt de l'enfant » le rapproche également de la *notion à contenu variable*⁴, son contenu pouvant varier dans le temps et d'un système juridique à un autre.

199. Les difficultés d'une définition. Pour Madame SANDRAS⁵, la définition de la notion d'« intérêt de l'enfant » doit être perçue telle « une directive, un ensemble de points de repère, qui laisse une marge d'appréciation au juge. Elle ne doit pas anéantir l'adaptation que permet l'intérêt de l'enfant (...). C'est la raison pour laquelle la définition doit, sans être imprécise, être large pour être valable quel que soit le domaine concerné et pour tenir compte de toutes les situations susceptibles de se présenter »⁶. Pour l'auteur, « l'intérêt de l'enfant est de vivre, de s'épanouir pleinement et de s'intégrer dans un milieu familial et un entourage sereins et matériellement convenables, de ne pas voir sa santé, son équilibre psychologique et moral compromis, de recevoir une éducation appropriée, d'être préparé à sa vie d'adulte et de voir son patrimoine préservé »⁷. Si la définition telle que proposée semble être suffisamment large pour contenir tous les domaines où l'intérêt de

¹ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard juridique*, Paris, LGDJ, 1980.

² A. PAPAUX, « Prolégomènes : paradigme pour une appréhension dynamique du droit », in *Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droits interne, international et comparé*, E. CASHIN RITAINE, E. MAITRE ARNAUD (dir. de), Genève-Zurich, Bruylant, 2008, pp. 3-4.

³ Cité par P. DELEBECQUE, « Standards in civil law systems », *RRJ*, 1988, p. 872.

⁴ J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variable*, C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 99. V. aussi, S. FREMEAUX, « Les notions indéterminées du droit de la famille », *R.R.J.*, 1998, p. 865.

⁵ C. SANDRAS, *L'intérêt de l'enfant dans le droit des personnes et de la famille*, Thèse Paris II, 2000.

⁶ *Ibidem.*, p. 433.

⁷ *Ibid.*, p. 434.

l'enfant peut avoir à s'exprimer-en fournissant une ligne de conduite au juge lors de son appréciation-, cette tentative de définition négligerait pourtant le critère de non-exclusivité. Déjà de mise dans certains domaines¹ révélant un conflit d'intérêts, il n'est pourtant pas inutile de le rappeler dans un contexte où est largement répandue l'idée d'un enfant-roi.

200. « Droits de l'enfant » et « intérêt de l'enfant ». La question portant sur les *droits* de l'enfant et son *intérêt* pourrait maladroitement conduire à considérer que tout ce qui est de son intérêt devrait être traduisible pour lui en termes de *droits à*. Or, tout droit accordé à l'enfant ne correspond pas nécessairement à ce qu'exige son intérêt. À la question portant sur la nature de cet intérêt, Monsieur le professeur OST² relève quatre caractéristiques pouvant lui être imprimées : l'imprécision, l'ubiquité, la souplesse et une potentialité subversive. Madame TRIBES y ajoute volontiers la neutralité³. Ce dernier trait de caractère conférerait à l'« intérêt » une permanence au regard de la diversité des situations et des époques. La notion résisterait également à la classification, la systématisation et la définition. Protéiforme, l'intérêt informe mais déforme aussi les secteurs les plus divers du système juridique par son intense variabilité⁴. Pour Monsieur le professeur DABIN, l'intérêt constitue une valeur économique ou morale appartenant à son titulaire. Dans le débat relatif au droit subjectif, il met l'accent sur la jouissance davantage que la possession du droit⁵. Pour Monsieur le professeur HAUSER, l'intérêt est une sphère d'équilibre à contenu variable dans certaines limites, la synthèse d'une volonté et d'un élément objectif⁶. Un début de réponse sur la question semble pouvoir être trouvé dans la pensée d'IHERING qui a clairement distingué l'*intérêt* et le *droit* dans son étude du droit romain⁷. L'auteur y a dégagé les deux éléments constitutifs du principe de *droit* : « l'un, *substantiel*, dans lequel réside le but pratique du droit, et qui est l'utilité, l'avantage, le gain assuré par le droit, l'autre, *formel*, qui se rapporte à ce but uniquement comme moyen, à savoir la *protection* du droit, *l'action en justice*. Celui-là est le fruit dont celui-ci est l'enveloppe protectrice »⁸. À partir de cette distinction, IHERING pose la définition selon laquelle « les droits sont des intérêts juridiquement protégés ». Préalable à ses droits subjectifs, l'intérêt de l'enfant constitue la finalité des droits subjectifs qui lui sont

¹ C'est notamment le cas dans le contentieux relatif au changement de nom et de prénom, de droit de visite, d'hébergement ou encore d'adoption.

² P. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir. de), *Droit et intérêt, Entre droit et non-droit : l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 185.

³ A. TRIBES, *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile*, Thèse, Paris II, 1975, p. X.

⁴ P. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir. de), *Droit et intérêt, Entre droit et non-droit : l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé, op. cit.*, p. 185.

⁵ V. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, 1952, p. 80.

⁶ J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Thèse, Paris, LGDJ, 1971, spec. pp. 61-65.

⁷ R. VON IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. IV, A. Marescq, 1878.

⁸ *Ibidem.*, p. 326.

accordés. Pour les satisfaire, le droit fournit les moyens d'action pour y parvenir : bonnes conditions de vie, construction et épanouissement personnel. En dépit de cet éclaircissement, la problématique de l'intérêt demeure entière, IHERING associant l'intérêt à la volonté. À considérer l'enfant titulaire de droits, celui-ci n'est pourtant pas apte à leur exercice.

201. Exercice des droits et notion d'intérêt. Madame MONTILLET DE SAINT-PERN met en lumière dans sa thèse¹ les deux positions doctrinales qui se font jour en Angleterre sur la question. Selon l'*interest theory*, les droits dérivent des intérêts de la personne. De ce point de vue, une personne n'a de droits que si son intérêt est suffisant pour en justifier et imposer un devoir à une autre personne. Cette théorie protègerait donc les intérêts de la personne indépendamment de ses choix. HIERING s'inscrit dans ce courant de pensée du fait de l'importance qu'il attache à l'intérêt et la finalité du droit, indépendamment de la volonté. À l'opposé, la *will theory* met en avant l'idée que l'on ne peut parler de droit que lorsqu'une personne est apte à l'exercer, le faire exécuter ou y renoncer. Cette position établit un lien étroit entre la titularité d'un droit et son exercice, laquelle ferait défaut chez les enfants mineurs faute de jouir d'une pleine capacité juridique. Cette théorie conteste donc la possibilité pour les enfants mineurs d'être titulaires de droits.

202. Intérêt « concret » et intérêt « abstrait ». Fonctionnelle et extrêmement malléable, l'intérêt de l'enfant peut viser plusieurs objectifs. Il n'existerait à cet égard pas un intérêt de l'enfant mais différents intérêts qu'il convient de préserver au mieux. Des considérations d'ordre moral, psychologique, affectif, physique, éducatif, matériel et pécuniaire peuvent coexister². Elles sont également évolutives avec l'âge de l'enfant, c'est pourquoi chacune d'elles doit être appréciée concrètement par le juge, selon le domaine en cause. À titre d'exemple, l'intérêt de l'enfant sera souvent pécuniaire et patrimonial lorsque le juge est amené à apprécier sa vocation successorale ou son aptitude à recueillir les bénéfices d'une législation favorable en matière d'accidents du travail³. Le rôle du magistrat revêt toute son importance car c'est à lui que revient la charge, en dernier lieu, de décider de ce qui est le mieux dans son intérêt. Si la Cour de cassation ne veille qu'au contrôle de la motivation des juges du fond sans se préoccuper de la qualification des faits qu'elle leur abandonne, elle vérifie néanmoins que l'intérêt de l'enfant constitue le critère décisionnel des juges. La difficulté est encore plus grande pour le juge qui doit combiner l'appréciation *in concreto* à l'appréciation *in abstracto*, « puisque lorsqu'il est amené à prendre sa décision, (il) met en parallèle la situation concrète de l'enfant avec une représentation abstraite de ce que devrait être sa situation »⁴.

¹ L. MONTILLET DE SAINT-PERN, *La notion de filiation en droit comparé, droit français et droit anglais*, Thèse, Paris II, 2013, pp. 265-266, spec. n° 467.

² C. SANDRAS, *L'intérêt de l'enfant dans le droit des personnes et de la famille*, op. cit., pp. 351-365.

³ Chb. réunies, 8 mars 1939, *D.*, 1941, p. 37, note L. JULLIOT DE LA MORANDIERE.

⁴ M.-P. ROSADO, « L'intérêt supérieur de l'enfant depuis le revirement sur l'applicabilité directe de la Convention de New York », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2006, nov., p. 35, spec. p. 37.

2- L'approche islamique des « droits de l'enfant »

203. La protection des droits de l'enfant. La législation islamique se préoccupe de l'enfant à tous les stades de sa vie¹. À cet égard, celle-ci distingue cinq étapes dans son développement, chacune d'elles devant répondre à son intérêt pendant une phase donnée de sa vie². Lorsqu'il évoque la création de l'enfant³, le Coran se réfère à une combinaison de liquides, comportant les traits physiques et psychiques des parents dont dépendront les caractéristiques de leur enfant. L'idée est de mettre l'accent sur le facteur de l'hérédité, le prophète insistant sur la responsabilité incombant aux conjoints dans le choix du partenaire de vie⁴. La première phase de la protection s'étend de la conception du fœtus jusqu'à sa naissance. Sa qualité d'être humain pendant le développement fœtal lui confère le droit de se développer et de naître. Naturellement, l'avortement est interdit pour permettre l'effectivité de ce droit. Dès la naissance et jusqu'à l'âge de sept ans, les parents doivent particulièrement faire preuve de tendresse à l'égard de l'enfant et le choyer. L'établissement de sa filiation constitue un droit imprescriptible auquel il est en droit de prétendre. De la même manière, l'enfant a droit à un prénom agréable. Pendant les deux premières années de la naissance, l'allaitement maternel est un devoir de la mère à son égard⁵. À partir de sept ans et jusqu'à l'âge de la puberté, l'enfant doit être préparé à devenir une personne responsable. C'est à partir de ce moment que commence sa socialisation et son éducation, pour lui inculquer les règles morales de conduite et les valeurs de la société islamique. La *sourate* coranique qui concentre le plus de versets relatifs à l'éducation des enfants est celle intitulée *Loukmane*, dans laquelle est rapporté l'enseignement que ce Sage dispensait à son fils. Après le culte voué à Dieu et la reconnaissance qui lui est due ainsi qu'à ses parents, cette *sourate* insiste sur le bon comportement que doit avoir l'enfant en société. Tout en lui enseignant la modestie, *Loukmane* y incite son fils à observer la nature autour de lui -car elle constitue « autant de bienfaits de la part de Dieu »- et à avoir une attitude scientifique, en se fiant à ses propres observations sans écouter ceux qui donnent leur opinion sur un sujet qu'ils ne maîtrisent pas⁶. Pendant cette période aussi, l'enfant a droit à l'enseignement, aux activités sportives, particulièrement la natation, le tir à l'arc et l'équitation⁷. Il est préparé à accomplir ses pratiques religieuses (prière et jeûne). La dernière étape court de la puberté à la majorité de

¹ M. NOKKARI, « Le statut de l'enfant dans le Coran et dans la sunna », in *L'enfant en droit musulman (Afrique, Moyen-Orient)*, L. KHAÏAT, C. MARCHAL (dir. de), Paris, Société de législation comparée, 2008, pp. 33-44 ; Y. KASSEM, « Rapport égyptien », in *La protection de l'enfant*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, Paris, Economica, 1981, pp. 91-100.

² M. NOKKARI, « Le statut de l'enfant dans le Coran et dans la sunna », *art. précit.*, p. 36.

³ *Sourate L'homme*, verset 2.

⁴ Le futur conjoint est choisi pour ses qualités morales et physiques. Il est idéalement exempt de toute maladie contagieuse ou héréditaire grave afin d'en limiter la transmission à l'enfant.

⁵ *Sourate La Vache*, verset 232.

⁶ M. NOKKARI, « Le statut de l'enfant dans le Coran et dans la sunna », *art. précit.*, p. 42.

⁷ *Ibid.*, p. 41.

l'enfant. Celui-ci est responsable de ses actes, il accomplit ses devoirs religieux, poursuit ses études et agit de la meilleure façon avec ses parents. La législation islamique pose également le principe général de préservation des biens de l'enfant, de les faire accroître et fructifier jusqu'à sa majorité, où les biens doivent lui être versés. Cependant, les droits de l'enfant ne sont pas seuls considérés, mais une importance capitale est accordée aux obligations d'ordre moral, centrées autour du respect que doivent les enfants à leurs parents et dont le Coran rend largement compte¹.

204. L'adhésion à la protection régionale et internationale des droits de l'enfant.

Bien que le Maroc ait souscrit aux conventions internationales protégeant l'enfant², les règles juridiques internes³ s'inscrivent indiscutablement dans le cadre islamique. En effet, le Maroc a adopté, lors du 7^{ème} sommet de l'organisation de la Conférence islamique tenue à Casablanca du 13 au 15 décembre 1994, la Déclaration sur les droits et la protection de l'enfant dans le monde islamique. Celle-ci rassemble les droits de l'enfant jugés primordiaux dans la conception islamique, au premier rang desquels les droits du fœtus. Suite logique de cette Déclaration, la 32^{ème} Conférence des ministres des affaires étrangères réunies du 28 au 30 juin 2005 au Yémen adopte le Covenant des droits de l'enfant en Islam⁴, dont l'objet est de guider les États parties dans la protection qu'ils accordent à l'enfant, « par les valeurs et les principes de l'Islam, par le rôle tant historique que civilisateur de l'*umma* islamique et par les règles de la Charia islamique », en poursuivant les efforts de l'Organisation de la Conférence islamique et ceux de l'ONU⁵. L'attachement à ce référentiel et son affirmation vont de pair avec la protection internationale dont l'enfant est l'objet. En droit marocain, la prise en compte de l'intérêt de l'enfant⁶ tel qu'entendu dans les conventions internationales a permis l'ouverture de

¹ Sourate 17 *Al Israe*, verset 23-24. Sourate 31 *Loukmane*, verset 14.

² V. A. MOULAY R'CHID, « Les droits de l'enfants dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans », in *Rec. Cours acad. dr. inter.*, 1997, t. 268, pp. 1-290.

³ Z. ALHARR, « Les droits de l'enfant en droit marocain », in *L'enfant en droit musulman (Afrique, Moyen-Orient)*, *op. cit.*, pp. 229-251.

⁴ Cf. à propos de ce Covenant, M. A. AL-MIDANI, « La protection des droits de l'enfant au sein de l'Organisation de la Conférence Islamique », in *Vingt ans de l'IDHL. Parcours et réflexions*, Cahier spécial, Institut de Droits de l'Homme de Lyon, Lyon, 2006, pp. 121-135.

⁵ Le Royaume du Maroc a signé la Convention relative aux droits de l'enfant le 26 juin 1990 et l'a ratifiée le 12 juin 1993, *B.O.*, 19 décembre 1996, n°4440, p. 2847.

⁶ L'article 32 de la constitution marocaine proclame que l'enseignement fondamental est un droit de l'enfant et une obligation de la famille et de l'État. Le Code de la famille réserve une section entière aux droits de l'enfant. L'article 54 y énumère les droits que celui-ci est en droit d'avoir. L'enfant a droit à la protection de sa vie et de sa santé de la grossesse jusqu'à la majorité. Il a également droit à la préservation de son identité, notamment ses nom, prénom, nationalité et le droit d'être inscrit à l'état civil. L'enfant a également droit à une filiation, au droit de garde, à la pension alimentaire et, si possible, l'allaitement par sa mère.

plusieurs chantiers d'adaptation des lois¹, et il est permis de croire que celui-ci constitue le point de convergence des deux civilisations².

B) Les moyens de la protection

205. La participation de l'enfant à la détermination de son intérêt. L'enfant se voit reconnaître une autonomie croissante en droit français. La reconnaissance de ses droits et son association aux décisions qui le concernent selon son âge et son degré de maturité témoigne de cette tendance. Traduction de cette orientation, le droit d'être entendu par le juge lui permet d'exprimer ses sentiments à l'occasion de toute procédure le concernant (1). Bien qu'elle ne soit pas déterminante de l'issue du litige, la prise en compte de ses sentiments n'exclut pas la protection judiciaire dont il est l'objet (2). L'examen de la pratique judiciaire marocaine met en lumière une réappropriation de la notion d'intérêt de l'enfant pour protéger les droits qui lui sont reconnus dans la sphère familiale, loin de l'idée d'autonomie promue par le droit français (3).

1- La parole de l'enfant

206. La consécration juridique internationale et régionale de la parole de l'enfant³. L'évolution contemporaine des droits de l'enfant met en exergue l'idée que ce dernier ne peut subir les décisions des adultes⁴ fussent-ils ses parents ou un juge, sans donner son avis⁵. Cette idée trouve son fondement dans les textes internationaux⁶, en particulier la Convention Internationale des droits de l'enfant (ci-après CIDE)⁷. Ce texte

¹ Entre autres modifications, on compte la loi relative à l'état civil modifiée le 3 octobre 2002, la loi sur la *kafala* et sur les enfants abandonnés modifiée par la loi du 13 juin 2002, le Code de la nationalité modifié par la loi du 23 mars 2007 et le Code du statut personnel modifié le 2 avril 2004.

² M. DOUCHY-LOUDOT, « Les enfants et la séparation des parents », *art. précit.*, p. 634.

³ Sur le statut procédural de l'enfant, V. P. BONFILS, « Le statut procédural de l'enfant », in *Les transformations du contentieux familial*, L. WEILLER (dir. de), Marseille, PUAM, 2012, pp. 35-40.

⁴ V. en ce sens : P. MURAT, « La participation de l'enfant aux procédures relatives à l'autorité parentale : bref regard critique sur la diversité des situations », *Rev. dr. fam.*, 2006, n° 7, étude 31. Pour Monsieur le professeur MURAT, « l'examen du système de participation de l'enfant aux procédures relatives à l'autorité parentale laisse le sentiment d'une évolution inachevée, de solutions en demi-teinte : bref d'un entre-deux manquant de cohérence forte, comme si l'on avait renoncé à la conception ancienne sans pour autant se résoudre à en adopter une nouvelle ».

⁵ A. GOUTTENOIRE, « Dessine moi une procédure ou le statut procédural de l'enfant eu Europe », in *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, D. GADBIN, F. KERNALEGUEN (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 322 ; M. BRUGGEMAN, « Le droit d'être entendu », in *La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes&Commentaires », 2014, pp. 107-120.

⁶ J. DHOMMEAUX, « L'enfant dans l'ordre juridique international », in *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, *op. cit.*, pp. 5-30.

⁷ Convention de New York relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, ratifiée par la France par la loi n° 90-548 du 2 juillet 1990, *J.O.*, 5 juillet 1990, p. 7856. Pour les commentaires de cette loi, V. notamment : G. RAYMOND, « La Convention des Nations-Unies sur les droits de l'enfant et le droit français de l'enfance

rassemble les droits qui paraissent essentiels et fondamentaux pour l'enfant en maints domaines : civil, économique, social ou juridique, à travers le droit qui lui est accordé « d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant ». L'article 12 de cette Convention prévoit que « les États garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant ; les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité ». D'applicabilité directe¹ dans l'ordre juridique français depuis l'arrêt du 18 mai 2005², la Convention constitue une source d'inspiration du droit interne³. À côté de la CIDE⁴, la France a également signé le 4 juin 1996 la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant⁵. Émanant du Conseil de l'Europe et intégrée au droit interne par la loi n° 2007-1155 du 1^{er} août 2007, elle permet à l'autorité judiciaire de se saisir d'office dans les procédures⁶ intéressant l'enfant⁷. Lui sont désormais garantis le droit d'être informé, d'exprimer son opinion⁸ et d'être assisté par une personne appropriée de son choix dans les procédures l'intéressant⁹. L'article 6 de la Convention relative aux relations personnelles concernant les enfants consacre « le droit de l'enfant à être informé, consulté

(Convention du 20 novembre 1989), *JCP, G, I*, 1990, 3451 ; M.-C. RIVIER, « Éléments de droit de la famille dans la Convention sur les droits de l'enfant », in *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé, Université de Lille II, LGDJ, 1996, p. 77 ; C. MEININGER BOTHOREL, « Les apports de la Convention internationale des droits de l'enfant », *Gaz. Pal.*, 18-20 novembre 2007, n° 322, p. 4.

¹ La première chambre civile de la cour de cassation a affirmé à maintes reprises que la Convention s'appliquait non pas aux particuliers mais aux États signataires (Arrêt *Le Jeune*, 10 mars 1993). La position du Conseil d'état était tout autre puisqu'il considérait que la Convention était d'applicabilité directe aux particuliers (CE, 22 sept. 1997, affaire *Cinar*, *JCP, G, II*, 1998, 10051, note A. GOUTTENOIRE).

² Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, *Rev. dr. fam.*, 2005, n° 7, comm. 156, note A. GOUTTENOIRE.

³ Elle le sera probablement encore plus à l'avenir car la France a ratifié, le 20 novembre 2014, le protocole facultatif additionnel à cette convention lequel organise une « procédure de présentation de communication ». Cette procédure aurait pour objet de permettre aux particuliers de saisir le comité des droits de l'enfant afin d'invoquer une mauvaise application de la Convention.

⁴ Parmi les journées d'étude sur cet instrument, cf. A. LEBORGNE, E. PUTMAN, V. ÉGÉA (dir. de), *La Convention de New York sur les droits de l'enfant. Vingt ans d'incidences théoriques et pratiques*, Actes du Colloque du 15 janvier 2010 organisé par le Centre de Recherches en Droit Privé Kayser, PUAM, 2012 ; plus récemment : C. NEIRINCK, M. BRUGGEMAN (dir. de), *La Convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, Colloque organisé par l'Institut de droit privé de Toulouse I Capitole, le 22 avr. 2011, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes&Commentaires », 2014.

⁵ La Convention a été adoptée à Strasbourg le 25 janvier 1996 et signée par la France le 4 juin 1996. La loi n° 2007-1155 a approuvé la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants : *J.O.*, 2 août 2007, p. 12986 ; *Rev. dr. fam.*, 2007, n° 9, alerte n° 73. Cf. le décret portant publication de cette Convention n° 2008-36 du 10 janvier, *J.O.*, 12 janvier 2008, p. 674 ; *Rev. dr. fam.*, 2008, n° 2, alerte n° 19. Pour une présentation de la convention, V. : Y. BENHAMOU, « Aperçu critique du projet de Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants », *Gaz. Pal.*, 1995, II, p. 880 ; L. PETTITI, « Le projet de Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants », *LPA*, 3 mai 1995, n° 53, p. 31 ; N. FRICERO, « Ratification de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants : une promotion des droits procéduraux des moins de 18 ans ! », *RJPF*, janv., 2008, p. 8.

⁶ C. MARCHAL, « La place de l'enfant dans les procédures familiales », *AJ fam.*, 2009, p. 472.

⁷ Art. 8.

⁸ F. ALT-MAES, « Le discernement et la parole du mineur en justice », *JCP, G, I*, 1996, n° 3913.

⁹ Art. 2, 3 et 5.

et à exprimer son opinion »¹. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté le 13 mars 2009 une recommandation n° 1864 intitulée « Promouvoir la participation des enfants aux décisions qui les concernent », dans laquelle est encouragée leur participation aux procédures judiciaires les impliquant « en tant que composante importante d'une justice moderne et équitable », en invitant le « Comité des ministres, via ses organes compétents, à préparer des lignes directrices européennes pour une justice adaptée aux enfants »². La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne³ prévoit, outre la protection et les soins auxquels l'enfant est en droit de prétendre, la libre expression de son opinion pour les sujets le concernant en fonction de son âge et de son maturité⁴. Plus contraignant, le règlement *Bruxelles II bis*⁵ -devenu le droit commun des états membres de l'Union européenne- dispose que les décisions sur la responsabilité parentale ne peuvent être reconnues que si l'enfant a eu la possibilité d'être entendu⁶, le juge étant le garant de l'effectivité de ce droit⁷. L'audition de l'enfant est donc aujourd'hui une condition même de la circulation des décisions dans l'Union européenne⁸.

207. Cadre législatif interne de l'exercice de ce droit. Consacré en droit positif par la loi du 8 janvier 1993⁹ et généralisé par la loi du 5 mars 2007¹⁰, le droit à la parole¹¹ constitue aujourd'hui un véritable droit subjectif de l'enfant¹². Alors que le juge pouvait, avant la loi du 5 mars 2007, refuser d'entendre l'enfant qui le souhaitait en motivant son refus, le juge est désormais tenu d'entendre le mineur qui en fait la demande. Cette possibilité a été généralisée à l'article 388-1 alinéa 2 du Code civil : « Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande ». On est bien loin de la simple faculté laissée aux juges telle que consacrée par la loi du 8 janvier 1993. Néanmoins, la portée de ce droit

¹ Convention sur les relations personnelles concernant les enfants, 15 mai 2003, STE n° 192. Convention non ratifiée par la France.

² Conseil de l'Europe, (REC) 1864.

³ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000/C 364/01), *JOCE*, 18 déc. 2000.

⁴ Art. 24 de la Charte.

⁵ Regl. (CE) n° 2201/2003 du 23 nov. 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale. En ce sens : S. DJEMNI-WAGNER, « L'évolution du droit communautaire de la famille : le règlement "Bruxelles II bis" sur la responsabilité parentale », in *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, D. GADBIN, F. KERNALÉGUEN (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 191-201.

⁶ Art. 23, b, du règlement.

⁷ M. DOUCHY-LOUDOT, « L'effectivité du droit de l'enfant d'être entendu en droit positif », in *L'effectivité de la CIDE*, Colloque Lille 3 et 4 déc. 2009, *LPA*, 2010, n° 10, pp. 12-15.

⁸ Pour une étude, voir : A. RICHEL-PONS, « La parole de l'enfant et la circulation des décisions judiciaires en Europe », *Rev. dr. fam.*, 2006, n° 7, étude 32.

⁹ L'audition de l'enfant, consacrée aux articles 388-1 et suivants du Code, ne constituait qu'une simple faculté laissée à l'appréciation des juges. V. F. ALT-MAES, « Le discernement et la parole du mineur en justice », *JCP, G*, I, 1996, 3913.

¹⁰ L. n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, *J.O.*, 6 mars 2007, p. 4215.

¹¹ V. Le dossier consacré à « La parole de l'enfant » dans *l'AJ fam.*, 2014, n° 1.

¹² P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2014, n° 1152, p. 692.

varie selon le texte sur lequel se fonde la demande d'audition¹. Lorsqu'elle ne fait pas l'objet d'une disposition spécifique, la demande d'audition a pour fondement l'article 388-1 du Code civil. Le décret n° 2009-572 du 20 mai 2009² fixe les modalités procédurales relatives à l'audition en complétant l'article 388-1 du Code civil. Le régime du recueil de la parole de l'enfant est précisé aux articles 338-1 à 338-13 du CPC. Pour la première fois³ surtout, les modalités de la transmission du contenu de l'audition sont précisées. Dorénavant, le mineur capable de discernement est informé de son droit à être entendu et assisté d'un avocat⁴ à tous les stades d'une même procédure⁵. En cas d'appel, le conseiller de la mise en état peut également l'entendre⁶. Cette audition doit donner lieu à un compte rendu d'audition. N'ayant pas la qualité juridique de prétention⁷, les propos tenus par l'enfant ne sont pas nécessairement relatés dans le compte rendu, et le conseiller n'est pas tenu de motiver sa décision sur leur fondement. Le décret clarifie également les demandes d'audition de l'enfant lorsqu'elles émanent de ses parents. En effet, le juge peut rejeter la demande d'audition s'il « ne l'estime pas nécessaire à la solution du litige ou si elle lui paraît contraire à l'intérêt du mineur »⁸.

208. Le droit de l'enfant de ne pas s'exprimer. Selon l'article 371-1 alinéa 3 du Code civil, « les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité ». Le texte pose une nécessité de proportionnalité pour l'exercice de ce droit dans le cadre des litiges relatifs à l'autorité parentale. Cependant, la loi du 5 mars 2007 a ajouté à l'article 388-1 consacrant le droit à la parole de l'enfant la formule selon

¹ V. en ce sens la récente modification de l'article 353 du Code civil par la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfance, *J.O.*, 15 mars 2016. Cet article est enrichi d'un alinéa supplémentaire et dispose que « le mineur capable de discernement est entendu par le tribunal ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le tribunal à cet effet. Il doit être entendu selon des modalités adaptées à son âge et à son degré de maturité. Lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus. Le mineur peut être entendu seul ou 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 ».

² D. n° 2009-572, 20 mai 2009, *J.O.*, 24 mai 2009, p. 8649. V. : M. DOUCHY-OUUDOT, « L'audition de l'enfant en justice », *Procédures*, 2009, n° 8, étude 7, pp. 6-9.

³ P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs, op.cit.*, n° 1150, p. 691.

⁴ La Cour de cassation a précisé que cette information incombait à ses parents : Cass. civ. 1^{ère}, 28 sept. 2011, n° 10-23.502, comm. M. DOUCHY-OUUDOT, *Procédures*, 2012, n° 1, comm. 12. Le juge n'est pas obligé de convoquer systématiquement tout mineur qui ne fait pas une demande d'audition afin de vérifier qu'il en a bien été informé. En ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 26 juin 2013, n° 12-17.275, comm. C. NEIRINCK, *Rev. dr. fam.*, 2013, n° 9, comm. 118.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 24 oct. 2012, n° 11.18-849, comm. M. DOUCHY-OUUDOT, *Procédures*, 2012, n° 12, comm. 358; C. NEIRINCK, *Rev. dr. fam.*, 2013, n° 1, comm. 9. Est censurée la Cour d'appel de Lyon qui refuse de faire droit à la demande d'une mineure d'être entendue après la clôture des débats. Outre que l'enfant avait déjà été entendue, l'article 388-1 du Code civil n'impose pas que le mineur soit auditionné à chaque fois qu'il en fait la demande. Au-delà du non respect du principe du contradictoire, la censure de la Cour d'appel par la Haute juridiction semble signifier que cette dernière procède à une lecture excessivement stricte de l'article 388-1 et s'accorde mal avec l'utilité de la mesure dont le but est d'éclairer le juge dans sa décision. En faire à l'inverse un droit procédural absolu au profit de l'enfant ne sert pas son intérêt.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 28 janv. 2015, n° 13-27.603.

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 2014, n° 13-24.945.

⁸ Art. 338-4 al. 2 CPC. En ce sens : CA Rennes, 18 déc. 2012, RG n° 11/05482.

laquelle « lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus »¹. Si l'objet de l'audition est de faire participer l'enfant au processus d'élaboration de la décision qui le concerne en lui permettant d'exprimer ses sentiments, il est à craindre que cette affirmation « signifie que le juge pourrait contraindre l'enfant à être entendu »². Utilisé à outrance, le droit à la parole peut conduire à diluer les prérogatives parentales, ce qui n'est guère souhaitable. Une telle dérive va à l'encontre de l'objectif pour lequel ce droit a été institué, en contrariant l'exercice des droits parentaux. Il revient donc à la jurisprudence de faire preuve de prudence afin de ne pas systématiquement convoquer un enfant pour le faire parler³, car ce sont moins les sentiments de l'enfant qui intéressent le juge que ses conditions de vie, et la manière dont elles pourraient être modifiées par sa décision. Lorsque la demande d'audition est l'initiative d'un des parents -notamment au moment de la séparation- le juge donne un pouvoir à l'enfant qu'il ne peut assumer en raison de la faiblesse et la vulnérabilité inhérente à sa personne. Un tel pouvoir donné à l'enfant -au lieu de le structurer et l'aider- peut tout autant le fragiliser et l'affaiblir. Lorsqu'elle est demandée, la demande d'audition n'est, comme en témoignent de nombreuses décisions, que la traduction de l'instrumentalisation⁴ de l'enfant par des adultes qui en font leur arme de combat. Témoin obligé, l'enfant peut subir reproches et réprimandes de l'un ou l'autre de ses parents dès lors qu'il n'aura pas dit ce que le parent concerné voulait entendre. Cette situation justifie que les parents puissent taire l'information pour protéger leur enfant et le préserver du litige conjugal. Le décret du 20 mai 2009⁵ précise à cet égard que le compte rendu doit être fait « dans le respect de l'intérêt de l'enfant » ce qui implique, d'après la circulaire du 3 juillet 2009, qu'il n'y a pas lieu de faire une restitution intégrale des propos du mineur. Le juge peut se contenter de faire une synthèse de ce qui lui paraît utile pour la décision finale et passer sous silence ce qui pourrait nuire à l'enfant dans ses relations parentales. Dans de nombreuses situations

¹ En réalité, le juge ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation sur l'opportunité du refus dans la mesure où l'article 388-4 du CPC dispose que « lorsque la demande est formée par le mineur, le refus d'audition ne peut être fondé que sur son absence de discernement ou sur le fait que la procédure ne le concerne pas ».

² A. GOUTTENOIRE, « Audition du mineur », in *Droit de la famille*, op. cit., n° 236.181, p. 1059.

³ *Ibid.*, n° 236.181, p. 1060.

⁴ La première chambre civile de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi d'une mère reprochant aux juges du fond de ne pas s'être assurés que le mineur avait connaissance de son droit à être entendu dans la procédure le concernant et, par conséquent, de violer l'article 388-1 du code civil. Le refus d'audition de l'enfant, tel que souverainement apprécié par les juges du fond, a en l'espèce tenu compte d'une « dégradation de la situation, la mesure éducative en milieu ouvert se révélant insuffisante à assurer la protection de l'enfant au regard de la pathologie psychiatrique de madame Y... constatée par l'expert A..., la mère étant dans une quête maladroite d'éléments de preuves imaginaires d'infractions dont le père serait l'auteur à l'encontre de leur fille commune » et de la personnalité paranoïaque de la mère. Ces éléments, selon la CA de Lyon, expliquent par conséquent le refus de main levée du placement de l'enfant, l'emprise de la mère sur l'enfant en constituant la cause principale. La Cour en conclut par conséquent à une absence de discernement de l'enfant qui entraîne le refus de son audition, mais aussi de son droit à l'information de l'exercice de ce droit. Cf. Cass. 1^{ère} civ., 5 mars 2014, n° 13-13.530.

⁵ D. n° 2009-572 du 20 mai 2009 relatif à l'audition de l'enfant en justice, *precit.*

aussi, l'enfant n'est pas seulement un enjeu mais également un arbitre¹. Le couple, incapable de décider, s'en remet à la parole de l'enfant. Ce dernier est pris à partie dans un conflit qui ne le concerne pas directement, à tel point qu'il en devient l'acteur principal qui permettra la prise de décision. La démission des parents est ici patente. C'est pourquoi il est souvent constaté une inversion des rôles, les parents hésitant à *se mettre à dos* les enfants. Si l'absence d'autorité parentale ne favorise pas l'épanouissement de l'enfant, la crainte de la réaction parentale peut conduire l'enfant à cacher le fond de sa pensée. Dans ces conditions, et bien que le juge soit conscient de la pression familiale et du manque de discernement, il ne peut refuser l'audition demandée². Le rapport sur *L'enfant et sa parole en justice*, déposé par le Défenseur des droits³ au Président de la république regrette une certaine forme de sacralisation de la parole de l'enfant qui devrait être contextualisée en fonction du développement du mineur et de son cadre de vie⁴. C'est justement pour cette raison que la proposition dudit rapport -à laquelle se rallie le rapport de Monsieur ROSENCZVEIG⁵ pour qui l'enfant « doit pouvoir donner son avis »- de reconnaître une présomption de discernement⁶ à tout enfant qui demanderait à être entendu⁷ devrait être nuancée, et sa généralisation projetée par la proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant (APIE) soulève la plus grande réserve⁸.

209. Difficultés d'appréciation du discernement de l'enfant. Si la notion de discernement visée par le texte n'est pas définie par la loi, celle-ci implique que l'enfant ait acquis suffisamment de maturité pour comprendre une situation, penser par lui-même et exprimer ses propres désirs. Centrale, cette condition relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond⁹. En pratique pourtant, il leur est difficile d'apprécier si elle est satisfaite¹⁰. L'âge du mineur ne leur étant d'aucun secours¹¹, les juges ne sont au

¹ M. JUSTON, « Les enfants peuvent ils faire la loi ou dire leurs besoins ? », *AJ fam.*, 2009, p. 320 ; M. JUSTON, « La parole de l'enfant devant le juge aux affaires familiales : enfant-roi, enfant-proie ? », *Gaz. Pal.*, 16 mars 2013, n° 75, p. 11.

² J. BIGOT, « Les dangers de l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales », *AJ fam.*, 2009, p. 324.

³ F. EUDIER, « L'enfant et sa parole en justice dans le rapport 2013 du Défenseur des droits », *RJPF*, 2014, n° 1.

⁴ Rapport du Défenseur des droits, *précit.*, p. 18 et s.

⁵ J.-P. ROSENCZVEIG, *De nouveaux droits pour les enfants*, rapport du groupe de travail remis à madame Dominique BERTINOTTI le 29 janvier 2014, p. 126.

⁶ Cette présomption de discernement remédierait ainsi aux « déceptions et inégalités de traitement chez les enfants qui demandent à être entendus ». Cf. Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi n° 1856, p. 123.

⁷ Proposition n° 1, *rapp. précit.*, p. 7.

⁸ La proposition de loi envisage de supprimer -par souci de clarté allégué- la condition actuelle tenant à sa capacité de discernement, en complétant l'article 388-1 « le mineur est entendu d'une manière adaptée à son degré de maturité ».

⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 12 avr. 2012, n° 11-20.357 ; *D.*, 2012, obs. A. GOUTTENOIRE, P. BONFILS, p. 2267.

¹⁰ P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs, op. cit.*, n° 1178, p. 705 ; F. ALT-MAES, « Le discernement et la parole du mineur en justice », *JCP*, G, I, 1996, 3913.

¹¹ En ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 18 mars 2015, n° 14-11.392. La Cour de cassation censure la décision des juges du fond ayant rejeté la demande d'audition de l'enfant âgé de 9 ans, et formulée par lui sous forme de lettre

surplus pas préparés aux modalités d'audition des enfants¹ et manquent souvent de temps². Comment peuvent-ils, dans ces conditions, déterminer la capacité de discernement d'un enfant qu'il ne connaissent pas, sachant qu'il faut y procéder avant l'audition ? Une étude menée à partir de plus de 250 décisions de Cours d'appel a mis en évidence que 100% des demandes de mineurs de plus de quatorze ans, dont l'audition était envisagée, ont été reconnus capables de discernement. Cette proportion est de 86% pour les mineurs de treize ans et tombe à 67% pour les mineurs de douze ans. Les enfants âgés de 11 ans ne représentent, eux, que 38% et les enfants âgés de 6 ans ne sont pas jugés capables de discernement³. Dans sa décision du 12 novembre 2012, le défenseur des droits attire l'attention -lorsque la demande d'audition de l'enfant est refusée- sur le fait que la motivation du refus ne repose pas, dans la plupart des cas, sur des développements détaillés mais se fonde seulement sur le jeune âge du mineur, son intérêt ou l'absence de discernement. Le refus d'audition de l'enfant doit faire l'objet d'une motivation explicite et concrète, en expliquant en quoi l'âge, l'intérêt ou le défaut de discernement empêchent d'y répondre favorablement (qu'elle provienne des parents ou de l'enfant)⁴.

La faculté consacrée par la Cour de cassation⁵ de permettre au juge la désignation d'un professionnel qualifié pour recueillir la parole de l'enfant a été exclue par le décret du 20 mai 2009⁶. Intéressante, cette alternative favorisait l'accroissement du coût et de la durée de la procédure, incompatible avec le contexte de recherche de célérité du système de justice⁷. Idéalement, la question relative au discernement de l'enfant devrait être laissée à la libre appréciation des personnes tenues de l'en informer, en l'occurrence ses parents, seuls juges de l'opportunité de communiquer cette information⁸. Ils connaissent

manuscrite. Pour la Haute juridiction, « 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 ». *AJ fam.*, 2015, note S. THOURET, p. 282; *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 6, comm. 123, A.-C. REGLIER; même revue, 2015, n° 9, chron. V. ÉGEA ; *D.*, 2015, obs. P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, p. 1919; *RTD civ.*, 2015, obs. J. HAUSER, p. 352.

¹ Décision du Défenseur des droits, 12 nov. 2012, n° 2012-158, *RJPF*, 2012, obs. F. EUDIER, p. 37.

² V. AVENA-ROBARDET, « L'audition de l'enfant : un casse tête pour les juges », *AJ fam.*, 2007, p. 371.

³ L. BRIAND, « L'audition du mineur devant le JAF : examen des arrêts d'appel », *AJ fam.*, 2014, p. 22.

⁴ P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs, op. cit.*, n° 1180, p. 707.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, n° 03-17.912, *D.*, 2006, note F. BOULANGER, p. 554 ; *D.*, 2006, obs. DOUCHY- OUDOT, pan. p. 2436 ; *D.*, 2005, IR, 3036, obs. GALLMEISTER ; *Rev. dr. sanit. soc.*, 2006, obs. BRUGGEMAN, p. 349 ; *RTD civ.*, 2006, obs. J. HAUSER, p. 101.

⁶ Art. 338-9, al. 2 du C. proc. civ.

⁷ Cf. J.-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice, La médiation : une autre voie*, Rapport issu du groupe de travail sur la médiation, 2008.

⁸ V. cependant CEDH, 3 sept. 2015, *M. et M. c/ Croatie*, n° 10161/13 ; *JCP, G, I*, 2016, n° 3, 65, F. SUDRE. Dans cette affaire, il semblerait que la Cour européenne étende à l'enfant le droit -jusqu'à-là reconnu aux parents- d'être partie au processus décisionnel débouchant sur le litige entre les parents. Rappelant le droit à l'autonomie personnelle des adultes, dont le droit de « choisir comment mener sa propre vie », la Cour précise que l'enfant dispose également d'une autonomie, quoique limitée, mais qui croît graduellement avec le développement de sa maturité et qui s'exerce par le droit d'être consulté et entendu dans les procédures le concernant (§ 171). La Cour conclut à la violation du droit au respect de la vie familiale de l'enfant, celle-ci ayant une maturité suffisante pour exprimer son opinion, sans avoir pu faire connaître avec lequel de ses parents elle souhaitait vivre. La Cour

l'enfant mieux que n'importe quel autre tiers et sont bien placés pour apprécier l'existence ou non de discernement.

210. Pour une reconsidération du droit de l'enfant à être entendu. La capacité de l'enfant à évoluer et à construire sereinement sa personnalité se trouve ébranlée lorsque ses deux parents, censés offrir la garantie inconditionnelle de leur soutien et présence, sont démissionnaires. Ce « déni du réel »¹ invite à reconsidérer le droit de l'enfant à être entendu. Si l'on considère que l'audition de l'enfant est une simple mesure d'information pour le juge, il convient de lui laisser un pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité d'y recourir². Si on considère, à l'inverse, qu'il s'agit d'un droit subjectif et absolu de l'enfant qui s'impose indépendamment des règles de procédure³, la question de l'utilité de la mesure et son opportunité ne manquent de se poser. La plupart des juges reconnaissent que l'audition est le plus souvent utile, la parole de l'enfant pouvant les aider à prendre une décision. C'est à l'aune de cet éclairage que le juge aux affaires familiales devrait tenter de réinvestir les parents de leur responsabilité dans le respect de l'enfant. Par ailleurs, si la mesure a pour objet de permettre une réorganisation des relations familiales dans l'intérêt premier de l'enfant, la vraie question est alors de savoir si le recueil de sa parole est aidant pour lui. En effet, ce qui est très souvent oublié, c'est que cette audition n'est qu'une modalité seconde de ce droit général. L'alinéa 2 de la CIDE dispose qu'« à cette fin, on donnera *notamment* à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative le concernant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié ». Or, l'article 388-1 du Code civil n'a été compris que comme le droit pour le mineur de solliciter une audition, et s'est essentiellement traduit par des garanties procédurales fixant au juge un certain nombre d'obligations dès lors que l'enfant en fait la demande, sans possibilité de recours⁴. Le Comité des droits de l'enfant⁵ a publié à l'issue de la 51^{ème} session organisée du 25 mai au 12 juin 2009 à Genève, une observation générale⁶ relative à l'article 12 garantissant le droit de l'enfant à être entendu. Celle-ci précise que « la mise en œuvre intégrale de l'article 12 exige la reconnaissance et

intègre ensuite l'article 12 de la CIDE (§§ 171, 181) garantissant à l'enfant « capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant » (§ 1), notamment « la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant » (§ 2), aux exigences procédurales de l'article 8 de la Convention européenne.

¹ Pour reprendre l'expression de Monsieur le professeur J.-L. RENCHON, « À propos du droit de droit de l'enfant d'être entendu dans le litige entre ses parents », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, Paris, Dalloz, 2012, p. 616.

² En ce sens, un juge a très justement refusé l'audition du mineur âgée de 7 ans, dont la demande émanait du père. D'une part, le juge avait considéré qu'il disposait d'éléments suffisants pour statuer mais qu'âgée de seulement 7 ans, l'enfant devait être le plus possible préservée du conflit parental. Cass. civ. 1^{ère}, 16 déc. 2015, n° 15-10.442 ; *AJ fam.*, 2016, S. THOURET, p. 102.

³ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 24 oct. 2012, n° 11.18-849, comm. C. NEIRINCK, *precit.*, n° 103.

⁴ Art. 338-5 al. 1 CPC.

⁵ Il s'agit du corps d'experts dont la mission est de veiller à la bonne application de la CIDE.

⁶ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12, 2009, *Le droit de l'enfant d'être entendu*, 51^{ème} session, 25 mai-12 juin 2009, Genève, disponible en ligne.

le respect des formes non verbales de communication, y compris le jeu, le langage corporel, les mimiques, le dessin et la peinture, par lesquelles les enfants très jeunes montrent leur compréhension, leurs choix et leurs préférences »¹. La systématisation constatée actuellement de l'audition de l'enfant ne paraît pas être, dans de nombreuses situations, la meilleure des réponses pour lui. Faire du « sur mesure » paraît être préférable². Un enfant a besoin de parents adultes responsables, capables de réaménager leurs rôles respectifs quand ils se séparent, et d'associer étroitement et intelligemment leur enfant aux décisions à prendre.

211. La médiation, un espace adapté pour le recueil de la parole de l'enfant. La reconnaissance d'une plus grande autonomie du mineur³ favorise l'essor des techniques permettant son association au processus judiciaire. Ce qui est recherché actuellement pour l'expression de sa parole, c'est un autre espace plus adapté et protecteur pour le recueil de sa parole. La médiation pourrait constituer ce nouvel espace à ouvrir à l'expression des sentiments de l'enfant devant un tiers neutre et qui ne juge pas. Elle serait non seulement un rempart contre la judiciarisation de sa parole, mais également un tremplin propice à une recherche d'accords par les parents. La réappropriation par les adultes de leurs responsabilités serait plus conforme à l'intérêt de l'enfant⁴, en l'associant aux décisions qui le concerne de manière réfléchie⁵. Une telle mesure s'inscrit parfaitement dans le mouvement actuel visant à pacifier le conflit familial, tant dans sa dimension conjugale que parentale.

2- La protection judiciaire de l'enfant en droit français

212. Lors de la séparation des parents. Le maintien des liens de l'enfant avec ses deux parents est expressément érigé comme principe directeur de l'autorité parentale depuis la loi du 4 mars 2002. La séparation n'a aucune incidence sur les règles de l'autorité parentale à en croire l'article 373-2 du Code civil. L'égalité de traitement des père et mère commande, dans l'intérêt de l'enfant, de leur attribuer conjointement l'autorité parentale afin qu'ils puissent continuer, ensemble et de manière responsable, à prendre les décisions qui le concerne. Le non respect par un parent du droit de l'autre de maintenir des liens avec son enfant est régulièrement sanctionné par les juges du fond, qui veillent notamment à sanctionner le parent qui dénigre l'autre aux yeux de l'enfant⁶. La circonstance tirée des violences conjugales pour faire obstruction au droit de visite ne saurait, face à la ténacité

¹ Observation générale n° 12, 2009, *precit.*, p. 8.

² Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 5 mars 2014, n° 13-13.530, *precit.*, n° 105.

³ A. GOUTTENOIRE, « L'enfant dans les procédures judiciaires : un statut en devenir », *AJ fam.*, 2003, p. 368.

⁴ M. JUSTON, « L'intérêt de la médiation familiale pour l'enfant », *Rev. dr. fam.*, 2008, n° 3, étude 10.

⁵ D. GANANCIA, « L'audition de l'enfant et la médiation. Pour une place nouvelle de l'enfant dans le processus de la médiation familiale », *AJ fam.*, 2009, p. 333.

⁶ CA Paris, 10 fév. 2000, n° RG 98/25682 ; CA Rennes, 29 janv. 2001, n° RG 99/06856.

du père ayant multiplié les démarches et procédures pour voir son enfant, prospérer pour faire échec au maintien du lien entre le père et son enfant¹. La Cour de cassation opère un contrôle rigoureux sur les décisions des juges du fond qui ne caractériseraient pas suffisamment l'attitude du parent qui entraverait l'exercice du lien parental de l'autre². Surtout, la Haute juridiction n'hésite pas à censurer les juges du fond qui ne répondent pas à toutes les conclusions soulevées par le parent qui allègue la violation de l'exercice de son autorité parentale³. L'attitude des parents durant la procédure relative à l'autorité parentale est également prise en compte par les juges. La Cour d'appel de Montpellier a pu considérer que « l'utilisation pendant l'instance en appel d'un détective privé pour surveiller de façon méticuleuse les allées et venues d'un parent afin de solliciter une diminution du temps passé par celui-ci avec l'enfant, constitue une immixtion dans sa vie privée et une détermination à exercer une extrême surveillance assez éloignée du respect que chacun des père et mère doit observer à l'égard des liens de l'enfant avec l'autre parent au sens de l'article 373-2 du Code civil »⁴. Autant d'éléments permettent aux juges de dessiner les contours d'une protection judiciaire accrue de l'intérêt de l'enfant. Celle-ci passe en premier lieu par l'obligation faite aux parents de respecter le lien parental qui lie chacun d'eux à l'enfant, et permet ensuite de changer l'état d'esprit des parents réfractaires à l'exercice conjoint de l'autorité parentale en mettant l'accent sur « les grands principes éducatifs » inhérent à l'exercice de l'autorité parentale.

213. L'exercice unilatéral de l'autorité parentale. L'article 373-2-1 du Code civil permet au juge d'écarter l'exercice en commun de l'autorité parentale lorsque l'intérêt de l'enfant l'exige. Exceptionnelle, une telle mesure est réservée par les juges dans les cas les plus graves⁵. Pour autant, le parent n'exerçant pas l'autorité parentale en conserve la titularité et, même s'il ne vit pas avec l'enfant, il bénéficie d'un droit à entretenir des

¹ TGI Bordeaux, 15 sept. 2009, cité par A. GOUTTENOIRE, « Autorité parentale : exercice », in *Droit de la famille*, P. MURAT (dir. de), Paris, Dalloz-Action, 7^{ème} éd., 2016-2017, n° 234.63, spec. p. 984 ; Rapp. de CA Douai, pour qui la violence du père ne suffit pas à justifier l'exercice unilatéral de l'autorité parentale par celle-ci : CA Douai, 24 mars 2011, n° RG 10/05424. V. néanmoins, dans le cadre de violences conjugales allant jusqu'à la tentative d'assassinat du père par la mère : CA Paris, 26 sept. 2013, n° RG12/02389, *RJPF*, 2013, n° 12, p. 38.

² Cass. civ. 1^{ère}, 4 juil. 2006, n° 05-17.883, *Bull. civ.*, I, n° 339; *Rev. dr. fam.*, 2006, comm. 188, P. MURAT; Cass. civ. 1^{ère}, 8 juil. 2015, n° 14-22.101. Dans cette espèce, le père ayant incidemment appris le déménagement de la mère de son enfant avec ce dernier, saisit le JAF pour en obtenir l'hébergement. La Cour d'appel infirme la décision ayant accueilli sa demande. Censurant les juges du fond, la Cour de cassation rappelle que le non respect des droits de l'autre parent constitue un critère que le juge doit impérativement prendre en considération. Il doit dès lors justifier sa décision de ne pas en tirer les conséquences. À l'occasion d'une autre décision, dans laquelle la mère avait élu domicile avec son enfant dans une autre région, la Cour d'appel est censurée pour ne pas avoir répondu « aux conclusion de M^{me} X. (...) faisant valoir qu'elle continuait d'allaiter l'enfant qui n'était pas âgé d'un an » : Cass. civ. 1^{ère}, 23 sept. 2015, n° 14-25.027.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juil. 2015 précité ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 sept. 2015 précité.

⁴ CA Montpellier, 24 juin 2008, n° RG 07/06728.

⁵ A. GOUTTENOIRE, « Autorité parentale : exercice », in *Droit de la famille*, *op. cit.*, n° 234.72, spec. p. 987.

relations personnelles avec lui, sauf motifs graves¹. Lorsque les juges considèrent que le contact de l'enfant avec le parent constitue pour lui une menace, ils n'hésitent pas à suspendre leurs relations personnelles. C'est notamment le cas d'un père ayant fait l'objet d'une enquête pénale pour des faits d'agression sexuelle sur sa fille de neuf ans. Celui-ci faisait preuve d'un comportement agressif et injurieux et manifestait un désintérêt total envers son enfant. Les juges du fond ont donc limité, dans de telles conditions, le droit de visite du père jusqu'au terme de l'enquête pénale pour préserver l'enfant de tout danger², susceptible de nuire à son intérêt. Le désintérêt du père permet également de confier l'exercice de l'autorité parentale à l'autre parent. Le risque de blocage qu'implique le principe de codécision pour diverses démarches importantes de l'enfant³ peut justifier une limitation de la coparentalité. Cette même solution est étendue au refus d'un parent de collaborer avec l'autre⁴, à l'impossibilité du couple parental de se mettre d'accord sur le plan éducatif⁵ ou à l'incarcération du parent, rendant difficile une prise de décision rapide⁶. Mais l'exercice unilatéral peut aussi constituer une sanction lorsque le comportement du parent viole délibérément l'exercice conjoint de l'autorité parentale. C'est particulièrement le cas du père qui, de manière unilatérale, fait circonscrire l'enfant en cachette de la mère⁷. Il ressort de l'examen de la jurisprudence relative à la question que les juges sont tenus à une obligation particulière de motivation de la décision de confier l'exercice de l'autorité parentale à un seul des parents, l'intérêt de l'enfant étant d'être élevé dans la coparentalité. Hormis les motifs graves justifiant l'exercice unilatéral de l'autorité parentale, la jurisprudence s'attache à favoriser autant que possible les liens de l'enfant avec ses parents, conformément au vœu du législateur et des incitations internationales. L'évolution des mœurs aidant, les « motifs graves » visés à l'article 373-1-1 sont eux aussi appréciés de manière plus libérale⁸. Ainsi, ni l'homosexualité d'un des parents⁹ ou la prostitution de l'un d'eux¹⁰ ne constituent aujourd'hui des motifs graves au sens de ce texte, susceptibles de nuire à l'intérêt de l'enfant.

¹ P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, Paris, LGDJ, coll. « Droit civil », 5^{ème} éd., 2016, n° 1604, p. 711.

² CA Grenoble, 16 juil. 2014, n° RG 13/04267, *RJPF*, 2014, n° 10, p. 28.

³ CA Paris, 2 avr. 2015, n° RG 13/13891, *RJPF*, 2015, n° 4, p. 28.

⁴ CA Rouen, 19 oct. 2006, n° RG 05/03247.

⁵ CA Bordeaux, 21 mars 2001, n° RG 99/02805, *JCP, G, I*, obs. H. BOSSE-PLATIERE, p. 332. V. récemment, sur l'existence de divergences profondes des parents sur la transmission à leur enfant des préceptes rastafaris, sur laquelle ils étaient initialement d'accords (la mère ayant changé d'avis): CA Versailles, 26 juin 2014, n° RG, 13/06647.

⁶ CA Bourges, 16 janv. 2014, n° RG 13/00287.

⁷ CA Poitiers, 21 nov. 2010, n° RG 9902692.

⁸ V. néanmoins l'approche de droit marocain, *infra*, n°

⁹ CA Grenoble, 31 janv. 1996, *JCP, G, IV*, p. 2221.

¹⁰ CA Limoges, 13 juin 1991, *JCP, G, IV*, 1992, p. 1113.

214. La parole de l'enfant. Les modalités d'exercice de l'autorité parentale sont toujours susceptibles d'être modifiées par une décision du juge, à la demande de l'un des parents. En tête de liste des éléments que le JAF doit *notamment* prendre en compte en vertu de l'article 373-2-11 du Code civil, figure la pratique antérieurement suivie par le couple ou les accords dont ils ont pu convenir. Les sentiments de l'enfant, conformément à l'alinéa 2 de l'article 373-2-11 du Code civil dont le juge doit tenir compte –dans les conditions prévues à l'article 388-1- viennent après. Cet article, bien qu'il réaffirme le droit à la parole du mineur en incitant le juge à « aller au-devant de l'enfant pour connaître ses sentiments »¹, ne l'oblige nullement à entendre l'enfant lorsque celui-ci n'en fait pas la demande. Lorsque le juge a eu la possibilité de s'informer de l'opinion du mineur de manière indirecte², son audition n'est pas requise. Quand bien même elle aurait lieu, l'avis de l'enfant ne lie pas le juge et la Cour de cassation réaffirme ce principe avec constance³. De la même manière, le juge ne peut soumettre l'exercice du droit de visite d'un parent au bon vouloir de l'enfant⁴.

3- La protection judiciaire de l'enfant en droit marocain

215. L'intérêt de l'enfant au cœur de la pratique judiciaire. L'article 186 du Code de la famille insiste sur la prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans la mise en œuvre des dispositions relatives au droit de visite de l'enfant soumis au droit de garde après la rupture du mariage. La Haute juridiction, conformément au vœu du législateur, semble avoir décidé de mettre au cœur de sa jurisprudence cette notion. Dans un arrêt du 9 mai 2007⁵, la Cour suprême rejette la demande d'un père visant la déchéance du droit de garde de la mère pour cause de remariage de celle-ci. Invoquant l'article 105 ancien du Code du statut personnel, le requérant soutient que le remariage de la mère par une personne non parent de l'enfant constitue une cause objective de déchéance du droit de garde de la mère. La juridiction inférieure ayant consulté l'enfant conformément à l'article 102 ancien du même Code, après avoir mené une enquête sociale a à bon droit rejeté la demande du père. La Cour fonde son raisonnement sur l'intérêt de l'enfant que les juridictions du fond apprécient selon leur pouvoir souverain d'appréciation, cet intérêt étant mieux satisfait par la vie commune de l'enfant avec sa mère, son beau-père et sa demi-sœur. Dans une autre espèce, l'intérêt de l'enfant visé à l'article 186 du Code de la famille a été le point d'ancrage de la Haute Cour. Celle-ci censure la juridiction inférieure pour

¹ A. GOUTTENOIRE, « Audition du mineur », *in Droit de la famille, op. cit.*, n° 236.51, spec. p. 1046.

² Par le biais d'une enquête sociale notamment : Cass. civ. 2^{ème}, 14 janv. 1998, n° 96-15.327.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 7 oct. 1987, *Bull. civ.*, II, n° 190; Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 2013, n° 11-22.770; *Rev. dr. fam.*, 2013, comm. 70, obs. C. NEIRINCK; Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2015, n° 14-16.511; Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 2015, n° 14-12.592, *RTD civ.*, 2015, obs. J. HAUSER, p. 600.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2015, n° 14-16.511; *D.*, 2015, 1207; *AJ fam.*, 2015, obs. S. THOURET, p. 399; *RTD civ.*, 2015, obs. J. HAUSER, p. 600.

⁵ Cour supr. maroc., 9 mai 2007, n° 254, dossier n° 181/2/1/2005.

avoir remis l'enfant à sa mère, sans caractériser en quoi l'intérêt de l'enfant était de retourner vivre avec sa mère. En effet, l'enfant âgé de sept ans vivait une vie stable et harmonieuse auprès de son père depuis quatre ans, tandis que la mère, remariée à un non parent de l'enfant, n'avait pas rendu visite à son enfant durant toute cette période. Au surplus, l'enfant refuse d'aller vivre avec sa mère et se met à hurler et à crier selon les constatations de l'enquête. La Cour reconnaît le transfert du droit de garde au père, sans que celui-ci doive justifier d'un jugement de déchéance du droit de garde de la mère¹. L'urgence a également permis de reconnaître que l'intérêt de l'enfant, dont le droit de garde bénéficie au père, était d'être provisoirement auprès de sa mère toutes les fois que son intérêt le commandait, du fait de son très jeune âge (deux ans), sans que cette situation ne porte atteinte au droit de garde du père². De la même manière, a suffisamment caractérisé l'intérêt de l'enfant au sens de l'article 186, la Cour d'appel ayant attribué la garde de l'enfant à la grand-mère maternelle, les deux enfants du couple vivant auprès d'elle depuis leur naissance, bénéficient d'un soin particulier dans leur éducation et leur scolarité. Le père remarié, ayant eu deux enfants de sa nouvelle épouse ne leur a jamais rendu visite, à tel point que de l'aveu même des enfants, ceux-ci ne l'ont pas reconnu³.

216. La prise en compte de la parole de l'enfant. Le droit marocain ne consacre pas, à l'instar du droit français, la parole de l'enfant comme un droit de ce dernier dans les procédures le concernant. L'article 166 alinéa 2 du Code de la famille dispose qu' « en cas de rupture de la relation conjugale des parents, l'enfant peut, à l'âge de quinze ans révolus, choisir lequel de son père ou de sa mère assumera sa garde ». Le choix est donc laissé, lorsque l'enfant est doué de discernement, à ce dernier de choisir auprès de qui il souhaite vivre. Néanmoins, la jurisprudence a admis, sur le fondement de l'article 102 ancien du Code du statut personnel que dès l'âge de douze ans, l'enfant puisse choisir le lieu de sa résidence. Tel était le cas d'une espèce dans laquelle le père de l'enfant faisait état du remariage de la mère pour lui retirer la garde de l'enfant. Au terme d'une motivation claire, la Haute juridiction affirme avec vigueur que la mère ne saurait être déchue de son droit de garde après le remariage dès lors que l'enfant, âgé de douze ans révolus, a choisi de vivre auprès de celle-ci conformément à son audition par le tribunal en vertu de l'article 102 ancien du Code du statut personnel⁴. La souhait de l'enfant de vivre auprès de sa mère a également pu justifier de rétablir le droit de garde à son profit, suite à la rupture de son remariage⁵ conformément à l'article 170 du Code de la famille qui prévoit que « le dévolutaire de la garde recouvre son droit lorsque l'empêchement qui lui interdisait de l'exercer est levé ».

¹ Cour supr. maroc., 9 mai 2007, n° 263, dossier n° 299/2/1/2006.

² Cour supr. maroc., 22 fév. 2006, n° 115, dossier n° 386/2/2/2005.

³ Cour supr. maroc., 29 nov. 2006, n° 679, dossier n° 326/2/1/2005.

⁴ Cour supr. maroc., 31 mai 2006, n° 348, dossier n° 627/2/1/2004.

⁵ Cour supr. maroc., 7 nov. 2007, n° 566, dossier n° 362/2/1/2007.

217. L'intérêt de l'enfant tributaire des critères de « rectitude et d'honnêteté »¹ de la mère. Contrairement à la jurisprudence française qui exclut l'exercice unilatéral de l'autorité parentale lorsque la mère s'adonne à des activités de prostitution ou en raison de l'orientation sexuelle d'un des parents², la jurisprudence marocaine déchoit la mère de son droit à la garde de l'enfant lorsque celle-ci ne répond pas aux qualités énoncées à l'article 173 du Code de la famille. Parmi celles-ci, l'absence de la rectitude et de l'honnêteté requises ont permis à la jurisprudence de retirer la garde de l'enfant à la mère, pour la confier par ordre de priorité au père ou aux grands-parents maternels³. L'idée centrale défendue est que le mauvais comportement de la mère constitue un motif grave pouvant nuire à l'éducation et à la stabilité de l'enfant. La Haute juridiction offre régulièrement l'occasion d'observer la persistance de ces critères⁴, et ne manque de rappeler que la capacité d'élever l'enfant, d'assurer sa sauvegarde, sa protection et sa bonne éducation sont le fondement du droit de garde. L'absence d'un élément entraîne la déchéance de ce droit⁵.

§2) Une protection insuffisante de l'intérêt de l'enfant

218. L'intérêt de l'enfant au milieu du gué. Que ce soit en droit marocain ou en droit français, la coparentalité ne satisfait pas parfaitement l'intérêt de l'enfant. En droit musulman, elle est purement et simplement interdite après la rupture des parents, ce qui ne favorise pas le maintien d'un lien pérenne entre l'enfant et le parent auprès duquel il ne vit pas (A). Malgré les nombreuses incitations du droit français et européen en sa faveur, la coparentalité montre rapidement les limites inhérentes à la séparation (B).

A) La coparentalité interdite en droit musulman

219. Une conception de l'autorité parentale éloignée du droit français. L'article 19 de la Constitution marocaine dispose que « L'homme et la femme jouissent, à égalité, des droits et libertés à caractère civil, politique, économique, social, culturel et environnemental énoncés dans le présent titre (...) ainsi que dans les Conventions et Pactes internationaux dûment ratifiés par le Royaume, et ce, dans le respect des dispositions de la

¹ Article 173 2°, CMF.

² V. *supra*, n° 213.

³ Art. 171 CMF.

⁴ Cour supr. maroc., 20 janv. 2008, n° 34, dossier n° 20/2/2/2007 ; Cour supr. maroc., 20 fév. 2008, n° 94, dossier n° 519/2/1/2007 ; Cour supr. maroc., 8 oct. 2008, n° 460, dossier n° 509/2/2/2007. Pour un cas de prostitution : Cour supr. maroc., 12 juil. 2006, n° 456, dossier n° 99/2/2/2006 réitéré par Cour supr. maroc., 18 avr. 2007, n° 216, dossier n° 436/2/1/2006. Pour un cas d'adultère : Cour supr. maroc., 4 janv. 2006, n° 18, dossier n° 485/2/1/2005, réitéré par Cour supr. maroc., 26 sept. 2007, n° 475, dossier n° 215/2/1/2007. Pour un cas de vol : Cour supr. maroc., 4 oct. 2006, n° 561, dossier n° 142/2/1/2006.

⁵ Cour supr. maroc., 1^{er} nov. 2006, n° 602, dossier n° 124/2/1/2006.

Constitution, des constantes et des lois du Royaume ». Si l'égalité entre les sexes est consacrée en maints domaines, celle-ci est tributaire des constantes du Royaume, dont l'Islam constitue un des éléments de l'identité nationale. Les droits parentaux en droit marocain étant largement inspirés de la conception islamique¹, ceux-ci se composent d'une part de la *hadana* (la garde), d'autre part de la *wilaya* (tutelle légale). Prérogative féminine, la garde² consiste, au terme de l'article 163 du Code marocain à préserver l'enfant « de tout ce qui pourrait lui être préjudiciable, à l'éduquer et à veiller à ses intérêts ». La personne qui en est chargée doit donc prendre toutes les dispositions nécessaires à la préservation et à sa sécurité physique et morale, veiller à ses intérêts en cas d'absence de son représentant légal. Cette fonction revient pendant le mariage aux deux parents³. À la dissolution de celui-ci, un ordre des personnes dévolutaires du droit de garde est prévu par l'article 171 CMF, et c'est prioritairement à la mère⁴ que revient la garde de l'enfant jusqu'à ce que celui-ci atteigne l'âge de la majorité légale⁵. L'article 166 prévoit qu'en cas de séparation des parents, l'enfant peut, à l'âge de quinze ans, choisir lequel de son père ou de sa mère assurera sa garde. Or, cette prérogative ne comprend que les soins relatifs à sa personne. La protection des intérêts patrimoniaux de l'enfant constitue un attribut de la *wilaya* qui revient de droit au père⁶ pendant le mariage, mais aussi à sa dissolution. La mère ne peut être tutrice qu'en cas de décès ou d'incapacité constatée du père, et cette situation se retrouve dans toutes les législations maghrébines et musulmanes en général. Cette conception de l'autorité parentale contrevient aujourd'hui en France au principe d'égalité entre hommes et femmes car l'autorité parentale revient conjointement aux deux parents, tant sur la personne de l'enfant que sur ses biens.

220. La séparation des parents et la question de l'autorité parentale. La séparation des parents en droit maghrébin ne modifie pas l'exercice de l'autorité parentale

¹ M. NOKKARI, « Le statut de l'enfant dans le Coran et dans la Sunna », in *L'enfant en droit musulman (Afrique, Moyen-Orient)*, Actes du colloque du 14 janvier 2008 à la Cour de cassation, Paris, société de législation comparée, 2008, pp. 33-44.

² F.-Z. ABDELLAOUI, « La garde de l'enfant dans le nouveau code de la famille marocain », in *L'enfant en droit musulman (Afrique, Moyen-Orient)*, Actes du colloque du 14 janvier 2008 à la Cour de cassation, Paris, Société de législation comparée, 2008, pp. 345-358.

³ Article 164 CMF.

⁴ La garde est confiée en premier lieu à la mère, puis au père, puis à la grand-mère maternelle de l'enfant. À défaut, le tribunal décide, dans l'intérêt de l'enfant, « d'attribuer la garde à l'un des proches parents les plus aptes à l'assumer ». La Tunisie a progressivement transformé le schéma classique de la garde par trois lois successives. La loi n° 66-42 du 3 juin 1966 fait de l'intérêt de l'enfant l'unique critère pris en compte par le juge afin d'attribuer sa garde à l'un de ses parents. Cette fonction n'est donc plus uniquement dévolue à la lignée maternelle. La loi n° 81-7 du 18 février 1981 permettra à la mère gardienne de saisir le juge afin de se voir attribuer certaines prérogatives tutélaires et prendre des décisions graves relatives à l'enfant. Enfin, la loi n° 93-74 du 12 juillet 1993 fait de la mère une quasi tutrice légale en lui permettant la gestion des comptes financiers de ses enfants, leurs voyages ou encore leurs études.

⁵ Article 166 CMF.

⁶ Art. 231 et 238 CMF. La mère titulaire du droit de garde ne peut se charger des intérêts patrimoniaux de l'enfant qu'en cas d'absence du père et, « en cas de nécessité, si les intérêts de l'enfant risquent d'être compromis », cf. art. 163.

si l'on considère que la *hadana* est de droit pour la mère, et que la *wilaya* l'est pour le père. Attribut de la maternité pendant le mariage, la *hadana* survit à la séparation car l'enfant est prioritairement confié à sa mère. De la même façon, la *wilaya* du père sur l'enfant pendant le mariage lui revient au-delà de la rupture. Les droits maghrébins de la famille ignorent donc le principe de coparentalité après la rupture dans leurs législations¹. Toutefois, certaines situations peuvent amener un père à bénéficier de la garde de son enfant si la mère se trouve dans l'impossibilité de l'assurer –ou ne remplit pas les qualités énoncées par l'article 173- et, inversement, la mère peut se voir confier la tutelle légale en lieu et place du père, lorsque celui-ci est décédé ou est incapable de l'assurer. Pour autant, le droit ne consacre que le modèle jugé le plus à même de protéger la cellule familiale et le plus bénéfique pour ses membres et pour la société. Lorsque le couple séparé maintient des liens apaisés après la rupture, il lui est loisible d'organiser les relations entre l'enfant et le parent avec lequel il ne vit pas. L'article 181 permet à ce titre aux parents de « convenir, dans un accord, de l'organisation de la visite » et de le communiquer « au tribunal qui en consigne le contenu dans la décision accordant la garde ».

B) La coparentalité déficiente en droit français

221. Les limites de la coparentalité. Il a déjà pu être souligné qu' « il est utopique et trop abstrait de prétendre à sa (le principe d'égalité) sauvegarde dans toutes les situations de la vie familiale. C'est en surestimer les avantages dans des hypothèses de rupture où les parents n'ont plus de volonté réelle de coopérer (...) »². Plus que dans les situations où le couple ne souhaite plus coopérer, certaines situations s'imposent d'elles-mêmes au couple, empêchant l'exercice d'une coparentalité effective. Les situations d'incarcération d'un parent sont, à ce titre, significatives de la limite du principe de coparentalité dans toutes les situations (1). De la même manière, les déplacements d'enfants, bien qu'illicites, constituent autant d'obstacles à un exercice effectif de la coparentalité (2).

¹ Seul l'article 166 du CMF traite expressément de la rupture des parents, pour disposer à l'alinéa 2 qu' « en cas de rupture de la relation conjugale des parents, l'enfant peut, à l'âge de quinze ans révolus, choisir lequel de son père ou de sa mère assurera sa garde ».

² F. BOULANGER, « Réflexions sur la portée et les limites du principe d'égalité des deux membres du couple dans l'attribution et l'exercice des droits parentaux », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard CHAMPENOIS*, Paris, Defrénois, 2012, p. 70.

1- Coparentalité et incarcération

222. Incidence de la séparation sur la parentalité. L'incarcération d'un père ou d'une mère constitue un obstacle matériel à l'exercice de ses droits parentaux¹. Sur le plan psychologique, il est largement admis que la séparation forcée d'une mère de son enfant est beaucoup plus douloureuse que celle d'un père, l'idée étant que l'identité féminine est intimement liée à la notion de maternité. La séparation d'une mère de son enfant affecte celle-ci au plus profond de son être, en la renvoyant particulièrement à une image de « mauvaise mère ». L'état de monoparentalité de nombre d'entre elles expose directement l'enfant à une mesure de placement, alors qu'un père peut, beaucoup plus fréquemment, compter sur la présence de la mère de l'enfant. Un père incarcéré, s'il souffre tout autant que la mère de la séparation de son enfant, ne l'exprimera pas de la même manière du fait d'une « hyper masculinité » associée au monde de la délinquance et du milieu carcéral. L'homme adoptera souvent une attitude distanciée avec le sentiment de souffrance qu'il ressent, au risque d'abandonner son identité paternelle. Cette double identité ne favorise pas le maintien du lien parental qui se trouve effacé lors de l'incarcération (α) et qui peine à se reconstruire lors de la libération (β).

 α) Le lien parental ignoré du droit pénitentiaire

223. Coparentalité et incarcération d'un des parents. L'article 373-2 alinéa 1 du Code civil, disposant que « la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'autorité parentale » s'applique aussi aux relations familiales du détenu. L'incarcération d'un parent ne modifie pas les règles de dévolution de l'autorité parentale². La Cour européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH) opte pour la même solution et écarte tout effet accessoire de l'incarcération ou de la condamnation sur l'autorité parentale³. En pratique néanmoins, l'exercice de l'autorité parentale butera sur la réalité carcérale⁴ du fait de la séparation physique entre l'enfant et l'un de ses parents, bien que

¹ V. en ce sens le colloque organisé par l'Institut des sciences de la famille, sous la direction de M. DOURIS, P. ROMAN, *Liens familiaux et détention, Comment être parent en prison. Un défi aux institutions*, Journée d'étude organisée par l'Institut des sciences de la famille de Lyon, le 11 avril 2014. V. aussi : M. HERZOG-EVANS, *Droit pénitentiaire*, Paris, Dalloz Action, 2012-2013, spec. Vie privée et familiale, n° 411-462.38 ; V. aussi *Le rapport d'activité du contrôleur général des lieux de privation de liberté*, Dalloz, 2010.

² Sauf le cas particulier de l'interdiction de l'exercice des droits parentaux qui peut être prononcé comme accessoire au prononcé d'une peine privative de liberté. Néanmoins, la CEDH peut considérer qu'une interdiction automatique et absolue, sans considération aucune pour l'intérêt de l'enfant ne poursuit pas un but légitime. En ce sens : CEDH, 28 sept. 2004, *Sabou et Pircalab c/ Roumanie*, req. n° 46572/99.

³ CEDH, 24 fév. 1995, *Mc Michael c/ Royaume-Uni*, req. 16424/90.

⁴ Bien que l'article 35 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 rappelle le droit des personnes détenues au maintien des relations avec les membres de leur famille, et l'article D. 402 du Code de procédure pénale dispose qu'« en vue de faciliter le reclassement familial des détenus à leur libération, il doit être particulièrement veillé au maintien et à l'amélioration de leurs relations avec leurs proches, pour autant que celles-ci paraissent souhaitables dans l'intérêt des uns et des autres ».

les juges promeuvent autant que possible l'exercice effectif de la coparentalité. Lorsqu'un accord existe, le couple parental peut oeuvrer conjointement, malgré l'incarcération, à la prise de décisions qui concernent la vie de l'enfant, par l'entretien de visites régulières ou de conversations téléphoniques. Dans ce contexte, la circulaire « Botton »¹ est bienvenue car elle a permis la communication du carnet de note, de correspondance et autres bulletins et copies scolaires pour signature au parent incarcéré. Cette disposition a été confirmée par l'article D. 431 du Code de procédure pénale. En revanche, lorsque le couple est en désaccord, le parent à qui l'enfant est confié pourra prendre toutes les décisions relativement à sa personne, l'article 373-2² du Code civil lui en laissant toute latitude. Ce premier constat permet d'ores et déjà d'apprécier les limites du principe d'exercice conjoint de l'autorité parentale tel que posé par le législateur.

224. Les restrictions des moyens de communication du détenu. Aucune norme pénitentiaire ne traite spécifiquement des enfants du détenu. Ceux-ci sont assimilés à n'importe quel membre de la famille. À l'heure où le principe de coparentalité atteint sa forme la plus développée³, où l'intérêt de l'enfant constitue le critère central de prise de décision, il est curieux que son intérêt n'ait pas été le fer de lance d'une réglementation en ce domaine. Seuls un droit de correspondance et un droit de visite permettent de maintenir le lien parental du détenu, nécessairement voué au relâchement selon la durée de la peine. Alors que la situation du prévenu est d'être présumé innocent, il semblerait qu'il soit moins bien loti que la personne condamnée pour ce qui touche au droit de correspondance. Une personne condamnée jouit de la faveur des dispositions légales qui lui permettent de maintenir un contact avec les membres de sa famille, y compris lorsqu'elle est sanctionnée disciplinairement⁴ ou placée en isolement⁵. Une telle différence de traitement vient du fait que le magistrat en charge de la phase préparatoire peut s'opposer en termes généraux à toute correspondance du prévenu y compris avec ses proches, sans que cette interdiction n'ait le moindre lien avec les besoins de l'instruction, et sans non plus que le moindre recours soit aménagé⁶. Il peut ainsi être interdit au prévenu de communiquer durant dix jours renouvelables avec un des membres de sa famille. Prévue de façon extrêmement large, cette interdiction le prive de toute correspondance reçue ou envoyée⁷. À cet égard, le rapport d'activité du contrôleur général des lieux de privation de liberté déplore

¹ Circ. AP, 9 juin 2011 d'application des articles 4, 39 et 40 de la loi n° 2009-1436 du 24 nov. 2009 pénitentiaire, relatifs à la correspondance téléphonique et à la correspondance écrite des personnes détenues, NOR : JUSK1140028C.

² Cet article dispose qu'« à l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant ».

³ Cf. D. FENOUILLET, « La coparentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine », *Arch. philo. dr.*, Dossier « La famille en mutation », t. 57, 2014, pp. 95-122.

⁴ Art. R. 57-7-45 al. 2 C. pr. pén.

⁵ Art. R. 57-7-62 al. 3 C. pr. pén.

⁶ Art. R. 57-8-16 du C. pr. pén.

⁷ Art. 145-4 C. pr. pén.

l'insuffisance des possibilités de recours des détenus contre des décisions qui leur sont applicables, ce qui conduit à « une situation manifestement contraire au respect du droit à la correspondance (...) » et ce alors que « tout détenu a droit au recours hiérarchique, comme le rappellent à leur manière les règles pénitentiaires européennes (règle 70.1) »¹.

Un déséquilibre similaire entre la situation du condamné et celle du prévenu se retrouve dans l'accès au téléphone. Tandis que le condamné bénéficie d'un droit d'accès au téléphone² -à ses frais- le prévenu ne bénéficie de cette faculté que depuis la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009. En dépit de la possibilité pour le prévenu de maintenir un lien familial téléphoniquement, cette faculté est soumise à l'autorisation du juge en charge de la phase préparatoire sans, une fois de plus, que le refus puisse faire l'objet d'un recours. Cette faculté disparaît toutefois au profit de tous « pour des motifs liés au maintien du bon ordre et de la sécurité ou à la prévention des infractions et, en ce qui concerne les prévenus, aux nécessités de l'information ». Par ailleurs, l'accès à internet est formellement interdit par une circulaire du 13 octobre 2009³.

225. Prééminence du droit pénitentiaire sur le droit de la famille. Une autre illustration topique du traitement moins favorable du prévenu découle de la restriction de ses droits de visite. Bien qu'il n'existe pas un droit « absolu » aux visites⁴, les dispositions légales sont largement favorables au condamné, à moins que ne soient en cause des considérations tenant au « maintien du bon ordre et de la sécurité ou à la prévention des infractions »⁵. L'article 35 de la loi pénitentiaire rappelle qu'il revient à l'autorité judiciaire délivrant le permis de visite d'en refuser ou non l'octroi à un membre de la famille un mois durant, sans aucune explication. Ce n'est qu'à l'issue de ce mois que l'autorité judiciaire est dans l'obligation de motiver sa décision⁶, et qu'un recours est ouvert aux membres de la famille. Ceux-ci peuvent saisir le président de la chambre de l'instruction, dont l'ordonnance est insusceptible de recours. Lacunaire, le texte ne précise pas quelles pourraient être les causes à l'origine d'une telle restriction, ce qui empêche la Cour de cassation d'apporter des éclaircissements sur la question. À l'occasion d'un arrêt remarqué, la première chambre civile a considéré qu'il appartient au JAF « lui-même de définir les modalités d'exercice du droit de visite » du père, et qu'il n'était plus possible, comme c'était le cas auparavant, d'énoncer par voie générale qu'un tel droit existait, ses modalités

¹ *Rapport d'activité 2010 du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, précit.*, spec. pp. 141-142.

² L. n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, *J.O.*, 7 mars 2007, p. 4297.

³ Circ. AP, 13 oct. 2009 relative à l'accès à l'informatique pour les personnes placées sous main de justice, NOR : JUSK0940021C.

⁴ Comm. EDH, 21 mai 1975, *X. c/ Royaume-Uni*. La limitation du droit de visite peut concerner la femme du détenu lorsque cette limitation est nécessaire à la sécurité publique.

⁵ Art. 35 de la loi pénitentiaire.

⁶ Art. 145-4 C. pr. pén.

étant abandonnées à l'autorité pénitentiaire¹. Pour la Cour de cassation, il revient donc au juge aux affaires familiales et non à l'administration pénitentiaire de fixer les modalités du droit de visite du père détenu avec les membres de sa famille, et d'en déterminer la périodicité². Quoique remarqué, cet arrêt n'eut aucun effet sur les autorités pénitentiaires. Le droit de visite du parent détenu, bien que fixé par décision de justice du JAF, n'en demeure pas moins soumis dans ses modalités aux contraintes et réalités du milieu carcéral.

226. Une alternative envisageable ? Madame le professeur HERZOG-EVANS³ s'interroge, à juste titre, sur l'âge à partir duquel un enfant pourrait se rendre seul au parloir ou, à tout le moins, disposer de son propre permis de visite. Si une vieille circulaire du 6 septembre 1948 précise que l'enfant de treize peut être titulaire de ce permis et visiter seul son parent détenu, les règlements intérieurs, s'ils retiennent encore cet âge, ne font plus référence à ladite circulaire. Les décrets d'application de la nouvelle loi pénitentiaire sont silencieux sur la question, pourtant centrale. Pour permettre à un mineur de rendre visite seul à son parent, une récente circulaire, en date du 20 février 2012⁴ précise que l'enfant, quel que soit son âge, doit désormais disposer d'un permis de visite⁵ et doit être, à l'occasion de la visite, accompagné par une personne majeure⁶, à l'exception des mineurs de 16 ans. Plus délicate s'avère être la situation des parents séparés⁷ lorsque l'enfant a moins de seize ans. Imposer à l'ex-compagne ou à l'ex-épouse de passer des heures dans un établissement pénitentiaire chaque semaine lorsque celle-ci a refait sa vie ou ne réside plus dans la même ville n'est guère envisageable dans toutes les situations⁸. Certains juges

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 2005, n° 04-19.180, *Bull. civ.*, I, n° 464 ; *RTD civ.*, 2006, obs. J. HAUSER, p. 105; *Deffrénois*, 2006, obs. J. MASSIP, 1066; *D.*, 2006, note M. HERZOG-EVANS, p. 2149; *Rev. dr. fam.*, 2006, n° 27, note P. MURAT.

² Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, n° 06-11.674, *Rev. dr. fam.*, 2007, n° 5, comm. 105, note P. MURAT.

³ M. HERZOG-EVANS, « La stabilité de la relation parentale en cas de séparation forcée. Le cas du droit pénitentiaire », in *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, C. BRUNETTI-PONS (dir. de), éd. Mare&Martin, 2014, p. 281.

⁴ Circ. AP, 20 fév. 2012, relative au maintien des liens extérieurs des personnes détenues par les visites et l'envoi ou la réception d'objets, NOR : JUSK1140029C.

⁵ 3°-2-1 de la circulaire. Il nous semble néanmoins que cette disposition relève plus du symbole que de l'effectivité d'un droit du mineur.

⁶ Néanmoins, la circulaire précise (3°-2-2) que les mineurs peuvent être dispensés de venir accompagnés d'une personne majeure aux parloirs sous trois conditions strictes et cumulatives : le mineur doit être au moins âgé de 16 ans, la visite ne peut être autorisée qu'au profit d'un titulaire de l'autorité parentale enfin, que les titulaires de l'autorité parentale aient donné leur accord par écrit.

⁷ V. en ce sens : CA Rennes, 2 juin 2015, n° 14/00317. La demande d'un père (séparé de la mère) incarcéré à bénéficier d'un droit d'accueil mensuel de son enfant au parloir de la maison d'arrêt non en présence d'un membre de la famille maternelle de l'enfant qui lui voue « une véritable animosité », mais en présence d'un membre d'une association est rejeté par la cour qui suspend le droit de visite du père en raison de sa « fragilité ». *AJ fam.*, 2015, note M. SAULIER, p. 401.

⁸ Outre les problèmes liés à l'accessibilité de l'établissement et la grande disponibilité requise pour s'y rendre (entre une demi journée et une journée), le coût financier du déplacement peut aussi être un paramètre déterminant (transport, restauration voire hébergement).

du fond ont parfois statué en ce sens¹, mais la question demeure entière. Des associations, notamment des Relais enfants-parents (REP) permettent d'accompagner de manière bénévole des enfants au parloir, mais ce n'est là qu'une alternative ponctuelle lorsque le parent en liberté n'est pas en mesure d'accompagner son enfant².

227. Position de la Cour européenne des droits de l'homme. L'article 8 protégeant la vie privée et familiale impose à l'État, selon une interprétation classique, de ne pas interférer dans la sphère privée des individus. La situation particulière du détenu n'écarte pas le bénéfice de la protection conventionnelle³. Or, dans le cadre de l'exercice du droit de correspondance, la vie familiale du détenu n'est pas à l'abri d'une ingérence de l'État, que la Cour européenne tolère⁴. Afin de minimiser l'ingérence, la CEDH exige que la limitation du droit de correspondance soit textuellement prévue par la loi, en des termes « suffisamment accessibles » et « prévisibles »⁵ pour permettre au détenu de recueillir les informations nécessaires et adapter sa conduite aux exigences posées⁶. La limitation doit également poursuivre un but légitime, c'est-à-dire reposer sur des motifs objectifs en relation avec la « défense de l'ordre » ou « la prévention des infractions pénales ». La Cour apprécie ce critère à l'aune de la nécessité, l'ingérence devant correspondre à un « besoin social impérieux ». Ainsi, lorsque des considérations sérieuses laissent à penser qu'une lettre menacerait la sécurité ou présenterait un caractère délictueux⁷, la violation de l'article 8 de la Convention protégeant la vie privée et familiale n'est pas retenue à l'occasion du contrôle mesuré et exceptionnel du droit de correspondance. La recherche d'un équilibre entre les besoins particuliers des détenus et la défense de l'intérêt général est donc l'objet du contrôle de la Cour⁸. La CEDH a néanmoins pu affirmer qu'une suppression ou limitation trop importante des visites des enfants et du conjoint d'un détenu est constitutive d'une atteinte au droit à la vie familiale⁹, qui ne saurait se justifier que dans

¹ CA Paris, 12 juin 1987, *Gaz. Pal.*, 1988, somm., p. 355.

² Sur ces REP, V. le *Rapport d'activité 2010 du contrôleur général des lieux de privation de liberté*, précit., pp. 194-195.

³ CEDH, *Golder c/ Royaume-Uni*, 21 fév. 2008, Req. n° 4451/70 ; M. HERZOG-EVANS, *Rép. dr. pén. et de proc. pén.*, n° 461. Le droit au respect de la vie familiale du détenu a été posé pour la première fois en 2000 : CEDH, 28 sept. 2000, *Messina c/ Italie*, req. n° 25498/94, *JCP, G*, 2001, I, 291, obs. F. SUDRE.

⁴ La Cour européenne ne met pas à la charge des États une obligation positive, mais leur laisse une large marge d'appréciation : CEDH, 29 avr. 2003, *Aliiev c/ Ukraine*, n° 41220/98.

⁵ CEDH, 26 avr. 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, Req. n° 6538/74. Ce qui n'est pas le cas d'instructions internes non publiées et non accessibles au public : CEDH, 29 avr. 2003, *Dankevich c/ Ukraine*, req. n° 40679/98.

⁶ M. HERZOG-EVANS, *Rép. dr. pén. et proc. pén.*, spec. n° 464.

⁷ *Ibidem.*, n° 464.

⁸ CEDH, 25 mars 1992, *Campbell c/ Royaume-Uni*, req. n° 13590/88.

⁹ En ce sens : CEDH, 9 juil. 2013, *Varnas c/ Lituanie* n° 42615/06. Ne repose sur aucune justification objective et raisonnable l'interdiction faite au requérant de recevoir les visites de sa femme pendant toute la durée (plus de deux ans) de sa détention provisoire, alors même que les détenus condamnés étaient autorisés à recevoir de telles visites. Cf. *JCP, G*, 2014, n° 3, chron. 78, F. SUDRE.

des circonstances exceptionnelles¹. Dans un autre arrêt, la Cour rappelle l'obligation pesant sur les autorités pénitentiaires d'aider les détenus au maintien des contacts effectifs avec les membres de leur famille, bien qu'elle conclue au cas d'espèce qui lui était soumis que le refus des visites conjugales était justifié². Dans ce contexte, il est permis de croire que la législation française porte sensiblement atteinte au droit du détenu de maintenir un lien parental effectif. Pour autant, une condamnation de la Cour européenne n'interviendrait que si l'entrave au maintien effectif du lien familial ne se trouve pas justifiée par des considérations sécuritaires, la notion de « bon ordre interne » étant appréciée de façon large. Plus récemment, mettant en cause l'État russe³, la Cour a rappelé que les détenus condamnés à perpétuité ne devaient pas faire l'objet, s'agissant du droit de visite, d'un traitement moins favorable que les autres. Ayant déjà reconnu l'importance du maintien des liens familiaux des personnes détenues⁴, la Cour considère qu'un État partie ne peut « avoir toute latitude pour introduire des restrictions générales sans prévoir une dose de flexibilité permettant de déterminer si les limitations apportées dans chaque cas particulier sont opportunes ou réellement nécessaires »⁵. Relevant que le régime des restrictions en Russie est fondé sur la sévérité de la peine, celui-ci est disproportionné et par suite non conforme avec les « les impératifs d'amendement et de réinsertion des détenus de longue durée »⁶ à l'heure où se dessine une « tendance générale des politiques pénales en Europe à accorder une importance croissante à l'objectif de réinsertion de la détention »⁷. Relevant qu'une visite mensuelle est aujourd'hui la fréquence minimale commune⁸ aux États membres, un tel consensus⁹ implique un « rétrécissement de la marge d'appréciation » de l'État partie¹⁰.

228. Le lien parental, tributaire de la durée de la peine. Une dernière question relative à la durée des parloirs permet en dernier lieu de saisir tant les limites du principe de coparentalité que du traitement différencié entre prévenu et condamné. L'article 35 de la loi pénitentiaire énonce que « les prévenus peuvent être visités par les membres de leur famille ou d'autres personnes, au moins trois fois par semaine, et les condamnés au moins une fois par semaine ». Une lecture rapide pourrait laisser penser que les prévenus sont cette fois privilégiés. Il n'en est rien. Ils le sont seulement s'ils séjournent en maisons

¹ CEDH, 28 sept. 2000, *Messina c/ Italie*, req. n° 25498/94, *JCP, G*, 2001, I, 291, obs. F. SUDRE; CEDH, 28 nov. 2002, *Lavents c/ Lettonie*, *JCP, G*, 2003, I, 109, chron. F. SUDRE; CEDH, 3 déc. 2002, *Nowicka c/ Pologne*.

² CEDH, 18 sept. 2001, *Kalachnikov c/ Russie*, Req. n° 47095/99.

³ CEDH, 30 juin 2015, *Khoroshenko c/ Russie*, n° 41418/04 ; *JCP, G, I*, 2016, n° 3, 65, F. SUDRE.

⁴ CEDH, 28 juin 2001, *Selmani c/ Suisse*, n° 70258/01.

⁵ § 126.

⁶ § 148.

⁷ § 121.

⁸ § 135.

⁹ Sur cette notion de consensus, cf. F. SUDRE, « La mystification du “consensus” européen », *JCP, G*, 2015, n° 50, 1369.

¹⁰ § 136.

d'arrêt¹, établissements où en effet, ces normes sont en vigueur. En revanche, tous ceux qui purgent des peines supérieures à deux ans sont par conséquent affectés à des établissements pour peine, où il leur est possible de bénéficier d'un temps de parloir plus important². Dans leur malheur, ceux-ci jouissent d'une sorte de « privilège » si l'on ose dire, lorsque leur peine est supérieure à deux ans, alors que les plus chanceux dont la peine est inférieure à cette durée sont moins bien lotis. Tout autre est la situation des condamnés placés en maison centrale³. Il s'agit dans ce cas de figure des individus condamnés aux peines les plus longues, certains ne bénéficiant pas de permis de sortie⁴. Pour eux, le droit pénitentiaire a mis en place des Unités de Vie Familiales (UVF)⁵, véritables petits appartements où les visites peuvent aller jusqu'à 72 heures, permettant le maintien du lien familial dans des conditions d'intimité favorables. Madame la députée Sylvie ANDRIEUX, à l'occasion d'une question écrite⁶, souligne « l'absence de réel intérêt porté par les pouvoirs publics sur l'institution pénitentiaire et les conditions de vie des détenus », particulièrement lorsque le détenu est incarcéré dans une prison géographiquement éloignée de son lieu de résidence. Celle-ci attire également l'attention sur le fait que « la réinsertion des détenus est très souvent liée au maintien des liens avec leur famille », mais que les structures pénitentiaires « ne se prêtent pas à un échange humain et efficace », du moins lorsque la famille parvient à se déplacer⁷. La réponse du Garde des Sceaux ministre de la justice rappelle que « le développement de liens familiaux étant un vecteur d'intégration et de réinsertion des personnes détenues », conclut à un bilan très positif de

¹ Cf. *Le rapport d'activité du contrôleur général des lieux de privation de liberté*, précit., p. 164.

² Selon ledit rapport, « dans la plupart des maisons d'arrêt, la durée des parloirs est fixée à 30 minutes, durée jugée insuffisante par les détenus et leurs proches » tandis que « dans beaucoup d'établissements pour peine, les détenus ne peuvent recevoir des visites que pendant le week-end ». Tel est notamment le cas au centre de détention de Tarascon où « une seule visite est autorisée chaque week-end pendant une heure ».

³ Il semblerait que seulement 16% des personnes en centre de détention et 6% des personnes en maison centrale sont incarcérées dans leur département d'origine. La proportion en maison d'arrêt étant de 65%. De plus, l'éloignement des femmes incarcérées serait encore plus important du fait qu'il existe moins d'établissements pour les accueillir. Cf. O. MILHAUD, *Séparer et punir. Les prisons françaises : mise à distance et punition par l'espace*, Thèse en géographie, Bordeaux, 2009. Selon le rapport du contrôleur général, seuls quatre établissements accueillent des femmes condamnées à de moyennes et longues peines : le centre pénitentiaire de Rennes, les centres de détention de Roanne, Bapaume et Joux-la-Ville. Ainsi, le sud de la France et la région parisienne ne disposent pas de tels établissements pour accueillir les femmes souhaitant demeurer à proximité de leurs familles.

⁴ L'article 36 de la loi pénitentiaire prévoit que pour les prévenus, le droit aux UVF s'exerce sous réserve de l'accord de l'autorité judiciaire compétente. Toute personne détenue a donc le droit aux UVF.

⁵ Ces unités de visite familiale ont été créées en 2003 à titre expérimental dans trois établissements pilotes : maison centrale de Poissy, de Saint-Martin-de-Ré et Rennes. Elles offrent la possibilité aux personnes détenues de recevoir les membres de leur famille de 6 à 48h, et jusqu'à 72 heures trimestriellement. Une circulaire de la direction de l'administration pénitentiaire du 18 mars 2003 indiquait qu'à l'issue d'une période de fonctionnement de 18 mois, l'évaluation de l'expérimentation donnerait lieu à la publication d'un bilan permettant d'apprécier la pertinence d'une généralisation du dispositif. Or, jusqu'en mars 2005, aucun rapport d'évaluation n'a été publié.

⁶ Question écrite n° 75616, Ass. Nat., 11 oct. 2005, *J.O.*, Ass. nat., 17 oct. 2006.

⁷ Il faut en réalité prendre conscience du coût de la visite en termes de temps et d'argent, lorsque le détenu est éloigné de sa famille. Amputée d'un second salaire, celle-ci est souvent confrontée à des difficultés financières qui ne lui permettent pas des déplacements fréquents.

l'expérimentation de cette structure au sein des établissements pilotes¹. C'est pourquoi l'extension du dispositif a été envisagée dès septembre 2006 à quatre autres établissements : Toulon-La Farlède, Avignon-Le Pontet, Meaux-Chauconin et Liancourt. Enfin, il est prévu que tout nouvel établissement pénitentiaire disposera d'une UVF intégrée au programme de construction. Malgré leur succès, le rapport d'activité du contrôleur général des lieux de privation de liberté fait état de difficultés des détenus dans l'accès aux UVF en raison du nombre de demandes et du délai d'attente dépassant parfois le trimestre. Particulièrement bienvenue, une disposition issue de la circulaire du 26 mars 2009² porte une attention particulière aux enfants de moins de trois ans. Celle-ci prévoit que « dans l'instruction des demandes d'UVF, un soin particulier est porté à la situation des enfants de moins de trois ans, qui ont particulièrement besoin de relations avec leur parent incarcéré pour leur développement psychique ». Bien qu'importante, certains auteurs regrettent néanmoins qu'une question aussi essentielle soit réglée par la voie de la circulaire³.

Au demeurant, la coparentalité semble inévitablement pâtir de la mise en détention de l'un des parents car les intérêts en présence, -le maintien du lien familial d'une part, la garantie de la sécurité publique d'autre part- constituent des impératifs tout aussi importants au maintien d'une société harmonieuse. Néanmoins, entre la nécessité d'une société sécurisée et le maintien du lien parental, l'intérêt collectif l'emportera plus facilement sur l'intérêt privé. Or, il ne nous semble pas judicieux de privilégier le premier au détriment du second, ce dernier participant indirectement à la diminution de la délinquance lorsqu'une attention particulière lui est portée⁴.

β- La nécessaire considération du lien parental par le droit pénitentiaire

229. L'intérêt de favoriser le maintien du lien parental en milieu carcéral. Les conséquences liées à l'incarcération d'un parent sur la famille sont considérables. Il est

¹ Le rapport de visite du contrôleur général à la maison centrale de Saint-Martin-de-Ré conclut à un réel succès tant du côté des détenus et de leurs familles que des personnels, lesquels y voient un véritable outil de réinsertion dépassant le cadre de l'adoucissement de la détention. Il s'agit « d'aider à moins perdre pied avec la réalité ». Cf. *Le rapport d'activité 2010 du contrôleur général des lieux de privation de liberté, rapp. précit.*, p. 188.

² Circ. DAP du 26 mars 2009, relative aux Unités de Vie Familiale (UVF), NOR : JUSK0940004C.

³ M. HERZOG-EVANS, « La stabilité de la relation parentale en cas de séparation forcée. Le cas du droit pénitentiaire », *art. précit.*, p. 284.

⁴ Nous rejoignons de ce point vue l'opinion de Madame le professeur HERZOG-EVANS qui impute à la stricte distinction du champ pénal et du droit civil les causes profondes du désintérêt du premier aux règles présidant au second. Cf. M. HERZOG-EVANS, « Les enfants de détenus », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2011, n° 87, Dossier « Le statut de l'enfant depuis la Convention internationale relative aux droits de l'enfant », pp. 32-35. Pour une perspective comparée, V. aussi du même auteur : *L'intimité du détenu et de ses proches en droit comparé*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2000.

d'ailleurs étonnant que peu de systèmes juridiques s'en soucient¹, à l'heure où l'intérêt de l'enfant connaît son apogée. C'est dire que cet intérêt est si peu considéré en pratique, alors qu'il est à l'inverse surestimé lorsqu'il s'agit pour l'enfant d'entretenir des liens avec des tiers². Drôle de droit est celui qui conduit à négliger les rapports de l'enfant avec ses propres parents, alors que seraient à l'inverse privilégiés ses rapports à l'égard des tiers. Le principe de coparentalité n'impose t-il pas prioritairement³ de prendre toutes les mesures nécessaires pour favoriser l'intérêt de l'enfant et assurer l'effectivité du principe de coparentalité, avant d'en permettre l'exercice, dans certains cas, par un tiers ? Il semblerait que l'intérêt de l'enfant ait des mystères que le droit ne saisit pas⁴, ou du moins que l'affection⁵ privilégie. Le droit pénitentiaire, avec la logique punitive qui le caractérise et l'objectif de restauration de l'ordre, semble être « aveugle »⁶ quant aux conséquences sur la société elle-même de telles séparations parentales. L'intérêt de la société est intimement lié à la « bonne santé » des familles, de laquelle il est inséparable. C'est pourquoi il importe aujourd'hui plus que jamais de mener une réflexion d'ensemble sur cette question. Ainsi qu'un auteur a pu le relever, « l'intérêt de l'enfant ne se réduit notamment pas à un concept juridique ; il doit être rapporté à des enjeux psychologiques et éthiques et, dans le contexte pénal, à des enjeux criminologiques »⁷. Plusieurs études étrangères ont démontré les conséquences à court, moyen et long terme de telles séparations⁸, dont les effets sont d'une part l'impact négatif sur la société, d'autre part le coût supporté par cette dernière en termes de déviance et de délinquance. Pour Madame le professeur HERZOG-EVANS, « même si la causalité directe de l'emprisonnement est délicate à établir, en l'état actuel des méthodologies employées (...) il se confirme que l'impact sur le devenir antisocial, délinquant, déviant ainsi que sur les troubles mentaux ou du comportement est indéniable et n'en demeure pas moins établi »⁹.

230. La faveur acquise du droit européen des droits de l'homme. La recommandation R (94) 14¹⁰ « recommande aux gouvernements des États membres de

¹ La réflexion semble fleurir notamment aux États-Unis où un vaste champ d'étude est ouvert s'agissant des questions relatives à l'intégration du parent détenu après sa libération, ce que les américains appellent le « reentry ». En effet, de nombreux programmes sont mis en œuvre afin d'accompagner au mieux cette période.

² V. *infra*, notre Titre 2 de cette partie, Chapitre 2, section 2.

³ La recommandation R (94) 14 relative aux politiques familiales cohérentes et intégrées, adoptée par le Comité des ministres le 22 novembre 1994 à l'issue de la 521^{ème} réunion précise que « les parents sont prioritairement responsables de l'éducation de leurs enfants ».

⁴ V. *supra*, sur l'intérêt de l'enfant en tant que notion à contenu variable, n° 198.

⁵ J. POUSSON-PETIT, *L'affection et le droit*, Paris, éd. du CNRS, 1990.

⁶ Pour reprendre l'expression utilisée par le professeur HERZOG-EVANS, in « Les enfants de détenus : The orphans of justice », *art. précit.*, p. 32.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Cf. l'article précité de Madame le professeur HERZOG-EVANS.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ REC R (94) 14 relative aux politiques familiales cohérentes et intégrées, adoptée par le Comité des ministres le 22 novembre 1994 à l'issue de la 521^{ème} réunion.

faciliter la mise en œuvre de politiques familiales cohérentes et intégrées », en incitant les pouvoirs publics à « créer les conditions propices à l'épanouissement et à l'autonomie des familles, en fournissant notamment des services d'accueil médicaux, sociaux, éducatifs et culturels appropriés ». Le concept inhérent à cette recommandation met en avant « l'importance d'une politique familiale *préventive* » devant être accentuée lorsqu'une famille a besoin « de recevoir des conseils, des services et/ou d'être dirigée à différentes étapes de sa vie, par des moyens qui permettent de pallier sa fragilité ». Ceci « implique que le rôle des pouvoirs publics est de créer les conditions nécessaires pour le développement d'une cellule familiale où l'individu puisse s'épanouir (...) les besoins spécifiques des différents types de familles, selon les différentes étapes de cycles de vie familiale, doivent y être pris en compte ». Plus spécifique, la recommandation REC (2006) 2¹ sur les règles pénitentiaires européennes met l'accent sur le fait que « la vie en prison est alignée aussi étroitement que possible sur les aspects positifs de la vie à l'extérieur de la prison », étant précisé que « chaque détention est gérée de manière à faciliter la réintégration dans la société libre des personnes privées de liberté »². L'effectivité de ces dispositions semble toutefois douteuse au sein de notre système.

231. Pour une meilleure prise en compte du lien parental. Le sentiment d'euphorie dû à la sortie cède rapidement la place à la difficulté de reprendre ses marques dans la société et dans sa famille. Le parent réintégrant le quotidien familial doit retrouver sa place auprès de son enfant, qui sera habitué à ne vivre et à ne compter que sur l'autre parent. Le lien parental distendu du fait d'une longue absence doit faire l'objet d'une reconstruction à laquelle il convient de procéder en amont de la libération, et se perpétuer après la sortie. L'intérêt d'un accompagnement efficace du parent durant cette période, que ce soit au plan personnel ou professionnel est encore plus déterminant du fait qu'il s'agit d'une période à haut risque de récidive. Un lien parental renforcé responsabilisera l'adulte et pourra lui permettre de cesser tout comportement délinquant. En droit comparé, de nombreuses initiatives sont mises en œuvre afin d'accompagner le retour en famille du détenu. La prise en compte de la spécificité du lien familial des personnes détenues a incité B. CORSTON à remettre au gouvernement anglais et gallois le rapport dit « Corston » dans lequel sont étudiés les besoins en termes de fragilité des mères détenues. Ce rapport a ensuite donné lieu à « une politique réductionniste sur le plan pénal ainsi qu'à une politique de genre quant à l'exécution des sentences et au fonctionnement des services en cause »³. Cette réflexion n'est pas menée en France, sans doute en raison de la prégnance d'un donné culturel qui en limite le développement⁴. Aucune mesure de soutien à la

¹ REC (2006) 2 relative aux règles pénitentiaires, adoptée par le Comité des ministres le 11 janvier 2006 à l'issue de la 952^{ème} réunion des Délégués des Ministres.

² Recommandation *précit.*, 5°.

³ M. HERZOG-EVANS, « Les enfants de détenus : The orphans of justice », *art. précit.*, p. 34.

⁴ Pour l'auteur, au nombre de ces données figure en premier lieu le faible impact du féminisme en France, comparé à d'autres pays européens, et plus particulièrement de son inexistence en criminologie. En second lieu, l'idée selon laquelle c'est par la protection de la mère que peut efficacement opérer la protection de l'enfant

coparentalité n'existe en milieu carcéral, si ce n'est le système des aménagements de peine, non en corrélation directe avec le lien parental. À l'instar d'autres pays voisins, tels que l'Espagne, l'Allemagne, les Pays-Bas, la Finlande ou le Danemark, pourraient être mis en place au profit des mères détenues des Unités de Vie mère-enfant dans lesquelles les conditions de détention sont plus souples et mieux aménagées pour l'accueil d'un enfant. Des programmes de soutien à la coparentalité au profit des pères détenus pourraient notamment faire prendre conscience des conséquences de la délinquance sur l'enfant. Ces actions peuvent avoir un impact direct en termes de prévention de la récidive.

2- Coparentalité et déplacements illicites

232. La détermination du cadre juridique. Dans un contexte de mobilité croissante des personnes, la multiplication des unions mixtes pose la question récurrente lors du divorce, de la résidence de l'enfant. Qu'advient-il du principe de coparentalité lorsqu'un des parents décide de retourner dans son pays d'origine en compagnie de l'enfant, et quels moyens s'offrent à lui en vue de maintenir le lien parental ? Si les instruments de droit interne se sont révélés peu efficaces dans l'objectif de maintien du lien parental, l'adoption de textes d'envergure internationale¹ vise, outre à adopter des principes communs sur la question des relations personnelles des enfants, à lutter contre leurs enlèvements² dans le cadre familial. Or, ce n'est pas sans opérer une véritable « tectonique des sources »³, nécessitant l'articulation entre eux des différents instruments, qu'un tel objectif peut être atteint. En encourageant les États à adopter des principes communs, les textes et la jurisprudence européens renforcent corrélativement l'application des instruments internationaux qui traitent de l'enlèvement, du droit de garde et du lieu de résidence habituelle des enfants, en particulier la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants⁴, la Convention de La Haye du 19

serait moins répandue en France, bien qu'elle soit préconisée par les recommandations européennes. Par ailleurs, la « tradition chevaleresque » française place la France au nombre des pays dont le taux d'incarcération féminine est faible ; M. HERZOG-EVANS, « Les enfants de détenus : The orphans of justice », *art. précit.*, pp. 33-34.

¹ Il est possible de citer en premier lieu la Convention internationale des droits de l'enfant, la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 qui met en place des mécanismes de coopération internationale pour faciliter le retour des enfants déplacés, complétée par le règlement *Bruxelles II bis* n° 2210/2003 du 27 novembre 2003 qui édicte les normes en matière de compétence juridictionnelle et de circulation des décisions rendues en matière de divorce et de responsabilité parentale. La Convention de La Haye du 19 octobre 1996 est relative à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants. Enfin, le règlement 4/2009 est relatif aux obligations alimentaires, second volet du contentieux de l'autorité parentale. V. I. BARRIERE-BROUSSE, « L'enfant et les conventions internationales », *JDI*, 1996, 843-888.

² H. FULCHIRON (dir. de), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Bruxelles, Bruylant, 2004 ; V. ÉGÉA, « Le déplacement illicite d'enfants », in *Actualité du droit international privé*, A. LEBORGNE, I. BARRIERE-BROUSSE (dir. de), Marseille, PUAM, 2009, pp. 125-141.

³ Pour reprendre l'expression de Monsieur A. DEVERS, cf. « Le divorce d'époux marocains ou franco-marocains. Les conventions franco-marocaines face aux droits européen et communautaire », *Rev. dr. fam.*, 2006, n° 3, étude n° 15.

⁴ D. n° 83-1021, 29 nov. 1983, *J.O.*, 1^{er} déc. 1983, p. 3466.

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 enfants¹. C'est dans ce contexte qu'a été adopté le Règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs le 29 mai 2000².

233. Notion de déplacement illicite. L'enlèvement d'un enfant par son parent constitue une ingérence tant dans le respect de la vie familiale de l'autre parent, que de celui de l'enfant lui-même. En vertu de l'article 3 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, le déplacement d'un enfant est considéré comme illicite lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde³, attribué à l'autre parent par décision de justice de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement. La Cour de cassation a eu l'occasion d'affiner les contours de la notion de « déplacement illicite », en précisant que la Convention de La Haye est applicable à tout enfant déplacé hors de son domicile familial, seul élément pris en compte, peu importe son lieu de naissance⁴. De la même manière, ce droit doit avoir été exercé de manière effective au moment du déplacement, ou qu'il ait été susceptible d'être exercé en l'absence de déplacement⁵. Depuis que la Cour de cassation a décidé d'attribuer un effet direct à la CIDE, la question de l'appréciation de l'intérêt de l'enfant tel que posé par la Convention au regard des règles internes régissant le droit de l'autorité parentale (1) soulève nombre de problématiques qui appellent une attention particulière lorsqu'est en cause une convention bilatérale que la France a signé avec un autre État (2).

¹ D. n° 2011-1572 du 18 novembre 2011, *J.O.*, 20 novembre 2011, p. 19503.

² Abrogé par le Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen, adopté en droit interne par le D. n° 2015-1395 du 2 novembre 2015, portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière de successions transfrontalières, *J.O.*, 4 novembre 2015, p. 20592.

³ Ne peut dès lors se prévaloir du caractère illicite du déplacement le père naturel qui, bien qu'élevant ses enfants, n'est pas titulaire du droit de garde : CJUE, 3^{ème} ch., 5 oct. 2010, aff. C-400/10, *J. McB*, *Rev. Procédures*, 2010, comm. 405, obs. C. NOURISSAT ; *AJ fam.*, 2010, A. BOICHE, p. 482 ; *D.*, 2010, p. 2516, obs. I. GALLMEISTER ; *JCP, G*, 2010, note F. BOULANGER, 1327 ; *RTD civ.*, 2010, P. RÉMY-CORLAY, p. 748, *Rev. dr. fam.*, 2011, n° 3, comm. 50, M. FARGE. Sur le caractère autonome de la notion de droit de garde, cf. Cass. civ. 1^{ère}, 24 juin 2015, n° 14-14.909 ; *D.*, 2015, obs. I. GALLMEISTER, p. 1437. Au sens de la Convention, le droit de garde ne s'entend pas du lieu de résidence de l'enfant, mais de la question portant sur la titularité de l'autorité parentale.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 26 oct. 2011, n° 10-19.905.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 29 févr. 2012, n° 11-15.613 et Cass. civ. 1^{ère}, 14 mars 2012, n° 11-17.011.

α) L'appréciation de l'intérêt de l'enfant au regard des règles internes de l'autorité parentale

234. La dualité d'appréciation de l'intérêt de l'enfant. L'intérêt de l'enfant¹ constitue un véritable labeur pour les juges du fond lorsqu'il s'agit de l'apprécier indépendamment de l'intérêt individuel de ses parents². Bien qu'étant une disposition internationale, l'article 3-1³ de la Convention de New York semble poursuivre le même objectif de protection de l'enfant que l'article 373-2 du Code civil -qui exhorte le juge à statuer selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant. Néanmoins, cette disposition concerne spécifiquement les règles relevant du domaine de l'autorité parentale telle qu'exercée par des parents séparés, alors que la référence à l'intérêt de l'enfant dans le texte de la Convention semble devoir être appréciée indépendamment de la spécificité de chaque litige. Appréciation *in concreto* dans un cas, *in abstracto* dans l'autre. C'est pourquoi la combinaison entre les deux textes peut aboutir à des résultats contradictoires, particulièrement lorsqu'il s'agit de statuer sur l'exercice de l'autorité parentale. Le recours à la norme internationale visant l'intérêt « supérieur » et « primordial », lorsqu'il a pour effet de combattre une norme matérielle précise, n'est pas souhaitable. Ne l'est pas non plus la règle particulière qui édicterait un effet contraire à celui poursuivi par la Convention internationale. Loin d'être déterminée par des fins de pure « coquetteries »⁴, l'analyse de la jurisprudence rendue permet de révéler que le recours à la méthode combinatoire peut s'avérer grandement utile. Lorsque la norme interne assure une mise en œuvre concrète de l'intérêt de l'enfant, le risque, tel qu'il a été rappelé⁵, est qu'il serve d'autres finalités implicites et aboutisse à être détourné de sa fonction. C'est particulièrement le cas toutes les fois où l'égoïsme parental essaie d'instrumentaliser l'intérêt de l'enfant à des fins individuelles. Une illustration particulièrement topique de cette crainte peut être exprimée à propos de l'utilisation de l'article 3-1 de la Convention de New York dans le cadre de la mise en œuvre de la Convention de La Haye de 1980 sur les déplacements illicites d'enfants. Dans ce cas de figure, la piqure de rappel précisant que l'intérêt de l'enfant constitue une considération primordiale et supérieure aux intérêts individuels de ses parents est la bienvenue. Elle permet à l'intérêt de l'enfant d'être au

¹ E. GALLANT, *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, Paris, Defrénois, coll. « Doctorat&Notariat », 2004.

² G. VIAL, « La mise en œuvre jurisprudentielle du standard de l'intérêt de l'enfant : entre intérêt concret et intérêt général », in *Lien familial, lien obligationnel, lien social*, Livre II « Lien familial et lien social », E. PUTMAN, J.-P. AGRESTI, C. SIFFREIN-BLANC (dir. de), Marseille, PUAM, pp. 124-131.

³ Cet article dispose que dans toutes les décisions le concernant, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

⁴ E. GALLANT, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, *Enfant Laetitia*, *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 603.

⁵ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.*, 1995, 249, spec. p. 266.

coeur de toute décision prise, et aux adjectifs « supérieur » et « primordial » de remplir tout leur office.

235. Appréciation judiciaire du retour de l'enfant déplacé. Si la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 organise une coopération¹ des États d'ordre administratif en exigeant un retour immédiat² de l'enfant déplacé, le texte prévoit aussi une exception³ à ce retour prévue à l'article 13-1 b⁴. Lorsque le parent qui s'y oppose établit « qu'il existe un risque grave que ce retour n'expose l'enfant à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable », le juge peut ne pas ordonner le retour de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle⁵. Les juges du fond apprécient souverainement l'existence du risque grave. Cependant, ils doivent caractériser le danger encouru par l'enfant en cas de retour immédiat, ou la situation intolérable que le retour créerait⁶. À défaut, ils risquent de voir leur décision cassée pour manque de base légale.

¹ Art. 7 de la convention.

² L'article 12 de la convention de La Haye, dans un souci d'effectivité du retour immédiat, paralyse le pouvoir d'appréciation et de décision du juge de l'État vers lequel l'enfant a été déplacé, notamment lorsque ce dernier est saisi d'une demande de fixation des modalités d'exercice de l'autorité parentale. Le principe visé étant le retour immédiat de l'enfant, une décision de justice ne saurait venir conforter la voie de fait constituée par le comportement d'un des parents. D'ailleurs, parmi les mécanismes posés par le règlement *Bruxelles II bis* figure une limitation des pouvoirs du juge de l'État de destination, en vue de faciliter le retour immédiat de l'enfant. De plus, l'article 11§8 de ce même règlement précise que « nonobstant une décision de non retour rendue en application de l'article 13 de la Convention de La Haye, toute décision ultérieure ordonnant le retour de l'enfant rendue par une juridiction compétente en vertu du présent règlement est exécutoire conformément au chapitre III, section 4, en vue d'assurer le retour de l'enfant ».

³ Voir en ce sens l'étude de Monsieur le professeur F. BOULANGER : « Les cas de non-retour par suite d'un déplacement illicite de mineurs dans un cadre international », *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 11, étude 16.

⁴ Cet article indique que « nonobstant les dispositions de l'article précédent, l'autorité judiciaire ou administrative de l'État requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant, lorsque la personne, l'institution ou l'organisme qui s'oppose à son retour établit (...) qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant en l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière, ne le place dans une situation intolérable ».

⁵ Sur cette notion, cf. Cass. Civ. 1^{ère}, 4 mars 2015, n° 14-19.015. Dans cette décision, la Cour de cassation apporte d'utiles précisions sur la définition de la notion de « résidence habituelle ». Pour la Cour, la résidence habituelle de l'enfant -au sens du droit européen- ne repose pas tant sur des considérations quantitatives que qualitatives. Celle-ci est le lieu qui traduit une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial. Elle doit donc être déterminée à la lumière de l'ensemble des circonstances de fait, dont la commune intention des parents de transférer le lieu de ladite résidence. Il s'ensuit qu'encourent la censure les juges ayant déduit le lieu de résidence de l'enfant à partir de la durée de son séjour. V. avant, sur cette définition telle que posée par la Cour de justice de l'Union européenne : CJUE, 2 avr. 2009, n° C-523/07, *RTD eur.*, 2010, 421, chron. M. DOUCHY-OUUDOT, E. GUINCHARD. Telle que posée, la définition a ensuite été reprise par cette même Cour le 22 déc. 2010, n° C-497/10, *RTD eur.*, 2011, 481, obs. M. DOUCHY-OUUDOT, puis le 9 oct. 2014, n° C-376/. Pour une récente étude, V. E. GALLANT, « Réflexions sur la résidence habituelle des enfants de couples désunis », in *Mélanges en l'honneur de Pierre MAYER*, Paris, LGDJ, 2015, pp. 241-253.

⁶ En ce sens, V. CJUE, 23 déc. 2009, aff. C-403/09, *Deticek c/ Sgueglia*. Au terme de la saisine de la Cour, celle-ci a considéré que l'auteur d'un enlèvement d'enfant ne peut se prévaloir de certaines dispositions du règlement *Bruxelles II bis* (art. 20) afin d'entériner le déplacement illicite. L'article 20 de ce règlement doit « *doit être interprété en ce sens que, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, il ne permet pas à une juridiction d'un État membre d'adopter une mesure provisoire en matière de responsabilité parentale visant à octroyer la garde d'un enfant qui se trouve sur le territoire de cet État membre à l'un de ses parents lorsqu'une juridiction d'un autre État membre, qui est compétente en vertu dudit règlement pour connaître du fond du litige relatif à la garde de l'enfant, a déjà rendu une décision confiant provisoirement la garde de cet enfant à l'autre parent et que cette décision a été déclarée exécutoire sur le territoire du premier État membre* ».

S'il était à craindre que l'effectivité des mécanismes de retour demeure lettre morte -du fait qu'elle soit tributaire de l'interprétation de l'exception de *danger*- la Cour de cassation a su opérer une interprétation restrictive et donc conforme de cette exception¹, préservant la lettre et l'esprit du dispositif. À l'occasion de l'arrêt *Ignacollo-Zénide c/ Roumanie*², la CEDH consacre une obligation positive des États -à la lumière de la Convention de La Haye- de prendre les mesures nécessaires au retour de l'enfant ayant fait l'objet d'un déplacement illicite. Les États doivent donc œuvrer dans le sens du retour de l'enfant déplacé. La position de la Cour de cassation est, dans la lignée de la jurisprudence européenne, parfaitement conforme.

236. L'intérêt de l'enfant, un critère central. Dans une affaire née de l'initiative de la mère de partir s'installer au Canada avec son enfant, la Haute juridiction³ a rappelé, au double visa des articles 3-1 de la Convention de New-York et 373-2 du Code civil, que l'intérêt de l'enfant devait être la considération primordiale dans toute décision le concernant. Elle censure la Cour d'appel qui, pour autoriser la mère à quitter le territoire et à partir s'installer au Canada avec son enfant, avait opposé les défauts du père aux qualités de la mère. La Cour d'appel qui s'était déterminée par des motifs sans rapport avec l'intérêt primordial de l'enfant est donc censurée. Pour ne pas encourir la cassation, les juges du fond auraient dû, en l'espèce, vérifier si l'intérêt concret de l'enfant ne se trouvait pas atteint négativement par l'éloignement géographique au regard du droit au maintien des relations personnelles avec ses deux parents. La Cour censure le raisonnement consistant à prendre parti pour ou contre un des parents, selon les qualités de l'un ou les défauts de l'autre. Par conséquent les juges du fond doivent s'abstenir, dans leur motivation, de recourir aux affirmations consistant à défendre leurs intérêts individuels pour ne s'attacher à caractériser que le seul intérêt de l'enfant. Or, c'est précisément à ce stade du raisonnement que s'opère le glissement vers une appréciation concrète. La difficulté est d'autant plus grande que le contenu des règles internes matérielles relatives à l'autorité parentale est intimement lié à l'intérêt de l'enfant concrètement compris.

Une espèce similaire a permis aux juges du fond de retenir, indépendamment des choix religieux du père et de son appartenance à l'Église de Scientologie, que le retour de

Rev. Lamy dr. civ., 2010, n° 68; *Rev. Procédures*, 2010, comm. 73, note C. NOURISSAT ; *D.*, 2010, note C. BRIERE, p. 1055; même revue, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE, p. 1585; *AJF*, 2010, note A. BOICHE, p. 131.

¹ V. note Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, n° 02-17.411, *RJPF*, 2005, n° 4, 36, note M.-C. MEYZEAUD-GARAUD ; Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, n° 04-16.942, *RJPF*, 2005, n° 10, 40, obs. F. EUDIER. Après une période où le risque de danger grave occasionné par le retour de l'enfant a été caractérisé par les juridictions françaises : Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 1994, *Rev. crit. DIP*, 1995, 96, note H. MUIR WATT ; *Deffrénois*, 1995, art. 36024, obs. J. MASSIP ; *JCP, G, I*, 1995, 3903, obs. H. BOSSE-PLATIERE ; Cass. civ. 1^{ère}, 21 novembre 1995, *D.*, 1996, 468, note J. MASSIP ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 1999, *RJPF*, 1999, 20, note C. DESLANCES et S. VALORY ; Cass. civ. 1^{ère}, 18 avril 2000, *Rev. crit. DIP*, 2001, 341, note E. GALLANT. V. plus récemment Cass. civ. 1^{ère}, 19 nov. 2014, n° 14-17.493, *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 2, comm. 31, C. NEIRINCK.

² CEDH, *Ignacollo-Zénide c/ Roumanie*, 25 juin 2000, *Rev. dr. fam.*, 2000, chron. n° 26, obs. H. FULCHIRON, A. GOUTTENOIRE.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, *Enfant Laetitia, D.*, 2007, obs. A. GOUTTENOIRE et L. BRUNET, p. 2192; *RTD. civ.*, 2007, obs. J. HAUSER, p. 330; *Rev. crit. DIP*, 2007, note E. GALLANT, p. 603.

l'enfant en Allemagne exposait celui-ci à un danger. Approuvés par la Cour de cassation¹ qui rappelle l'appréciation souveraine des juges du fond des faits constitutifs du danger physique ou psychique², celle-ci laisse une marge de manœuvre importante aux juges du fond dès lors que leur décision caractérise suffisamment le danger. Afin de mettre en œuvre l'exception au retour, ceux-ci se fondent sur un certain nombre de témoignages, dont l'ancienneté ne permettait *a priori* pas de caractériser le danger encouru par l'enfant lorsqu'il sera, à l'avenir, sous la responsabilité de son père. Selon un auteur³, sans doute les juges colmariens ont-ils eu le souci louable de protéger la santé physique et psychique de l'enfant en le soustrayant à l'emprise d'un mouvement religieux très controversé. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si la décision retenue coïncidait avec le dépôt le même jour, du rapport de la commission d'enquête parlementaire relative à l'influence des mouvements sectaires et aux conséquences de leurs pratiques sur la santé physique et mentale des mineurs⁴. Il convient néanmoins de prendre garde aux dangers d'un contrôle excessivement formel de la motivation des juges du fond, que ce soit dans le sens d'une caractérisation trop laxiste du *danger*, ou au contraire trop sévère⁵.

Dans la lignée de ses précédents arrêts, la première chambre civile⁶ emploie la même méthode de contrôle combinatoire à l'occasion d'une autre affaire, en s'affranchissant cette fois de la référence à la Convention de New York afin de mettre à l'honneur le principe de coparentalité tel que consacré par la loi du 4 mars 2002. La Cour d'appel ayant validé la décision unilatérale d'une mère de s'installer avec son enfant en Nouvelle-Calédonie, la Haute juridiction reproche aux juges du fond de ne pas avoir vérifié si le comportement de la mère ne traduisait pas un refus de respecter le droit de l'enfant à entretenir des relations régulières avec son père. Pour formuler sa solution en termes de droit de l'enfant à être élevé par ses deux parents et d'entretenir des relations personnelles avec chacun d'eux, la Cour de cassation insiste sur la réciprocité du lien parental devant être respecté par chacun d'eux.

Dans un arrêt du 8 novembre 2005⁷, la Cour de cassation a censuré les juges du fond de n'avoir pas fait du critère de l'intérêt de l'enfant le point d'ancrage de leur motivation. Le conflit qui opposait les parents portait sur la langue dans laquelle la scolarité des enfants devait avoir lieu. Les juges du fond avaient décidé que les enfants, résidant au Luxembourg avec leur mère et scolarisés dans une école de langue allemande, devraient désormais intégrer une école francophone afin que le père, uniquement francophone, puisse assurer

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 12 déc. 2006, n° 05-22.119, *RJPF*, 2007, n° 3, note F. EUDIER.

² Cf. aussi Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 2006, *Enfant Lorenzo, D.*, 2005, p. 2790, note F. BOULANGER ; *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 127, note E. GALLANT.

³ E. GALLANT, *déc. précit.*

⁴ Rapp. Ass. nat. n° 3507, 2006-2007.

⁵ E. GALLANT, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 127.

⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 4 juil. 2006, *Rev. dr. fam.*, 2006, n° 10, p. 25, obs. P. MURAT.

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 8 nov. 2005, *RTD civ.*, 2006, note J. HAUSER, p. 101.

une coparentalité effective. La Cour de cassation censure pourtant la cour d'appel en lui reprochant de ne s'être fondée que sur l'intérêt du père, sans caractériser ni prendre en considération l'intérêt supérieur des enfants.

Cette attitude atteste que l'intérêt de l'enfant, loin d'être une notion vide de contenu et abandonnée à l'appréciation des juges du fond, est l'objet d'une constante recherche entre la coïncidence de son intérêt concret et son intérêt abstraitement perçu. Sur le terrain de l'autorité parentale, elle conduit à un résultat relativement satisfaisant car il apparaît difficile pour un parent d'emmener ses enfants loin de l'autre, sauf à démontrer qu'il est dans leur intérêt d'en demeurer éloigné. La CEDH a d'ailleurs approuvé¹ la méthode combinatoire telle que mise en œuvre par les juridictions françaises à l'occasion de l'affaire dite de la « petite Charlotte »², ayant donné lieu à l'arrêt *Maumousseau et Washington c/ France*. Pour la Cour, « les juridictions françaises avaient pris en compte l'intérêt supérieur de l'enfant, entendu comme sa réintégration immédiate dans son milieu de vie habituel. Ces juridictions s'étaient notamment livrées à un examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale et de toute une série d'éléments, et avaient procédé à une appréciation équilibrée et raisonnable des intérêts respectifs de chacun avec le souci constant de déterminer quelle était la meilleure solution pour l'enfant », à savoir son retour aux États-Unis auprès de son père. Surtout, le critère de « réintégration immédiate de l'enfant dans son milieu de vie habituel » a constitué le point d'ancrage des décisions en la matière, car il semble caractériser une appréciation globale de l'intérêt de l'enfant eu égard à la situation familiale prise dans son ensemble.

237. Les incertitudes de la jurisprudence européenne. Depuis quelques années, la CEDH a été confrontée à la requête de l'auteur d'un enlèvement d'enfant qui prétend que le retour forcé de ce dernier constitue une ingérence dans son droit au respect de sa vie familiale³. Par l'effet de l'écoulement du temps⁴, dont l'effet est de permettre à l'enfant de

¹ Cf. néanmoins la récente condamnation de la France par la CEDH, 5 nov. 2015, *Henrioud c/ France*, n° 21444/11, *JCP, G, I*, 2015, n° 49, 1333, obs. A. GOUTTENOIRE. L'irrecevabilité du pourvoi du procureur général près la CA Bordeaux contre une décision de non-retour, fondée sur l'article 979 du Code de procédure civile imposant au ministère public de joindre l'acte de signification de la décision de la cour d'appel attaquée, empêchait la recevabilité du pourvoi incident du requérant. À raison de ce particularisme, jugé dans ses conséquences « très graves et délicates pour les personnes concernées », la CEDH considère l'irrecevabilité du pourvoi, de nature à priver le requérant de toute possibilité d'examen des exceptions au non-retour immédiat de l'enfant, contraire à l'article 6§1 de la Convention.

² Ayant donné lieu à l'arrêt de la Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, n° 04-16.942, *Bull. civ.*, I, n° 245 ; *Rev. dr. fam.*, 2006, comm. n° 157, obs. A. GOUTTENOIRE ; cette même revue, comm. 42, note M. FARGE ; *D.*, 2005, 2790, note F. BOULANGER ; *JCP, G, II*, 2005, 10115, note C. CHABERT ; *Rev. dr. sanit. soc.*, 2005, étude C. NEIRINCK, p. 814 ; *Rev. crit. DIP*, 2005, note D. BUREAU, p. 679 ; *RTD civ.*, 2005, obs. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, p. 556 ; même revue, obs. P. REMY-CORLAY, p. 750 ; *RJPF*, 2005, n° 10, 40, note EUDIER, p. 24.

³ CEDH, 6 déc. 2007, *Maumousseau et Washington c/ France*, req. n° 39388/05, *AJ fam.*, 2008, obs. A. BOICHE, p. 83 ; *GAJCEDH*, comm. 52. CEDH, 6 juin 2010, *Neulinger et Shuruk c/ Suisse*, *JCP, G*, 2011, obs. F. SUDRE, p. 94.

⁴ V. en ce sens l'arrêt de condamnation de la Roumanie par la Cour européenne, en raison de son manquement à la mise en œuvre rapide et effective de la décision de non-retour ayant conduit à une violation du droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la convention : CEDH, 28 avr. 2015, 3^{ème} sect., n° 1714/10, *AJ fam.*, 2015, p. 347, note E. VIGANOTTI.

s'intégrer dans son nouveau milieu, il peut être jugé qu'il est de l'intérêt de celui-ci de ne pas retourner dans le pays de sa résidence habituelle. En réalité, l'essor des droits fondamentaux, particulièrement l'intérêt de l'enfant concrètement entendu, semble être de nature à perturber le principe du retour immédiat de l'enfant illicitement déplacé en le neutralisant au profit de son intérêt supérieur. Les réponses apportées par la Cour à cette problématique rendent peu cohérente sa jurisprudence en la matière et se révèlent peu compatibles avec les exigences qu'elle pose, notamment lorsqu'elle est saisie par le parent victime de l'enlèvement. Alors que dans ce cas elle impose l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour organiser le retour¹, elle admet que le retour puisse être subordonné à l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'elle est saisie par l'auteur de l'enlèvement². Cette « dérive interprétative » a même pu rejaillir sur les décisions de certains juges du fond, rappelés à l'ordre par la Haute juridiction³.

Dans l'affaire *Neulinger et Churuck c/ Suisse*⁴, c'est par le truchement de l'article 8 de la Convention européenne que la Cour procède à la vérification des conditions dans lesquelles le retour sera effectué. Elle conclut à la violation dudit article si la décision de retour était exécutée⁵. Or, la Cour prend le contrepied de ce qu'elle avait pu décider à l'occasion de l'arrêt *Maumousseau et Washington c/ France*, à savoir que l'intérêt supérieur de l'enfant devait être entendu comme étant sa « réintégration immédiate dans son milieu de vie habituel ». Ce « coup d'état interprétatif »⁶ imposait en réalité aux États de se livrer à un examen de la situation au fond, en exigeant d'eux qu'ils apprécient le

¹ V. CEDH, 7 mars 2013, *Raw c/ France*, req. n° 10131/11, *RJPF*, 2013, n° 5, note M. DOUCET.

² CEDH, 10 juil. 2012, *B. c/ Belgique*, *Rev. dr. fam.*, 2013, étude n° 3, obs. A. GOUTTENOIRE ; *AJ fam.*, 2012, obs. E. VIGANOTTI, p. 562.

³ CA Grenoble, 24 août 2011, cassée par la Haute juridiction : Cass. civ. 1^{ère}, 13 fév. 2013, n° 11-28.424, *AJ fam.*, 2013, note A. BOICHE, p. 185; *D.*, 2013, note I. GALLMEISTER, p. 498. En l'espèce, les juges grenoblois motivent leur décision en faisant référence à l'intégration de l'enfant en France, âgé de trois ans et vivant sur le territoire français depuis seulement quatre mois et demi. Ce raisonnement, directement inspiré de la jurisprudence *Neulinger* est censuré par la Cour de cassation. En visant l'article 13 b de la Convention de La Haye et l'article 3-1 de la Convention de New York du 20 novembre 1989, la Haute juridiction rappelle aux juges du fond qu'elles doivent apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant au regard des objectifs de la Convention de La Haye, et qu'en l'absence de danger couru par l'enfant en cas de retour, elles doivent mettre un terme à la voie de fait que constitue le déplacement illicite et laisser aux juridictions de l'État de la résidence habituelle de l'enfant le soin de statuer sur la question de l'exercice de l'autorité parentale.

⁴ CEDH, *Neulinger et Churuck c/ Suisse*, 6 juil. 2010, n° 41615/07, *RJPF*, 2011, n° 1, obs. F. EUDIER, p. 25; *RTD eur.*, 2010, p. 927, chron. M. DOUCHY-OU DOT et E. GUINCHARD; *D.*, 2011, pan. p. 1374, obs. F. JAULT-SESEKE; *RTD civ.*, 2010, obs. J.-P. MARGUENAUD, p. 735.

⁵ Pour la Cour, le retour de l'enfant en Israël avec sa mère entraînerait un trouble considérable pour le droit au respect de la vie privée et familiale de la mère, au regard des risques de poursuites pénales engagées à son encontre. Elle en déduit ainsi que « le refus de la mère de retourner en Israël n'apparaît (...) pas entièrement injustifié ». Cette position de la Cour, qui retient les conditions dans lesquelles le retour sera effectué tout en privilégiant le principe de l'intérêt de l'enfant, limite l'automatisme des décisions de retour et donc l'efficacité du dispositif de lutte contre les enlèvements. Cette position se vérifie également en droit interne lors de la mise en œuvre par la Cour de cassation de conventions bilatérales, notamment franco-marocaine ou franco-algérienne. En ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2007, n° 06-12687, *Bull. civ. I*, n° 199 ; *Rev. dr. fam.*, 2007, comm. 155, note M. FARGE ; *RJPF*, 2007, n° 10, 26, note M.-C. MEYZAUD-GARAUD.

⁶ Pour reprendre l'expression utilisée par un auteur, *RJPF*, 2014, n° 10, note S. GODECHOT-PATRIS.

bien-fondé du retour. Cette dérive interprétative a vivement été critiquée, surtout qu'elle a été confirmée dans trois décisions ultérieures¹. À l'occasion d'une décision lettone, la Cour semble toutefois tempérer sa position. Elle indique qu'en aucun cas le juge saisi d'une procédure de retour ne doit se livrer à un examen complet et approfondi de l'ensemble de la situation familiale. Elle estime « *que l'on peut parvenir à une interprétation harmonieuse de la Convention et de la Convention de La Haye sous réserve que les deux conditions suivantes soient réunies. Premièrement (il faut que) les éléments susceptibles de constituer une exception au retour immédiat de l'enfant en application des articles 12, 13 et 20 de ladite Convention, notamment lorsqu'ils sont invoqués par l'une des parties, soient réellement pris en compte par le juge. Ce dernier doit dès lors rendre une décision suffisamment motivée sur ce point afin de permettre à la Cour de s'assurer que ces questions ont bien fait l'objet d'un examen effectif. Deuxièmement ces éléments doivent être appréciés à la lumière de l'article 8 de la Convention* ». Délimitant l'étendue de l'office du juge saisi de la demande de retour, la Cour procède à un contrôle strictement procédural. En définitive, ce rappel indique que l'objet même du contrôle a été déplacé : il ne s'agit plus d'apprécier la décision de retour de l'enfant, plus qu'il ne faut s'attarder sur les exceptions mêmes du supposé retour. L'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant est différente selon que le juge est appelé à statuer sur l'illicéité du déplacement ou qu'il est appelé à statuer sur la question portant sur l'exercice de l'autorité parentale. Si le premier doit examiner la prétention du parent « ravisseur » tenant à démontrer le risque grave encouru par l'enfant, il doit y répondre par une décision suffisamment motivée en interprétant strictement les exceptions au retour prévues par la Convention internationale. Quant au second, appelé à se prononcer sur les modalités d'organisation de sa vie, il doit statuer conformément à son intérêt supérieur et aux instruments internationaux. Pour Madame le professeur GOUTTENOIRE, cette position « confirme la tendance de la Cour européenne à conditionner le retour de l'enfant à son intérêt supérieur, ce qui rend ce retour moins systématique et limite sans doute, l'efficacité du dispositif de lutte contre les déplacements illicites d'enfants, même si c'est au nom d'une juste cause »². Pour un autre auteur, « l'article 13 de la Convention de La Haye a été conçu pour répondre à un objectif particulier d'équilibre et intégré dans un système global destiné à résoudre les déplacements illicites d'enfants. Faisant partie d'un tout, il doit être interprété au regard de l'économie de l'ensemble auquel il appartient, et non isolément, même par le truchement d'une disposition de la Convention de New York. Ainsi, l'ensemble du texte de la

¹ CEDH, 12 juil. 2011, *Sneersone et Kampanella c/ Italie*, n° 14737/09. CEDH, 10 juil. 2012, *B. c/ Belgique*, n° 4320/11. La Cour dans cette espèce a estimé que les tribunaux belges n'avaient pas suffisamment cherché à évaluer le risque que représentait pour l'enfant un retour auprès de son père, et qu'ils auraient dû prendre en compte le passage du temps et l'intégration de l'enfant en Belgique. CEDH, grde chb., *X. c/ Lettonie*, 26 nov. 2013, n° 27853/09, *AJ fam.*, 2014, note A. BOICHÉ, p. 58. La Cour a estimé que la Convention européenne des droits de l'homme et la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 devaient faire l'objet d'une application combinée et harmonieuse, l'intérêt supérieur de l'enfant devant constituer la principale considération.

² A. GOUTTENOIRE, obs. sous CEDH, 12 juil. 2011, *Sneersone et Kampanella c/ Italie*, in « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. dr. fam.*, 2012, études n° 6, n° 19.

Convention de La Haye repose sur l'intérêt supérieur de l'enfant, et postule qu'il est dans son intérêt d'être ramené immédiatement après son enlèvement, sauf exception strictement. Il serait indéniablement contraire à la lettre de la Convention de La Haye que d'utiliser l'intérêt de l'enfant, au nom de la Convention de New York, pour contrecarrer ses objectifs de remise immédiate, eux-mêmes fondés sur l'intérêt de l'enfant »¹.

Au demeurant, un auteur était bien en droit de se poser la question de savoir si l'intérêt supérieur de l'enfant constituait une chance ou à l'inverse une menace pour le droit civil².

238. Le retour à une interprétation plus conforme à l'esprit de la Convention de La Haye. Dans le prolongement de la décision rendue en grande chambre à l'occasion de l'affaire lettonne, la CEDH a eu à se prononcer dans l'affaire *Rouiller c/ Suisse*³ sur l'applicabilité de la Convention de La Haye. Avec cette décision, elle semble revenir sur l'interprétation auparavant opérée du retour de l'enfant à travers le prisme de ses droits fondamentaux, en recentrant son interprétation sur la convention de La Haye et l'interprétation stricte des exceptions. La particularité de cette espèce tenait au fait que la nouvelle résidence de la mère où l'enfant a été déplacé était à moins de sept kilomètres du domicile du père. Concrètement, le changement de résidence n'affectait pas l'exercice par le père de son droit de visite, ce dernier étant de nationalité française et exerçait un emploi en Suisse. La question portait néanmoins sur l'applicabilité de la Convention. Si son esprit permettait d'en douter, les conditions posées par le texte étaient pour le moins, satisfaites : les enfants avaient initialement leur résidence dans un État contractant (la France), duquel ils ont été déplacés vers la Suisse. Afin de s'opposer au retour, la mère fondait sa prétention sur l'une des exceptions posées par le texte lorsque le déplacement a duré moins d'un an. L'article 13 alinéa 2 de la Convention de La Haye prévoit que « *l'autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de son opinion* ». Or, bien que la Cour ne reconnaisse pas l'automatisme de cette disposition⁴, les modalités de sa mise en œuvre soulevaient quelques difficultés. D'une part, il convenait d'apprécier l'âge et la maturité de l'enfant amené à exprimer son opinion, d'autre part, se posait la question inédite où, au sein d'une fratrie, seul un des enfants manifeste le souhait de ne pas retourner auprès de son parent. L'affaire posait donc la question de la conformité de l'interprétation par le tribunal fédéral de l'article 13 alinéa 2 de la Convention de La Haye. Mettant en œuvre les directives posées dans l'arrêt *X. contre Lettonie*, la Cour parvient à trouver un équilibre entre le texte de la Convention internationale et la Convention européenne. Afin de se ranger à l'opinion du

¹ E. GALLANT, note ss Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, *Enfant Laetitia*, *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 603.

² Cf. V. ÉGEA, « L'intérêt supérieur de l'enfant : menace ou chance pour le droit civil ? », in *La convention de New York sur les droits de l'enfant : vingt ans d'incidences théoriques et pratiques*, V. ÉGEA, A. LEBORGNE, E. PUTMAN (dir. de), Marseille, PUAM, 2012.

³ CEDH, 22 juill. 2014, *Rouiller c/ Suisse*, aff. 3592/08, *RJPF*, 2014, n° 10, note S. GODECHOT-PATRIS.

⁴ CEDH, 7 mars 2013, *Raw c/ France*, req. n° 10131/11, *RJPF*, 2013/5, note M. DOUCET.

tribunal fédéral, elle souscrit à la portée que ce dernier a conféré à l'audition de la fille aînée de la requérante¹ et qui mettait en avant la nécessité d'une interprétation stricte des exceptions, afin d'ordonner le retour des enfants. Dans une décision mettant en cause la France, et sous l'angle de la parole de l'enfant, la Cour a rappelé que la parole de l'enfant ne peut faire obstacle au retour. Elle a également regretté le désinvestissement progressif des autorités françaises n'ayant pas œuvré pour l'exécution de la décision du 16 avril 2009, car « des mesures coercitives auraient pu être prises, l'inactivité des autorités a laissé s'écouler un temps préjudiciable pour la relation entre les enfants et leur parent privé d'eux, (...) la parole des enfants n'aurait pas dû faire obstacle à leur retour ». Elle rappelle, conformément à sa ligne de conduite en la matière, que l'article 13 ne permet pas à l'enfant de choisir le lieu où il souhaite vivre². La volonté équivoque des enfants ne pouvait donc faire échec à une décision de retour.

β) L'appréciation de l'intérêt de l'enfant au regard des conventions bilatérales : le cas de la convention franco-marocaine

239. Articulation de l'instrument international avec la convention bilatérale.

Particulièrement célèbre pour ses dispositions relatives à la dissolution du mariage par répudiation, la Convention franco-marocaine portant sur le *Statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire* insiste en son Préambule « sur la nécessité de conserver aux personnes les principes fondamentaux de leur identité nationale », raison d'être de cet instrument. C'est pourquoi ce texte ne trouve pas seulement à s'appliquer aux ressortissants marocains résidant en France, mais à tout justiciable d'un État partie à la Convention³, dès lors qu'il possède la double nationalité de cet État et la nationalité marocaine. Un champ d'application extrêmement large est retenu pour permettre une indissociabilité des principes fondamentaux de l'identité nationale marocaine des individus pouvant être rattachés à cet État. Le procédé est toutefois contestable lorsque la personne n'a que très peu d'attaches avec le Maroc⁴. Quoi qu'il en soit, cette Convention trouve à

¹ En l'espèce, les enfants avaient été entendus par la juridiction de première instance et le compte rendu de l'audition faisait apparaître que si le second enfant n'avait indiqué comme seul souhait que celui de demeurer chez sa mère, l'aînée avait déclaré préférer rester vivre en Suisse (§ 16). S'était ensuivi tout un débat sur la valeur de ce compte rendu qui manquait de précision et sur la nécessité de procéder à une nouvelle audition des enfants. Le tribunal fédéral, estimant que le compte rendu était suffisamment détaillé (§ 18). Ordonner une nouvelle audition plus de dix-huit mois après le déplacement n'aurait pu que conduire à conforter le déplacement illicite et consacrer un détournement du mécanisme du retour immédiat. De surcroît, seule l'audition de l'aînée des enfants, née en 1993, a été considérée comme à même d'influer sur la décision de retour (§ 18). La solution semble raisonnable : le second enfant âgé de seulement huit ans n'avait certainement pas la maturité suffisante pour exprimer une volonté autonome. L'audition de l'aînée n'a néanmoins pas été considérée par le tribunal fédéral, comme suffisamment éloquente.

² CEDH, 22 juil. 2014, *Rouiller c/ Suisse*, aff. 3592/08, § 73.

³ E. GALLANT, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 juil. 2002, *Rev. crit. DIP*, 2002, pp. 468-469.

⁴ Ce qui rappelle le concept de *umma*, vu plus haut, cf. *supra* n° 78 et s. Ce qui est également critiquable du point de vue de la politique d'intégration française, v. notamment F. MONEGER, « La Convention franco-marocaine du

s'appliquer en matière de déplacements illicites d'enfants. En l'absence de dispositions expresses déterminant son champ d'application¹, les règles visant le déplacement illicite ne semblent reposer sur aucune condition de nationalité des parties au litige. Il suffit que le déplacement de l'enfant ait été réalisé entre les deux États contractants et implique les autorités marocaines. De la même manière, la notion de « déplacement illicite » n'est pas définie. Seul l'article 20 prévoit que les autorités centrales coopèrent pour « la localisation des enfants déplacés dont le droit de garde est contesté ou méconnu ». Malgré cette formulation vague, l'esprit de l'instrument est de faire respecter le droit de garde des parents, conformément à la philosophie de la Convention de La Haye. À y regarder de plus près², les lacunes de ce texte peuvent être expliquées par la date d'élaboration de la Convention. Élaborée peu de temps après l'adoption de la Convention de La Haye, il est fort à parier que ses rédacteurs avaient à l'esprit le modèle de la Convention internationale mis en place quelques mois auparavant. Dès lors, tout silence de cet instrument pourra être complété à l'aune de la Convention internationale³, à condition qu'il soit compatible avec l'ordre public marocain. Or, cette question soulève le problème de l'articulation entre l'instrument international et le texte conventionnel, qui doivent être combinés harmonieusement. Privilégier la Convention de La Haye revient à écarter la Convention bilatérale, ce qui n'est pas souhaitable. L'intérêt de conclure un traité bilatéral est d'en faire un instrument vivant et efficace, au service de la cause qu'il sert. L'écarter revient purement et simplement à en neutraliser l'efficacité et nier l'esprit. À l'inverse, privilégier le texte de la convention bilatérale peut en révéler les insuffisances. C'est pourquoi une application rigoureuse de l'instrument bilatéral à la lumière de la Convention de La Haye semble être un compromis satisfaisant.

240. Une conception différente de l'autorité parentale. Les difficultés tenant à la mise en œuvre de la Convention bilatérale ne tiennent pas tant à l'appréciation du mécanisme du retour, qu'aux spécificités liées à la conception de l'autorité parentale telles qu'elles découlent des règles du droit de la famille marocain. Celles-ci ne correspondent pas en tous points à la conception retenue par le législateur français et européen plus généralement. Alors que le droit français met tout en œuvre afin d'assurer une coparentalité effective à la dissolution du couple, le droit marocain distingue la *hadana* (garde) qui revient de droit à la mère, de la *wilaya* (tutelle) revenant de plein droit au père,

10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire », *Rev. crit. DIP*, 1984, pp. 2-69.

¹ À l'inverse de la Convention franco-algérienne du 21 juin 1988 relative à la garde des enfants de couples mixtes franco-algériens, dont le domaine d'application est limité aux enfants issus de couples mixtes franco-algériens. Cf. P. MONIN HERSANT, B. STURLESE, « L'entrée en vigueur de la Convention franco-algérienne du 21 juin 1988 : un nouvel espoir pour des enfants déchirés », *Gaz. Pal.*, 1988, doct. 523.

² Pour une présentation complète de cette Convention, cf. F. MONEGER, « La Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire », *art. précit.*; même revue pp. 267-288 ; P. DECROUX, « La Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire », *JDI*, 1985, pp. 49-99.

³ Qui n'est en outre entrée en vigueur au Maroc que depuis le 1^{er} juin 2010.

qui conserve également un droit de regard sur l'éducation de son enfant. Selon la conception égalitaire du droit européen de la famille, cette situation porte atteinte au principe d'égalité qui commande que les deux parents soient traités de manière identique dans l'exercice des prérogatives parentales, personnelles soient-elle ou patrimoniales. De la même manière, la conception religieuse de l'ordre public¹ amène le plus souvent le juge marocain à retirer la *hadana* à la mère non musulmane, considérée comme inapte à assurer l'éducation religieuse de l'enfant. C'est pourquoi il est à craindre, lorsqu'il est saisi, que le juge français² procède à une neutralisation de l'instrument bilatéral au profit des règles découlant du droit international privé communautaire³, plus en phase avec le principe de coparentalité. L'analyse de la jurisprudence permettra de corroborer ou à l'inverse, de réfuter cette affirmation.

241. Une stricte appréciation du retour de l'enfant déplacé. Afin de faire respecter le droit de garde des parents, l'article 25 de la Convention franco-marocaine organise un mécanisme conventionnel de remise immédiate de l'enfant illicitement déplacé, inspiré de celui instauré par la Convention de La Haye. Le juge de l'État où l'enfant est déplacé doit donc ordonner, à titre conservatoire, la remise immédiate de celui-ci. Seules deux exceptions peuvent être invoquées pour faire obstacle au retour de l'enfant : l'exercice non effectif ou de mauvaise foi de la garde ou le risque grave pour la santé ou la sécurité de l'enfant résultant de sa remise, en raison de la survenance d'un événement d'une gravité exceptionnelle. L'article 24 de la Convention franco-marocaine ajoute que la reconnaissance ou l'exécution d'une décision rendue dans l'un des deux États ne peut être refusée par l'autre État lorsque le tribunal de l'État qui a rendu la décision est celui de la résidence du parent avec lequel l'enfant vit habituellement. En d'autres termes, cet article édicte des règles de compétence indirectes⁴, que la Cour cassation n'a pas manqué de rappeler⁵.

¹ F. CADET, *L'ordre public en droit international de la famille, Étude comparée France/Espagne*, Paris, L'Harmattan, 2005.

² A. MEZGHANI, « Le juge français et les institutions du droit musulman », *JDI*, 2003, n° 3, doct. 100022.

³ A. DEVERS, « L'articulation des règlements européens (Bruxelles II bis et Rome III) et des conventions franco-marocaines (de 1957 et 1981) », *Rev. dr. fam.*, 2012, n° 1, étude 1.

⁴ Une règle de compétence indirecte permet, au stade de la reconnaissance d'une décision étrangère, de vérifier que le juge étranger ayant statué sur la demande était bien compétent. À l'inverse, cette règle de compétence est qualifiée de directe lorsqu'elle permet de déterminer si le juge français est compétent pour statuer sur la demande. V. P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, coll. « Domat droit privé », 11^{ème} éd., 2014, pp. 25-26, spec. n° 17, 18.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 20 mai 2003, n° 01-02. 959, *RJPF*, 2003, n° 9, 39, obs. A.-M. BLANC ; *Gaz. Pal.*, 18 nov. 2003, note M.-L. NIBOYET, p. 20; *LPA*, 15 mars 2004, note J. MASSIP, p. 17. Mais aussi, Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2007, n° 06-12.687, *RJPF*, 2007, n° 10, 10, note M.-C. MEYZEAUD-GARAUD ; *Rev. dr. fam.*, 2007, n° 10, comm. 188, V. LARRIBAU-TERNEYRE ; même revue, 2007, n° 7, comm. 155, M. FARGE. Cette solution s'applique également à l'article 11 de la Convention relatif à la dissolution du mariage depuis un revirement de jurisprudence : Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2006, n° 04-20.362, *RJPF*, 2006, n° 6, 19, note T. GARE, *JCP, G, II*, 2006, 10133, note A. DEVERS; *Rev. dr. fam.*, 2006, n° 6, comm. 133, V. LARRIBAU-TERNEYRE.

Il semblerait que de façon inédite, la première application positive de ce mécanisme daterait d'un arrêt de la première chambre civile du 9 juillet 2002¹, à l'occasion duquel la Haute juridiction a procédé à une rigoureuse application de la Convention bilatérale. Le litige concernait un couple de nationalité française, marié et installé au Maroc. La mère, venue s'installer en France avec ses deux enfants, saisit le juge français d'une demande de divorce, à l'issue de laquelle une ordonnance de non conciliation a été rendue, fixant la résidence des enfants en France auprès de leur mère. La Cour d'appel de Colmar croyait alors à bon droit devoir rejeter la demande du procureur de la République tendant à faire remettre les enfants à leur père au Maroc. Or, en raison du déplacement dont ils ont fait l'objet, l'exercice de l'autorité parentale par le père s'en trouvait paralysé. Caractérisé, le déplacement illicite de l'enfant a amené la Cour de cassation à censurer les juges du fond au visa de l'article 25 de la Convention bilatérale, et à ordonner la remise immédiate des enfants à leur père. En effet, la résidence des enfants ne pouvait valablement être située sur le territoire de l'État vers lequel l'enfant a été déplacé, mais celle-ci se trouvait au dernier domicile de l'enfant avant qu'il n'ait fait l'objet dudit déplacement. Cette rigoureuse application ne peut qu'être applaudie car elle imprime d'emblée une effectivité certaine à l'instrument bilatéral, et traduit son harmonieuse combinaison avec la Convention internationale.

242. La neutralisation de la Convention au profit de l'appréciation du contenu du droit marocain. Lorsqu'ils sont saisis d'une action en remise d'un mineur illicitement déplacé, les tribunaux de l'État dans lequel l'enfant a été déplacé doivent se prononcer sur le retour de l'enfant avant de pouvoir trancher la question relative au droit de garde². Or, il semblerait que cette rigueur ne soit pas toujours de mise. À l'occasion d'une décision³ ayant refusé le retour d'un enfant illicitement déplacé, le raisonnement de la Cour d'appel, approuvé par la Cour de cassation, a conduit à écarter l'application de la Convention bilatérale. Si certains ont pu y voir une contradiction de motifs aboutissant à la mise à l'écart de la Convention bilatérale⁴, il semblerait que la décision des juges du fond ait davantage été motivée par le souci de protection de l'épouse, condamnée par le tribunal de Rabat à réintégrer le domicile conjugal. Dans cette espèce, le pourvoi du ministère public faisait valoir qu'à l'époque de l'enlèvement, l'union initialement dissoute du couple avait été rétablie par acte *adoulaire*⁵ et par conséquent, le tribunal compétent pour statuer sur le litige relatif à l'autorité parentale n'était autre que le tribunal de Rabat. Il est selon toute

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 9 juil. 2002, n° 01-13.336 et 01-15.423 ; *Rev. crit. DIP*, 2002, note E. GALLANT, p. 466-471; *RJPF*, 2002, n° 12, 38, note A.-M. BLANC, *Rev. dr. patr.*, 2002, 109, note F. MONEGER, p. 113.

² Cass. civ. 1^{ère}, 7 oct. 2003, n° 02-16.665, *RJPF*, 2004, n° 2, 39, obs. F. EUDIER ; *LPA*, 23 févr. 2005, n° 38, note C. BRIERE, p. 5; *Defr.*, 2004, note J. MASSIP, p. 159; *Rev. Lamy dr. civ.*, 2004, janv., n° 30, obs. G. MARRAUD DES GROTTES.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2002, n° 00-11.087, *RJPF*, 2002, n° 10, 35, obs. A.-M. BLANC.

⁴ A.-M. BLANC, *dec. précit.*

⁵ L'union initialement dissoute le 29 janvier 1990 est rétablie six mois plus tard et enregistrée le 25 octobre 1991. L'épouse a donc été condamnée par le tribunal de Rabat à reprendre la vie commune.

probabilité permis de croire que le divorce en question prenait la forme d'une répudiation révocable qui permettait, avant la réforme opérée en 2004, la reprise à l'initiative de l'époux de la vie conjugale. C'est pourquoi l'épouse, de nationalité française, décida de rejoindre la France car il y est acquis que la réintégration forcée du domicile conjugal constitue une atteinte intolérable aux droits fondamentaux de la personne. Ce souci de protection de l'épouse a très probablement commandé la mise à l'écart de la Convention bilatérale, la neutralisant au profit d'une motivation lapidaire, ne caractérisant pas en quoi le retour serait de nature à mettre en péril la santé et la sécurité de l'enfant. La Cour de cassation s'est bornée à indiquer qu'il suffisait de justifier légalement la décision et que le critère tiré de l'exception au retour de l'enfant n'était pas contesté. Dès les débuts de l'application de la Convention, les juges français ont procédé à la neutralisation des effets indésirables induits par le retour de l'enfant avec sa mère sur le territoire marocain. Ce souci de protection de l'enfant, par le truchement de la protection de la mère en amont peut aussi directement être pris en compte, notamment par l'audition de l'enfant ultérieurement à la décision intervenue au Maroc. Dans ce cas de figure, la législation marocaine normalement applicable peut être évincée lorsqu'elle ne protège pas suffisamment cet intérêt¹.

Dans une autre affaire², la décision d'un tribunal marocain ayant prononcé la déchéance du droit de garde de la mère est jugée incompatible avec le jugement français rendu ultérieurement à une décision d'*exequatur*. Un couple de nationalité française décide d'élire domicile au Maroc. Le mariage dissout par répudiation a permis à la mère bénéficiaire du droit de garde de revenir en France, les enfants demeurant au Maroc. Assignée par son époux aux fins de déchéance du droit de garde sur ses trois enfants, la mère saisit le juge français d'une demande en divorce, accueillie par ce dernier qui statue aussi sur les modalités du droit de visite et d'hébergement. Dans le même temps, l'*exequatur* de la décision du tribunal marocain ayant déchu la mère de son droit de garde était sollicitée en France, et la Cour de Versailles y fait droit. Censurés pour avoir procédé à l'*exequatur*, les juges versaillais ne pouvaient valablement y procéder sans rechercher si le jugement étranger n'était pas incompatible avec des décisions irrévocables rendues en France, bien que postérieurement à la décision dont l'*exequatur* était sollicité. Il est jugé de façon classique que la chose jugée ultérieurement en France doit l'emporter sur la chose jugée à l'étranger. La solution est parfaitement conforme au droit conventionnel puisque l'article 16 de la Convention bilatérale prévoit qu'une décision rendue au Maroc a de plein droit l'autorité de la chose jugée sur le territoire français si elle n'est pas contraire à une décision judiciaire prononcée en France, même ultérieurement. Au-delà de son aspect procédural, la décision retenue témoigne de la fermeté de l'ordre public français toutes les fois où une conception inégalitaire des relations parentales cherchera à s'y déployer. Le

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 27 avr. 2004, n° 02-14.082.

² Cass. civ. 1^{ère}, 27 avr. 2004, n° 02-13.490.

feuilleton épisodique lié à la dissolution du mariage d'époux marocains ou franco-marocains par répudiation prononcée au Maroc offre à cet égard une illustration parfaite du durcissement de l'ordre public français, dont l'exception tirée de l'ordre public de proximité ne semble plus à même d'atténuer¹.

Œuvrant sur la même ligne de conduite et devant se prononcer sur le caractère illicite du déplacement, la Cour de cassation² a ensuite décidé que « l'intérêt supérieur de l'enfant qui impose de veiller à ce que celui-ci entretienne des relations personnelles avec chacun de ses parents en application de l'article 9-3 de la Convention de New York sur les droits de l'enfant, est, en l'état, mieux assuré par le maintien actuel de l'enfant en France que par son retour immédiat au Maroc, qui aboutirait, au vu des éléments de l'espèce, à une rupture totale et non préparée des liens entre la mère et une enfant de sept ans, rupture constitutive d'un traumatisme psychique majeur contraire à l'intérêt et au bien-être de l'enfant »³. L'affirmation de la Cour a de quoi surprendre. Le droit à entretenir des relations personnelles avec chacun de ses parents est invoqué par la Cour afin de consolider un enlèvement illicite, alors que le principe de coparentalité a pour objet, à l'inverse, le maintien des relations de l'enfant avec ses deux parents. Au-delà de cette affirmation, l'arrêt appelle quelques observations. L'action en remise immédiate de l'enfant illicitement déplacé doit être traitée indépendamment des questions de fond relatives à l'aménagement du droit de visite. Or, la Cour de cassation s'est considérée compétente pour se prononcer sur la question. Ensuite, la motivation des juges du fond ne semble pas à même de caractériser le risque grave que le retour de l'enfant aurait entraîné pour sa sécurité au sens de l'article 25 de la Convention bilatérale. La Cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, se borne à démontrer par des éléments passés l'impossibilité pour la mère de faire respecter son droit de garde et d'entretenir des liens avec son enfant, ce qui n'établit en rien la gravité du risque auquel il serait exposé. Selon la Cour, le danger pris en considération pouvait résulter de la séparation de l'enfant avec l'auteur de l'enlèvement. De manière tout aussi contestable, elle estime que le maintien de l'enfant en France permettrait d'assurer une coparentalité effective. À pousser ce raisonnement plus loin, ne pourrait-on pas, au demeurant, considérer que le maintien de l'enfant au Maroc permettrait de la même façon un exercice effectif de la coparentalité ? Ainsi que le souligne Monsieur Michel FARGE, « il y a là non seulement une approbation de raisonnements très éloignés de l'esprit du système mais aussi un jugement très sévère sur la capacité du Maroc à assurer l'effectivité de ses décisions de justice en matière de responsabilité parentale », ce qui le conduit à établir un réel « constat de faillite de la coopération franco-marocaine »⁴. La réalisation des principes directeurs à finalité internationale se trouve refoulée au profit des

¹ V. l'article de M. D. SINDRES, « Vers la disparition de l'ordre public de proximité ? », *JDI*, 2012, n° 3, doct. 10.

² Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2007, n° 06-12.687, *Rev. dr. fam.*, 2007, n° 7, comm. 155, M. FARGE.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2007, n° 06-12.687.

⁴ M. FARGE, *precit.*

principes à finalité interne¹ car la décision rendue, à n'en pas douter, témoigne de la volonté de protéger les droits parentaux de la mère de nationalité française. Bien que reconnus, ceux-ci sembleraient ne pas avoir été respectés². Néanmoins, la décision retenue est contestable du point de vue de l'économie des textes relatifs aux déplacements illicites. Cette posture conduit à légitimer un déplacement illicite en méconnaissant le mécanisme du retour automatique, et à s'attacher à l'opportunité du maintien de l'enfant auprès l'un ou l'autre de ses parents. De façon plus générale, cet arrêt pose la question de l'efficacité de la coopération des autorités tant marocaine que française, afin de sauvegarder au mieux l'intérêt de l'enfant.

243. Pour une révision des conventions franco-marocaines à l'aune du droit européen des droits de l'homme. L'idée fait son chemin en doctrine³ quant à l'opportunité d'une révision des deux Conventions bilatérales⁴ liant la France au Maroc non au niveau national mais à l'échelle de l'Union européenne. Cette idée semble parfaitement bienvenue lorsqu'on pense à ce qu'avait pu souligner Monsieur le professeur Yves LEQUETTE au sujet de l'utilitarisme en droit international privé de la famille. Pour l'auteur, « l'opposition entre les systèmes est, au demeurant, parfois tellement profonde que, même poussée à l'extrême, l'art du compromis ne suffit plus, à lui seul, à élaborer un instrument acceptable par tous »⁵. La multiplication des normes *supra* nationales, particulièrement l'eupéanisation du droit international privé de la famille⁶ provoque un durcissement de l'ordre public. Le droit communautaire⁷ et le droit européen des droits de l'homme en sont pour une très large partie responsables. Nous souscrivons aux conclusions de Monsieur FARGE lorsqu'il émet des incertitudes quant à l'avenir des Conventions

¹ M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflits de civilisations*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », 2005.

² Probablement en raison de l'éducation religieuse que celle-ci ne serait pas, selon la juridiction marocaine, en mesure de lui procurer. V. P. MUZNY, « Pour que garde des enfants et pratique religieuse fassent bon ménage », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 427-441.

³ En 2006 déjà : A. DEVERS, « Le divorce d'époux marocains ou franco-marocains. Les conventions franco-marocaines face aux droits européen et communautaire », *Rev. dr. fam.*, 2006, n° 3, étude 15, pp. 8-13. Puis en 2012, du même auteur : « L'articulation des règlements européens (Bruxelles II bis et Rome III) et des Conventions franco-marocaines (de 1957 et 1981) », 2012, n° 1, étude 1.

⁴ Outre la convention de 1981, la Convention franco-marocaine du 5 octobre 1957 est relative à l'aide mutuelle judiciaire, l'exequatur des jugements et l'extradition, entrée en vigueur le 16 décembre 1959, *J.O.*, 14 janv. 1960; *D.*, 1960, p. 57; *Rev. crit. DIP*, 1960, p. 99.

⁵ Y. LEQUETTE, « De l'utilitarisme dans le droit international privé conventionnel de la famille », in *L'internationalisation du droit*. Mélanges en l'honneur du professeur Yvon LOUSSOUARN, Paris, Dalloz, 1994, p. 246, spec. n° 3.

⁶ H. BOSSE-PLATIERE, « Le statut de l'enfant et l'eupéanisation des sources en droit de la famille », in *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 67-95.

⁷ Entre autres règlements : R. (CE) n° 2210/2003, 27 nov. 2003, dit « *Bruxelles II bis* » relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, remplaçant le R. (CE) n° 1347/2000, 29 mai 2000 dit « *Bruxelles II* », *J.O.U.E.*, 23 déc. 2003, n° L 338, p. 1. Plus récemment le R. (UE) n° 1259/2010, 20 déc. 2010, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, applicable à compter du 21 juin 2012, *J.O.U.E.*, 29 déc. 2010, n° L 343, p. 10.

bilatérales, alors même que l'importance des relations familiales franco-marocaines est loin d'être négligeable. Afin d'assurer à l'avenir la permanence de l'état des personnes dont leur statut matrimonial, le règlement (CE) n° 664/2009 du Conseil prévoit une procédure aux fins de négociation et de conclusion d'accords entre les États membres de l'Union et des États tiers pour ce qui concerne la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements et des décisions en matière matrimoniale, de responsabilité parentale et d'obligations alimentaires¹. Ce texte est applicable à une éventuelle révision desdites conventions. Particulièrement lourde, la procédure de révision est soumise à une autorisation de la Commission européenne quant à l'ouverture des négociations - auxquelles elle prend part- entre l'État membre et le pays tiers, suite à une notification à la Commission du projet de révision. C'est pourquoi l'auteur préconise des négociations à l'échelle de l'Union européenne. Ceci serait d'autant plus aisé que le Maroc bénéficie depuis 2008 du « statut avancé », signe de relations bilatérales privilégiées avec l'Union européenne. Par ailleurs, celle-ci a conclu avec le Maroc un accord d'association dans le cadre duquel un plan d'action a été adopté. Celui-ci établit des objectifs et des priorités à court et moyen terme afin de mener des réformes sur les plans politique, économique et institutionnelle. Naturellement, un programme de promotion de l'égalité hommes/femmes est envisagé, dont l'« objectif global (est) : de contribuer à l'égalité entre les hommes et les femmes, notamment par la promotion des droits des femmes et leur application effective, et comme objectifs spécifiques : de contribuer à l'instauration d'un cadre juridique cohérent et complet en matière de droits des femmes, de soutenir l'application effective des droits des femmes par les différents opérateurs du système (y inclus aides sociales aux femmes justiciables), de promouvoir la compréhension, l'acceptation et l'appropriation par la société d'une culture de l'égalité selon un référent universaliste, et de promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes dans l'emploi (y compris égalité salariale et accès au travail décent) »². Dans un tel contexte de coopération politique, pourquoi ne pas penser à envisager une coopération judiciaire dans le domaine civil ?

¹ Cons. UE, R. (CE), n° 664/2009, 7 juil. 2009, *J.O.U.E.*, 31 juil. 2009, n° L 200, p. 46.

² *Mid-Term Review of the Country Strategy Paper Morocco 2007-2013 and National indicative Program 2011-2013*. Sur le plan culturel, il est prévu comme objectif ce qui suit : « face aux résistances des attitudes, normes et valeurs de la société, connaissance, compréhension et intériorisation du concept de “droits (universels) des femmes” dans ses diverses expressions (civiles, politiques, sociales, économiques et culturelles) par la diffusion d'une culture de l'égalité », p. 25.

Conclusion du chapitre premier

244. A été mis en perspective dans ce chapitre l'affaiblissement du lien familial dans sa conception traditionnelle, marqué par le recul du lien matrimonial et la prépondérance d'une philosophie reposant sur le bonheur individuel. Afin de trouver un nouveau fondement à la famille, susceptible de lui garantir la stabilité requise, le couple parental parut être une solution. Il marque un déplacement de l'indissolubilité qui, du lien conjugal se déporte vers la relation parentale. Les analyses menées ont permis de révéler l'existence de deux notions clairement identifiées : le couple conjugal dissoluble au gré des volontés individuelles et le couple parental indissoluble. Il y a fracture entre le lien matrimonial et le lien familial. Les deux notions tendent à former deux entités distinctes et autonomes. L'ampleur du mouvement est telle que l'enseignement même du droit s'en est trouvé modifié. Désormais, au sein des ouvrages de droit de la famille¹ ainsi que des chroniques de jurisprudence², le droit du couple est identifié et étudié distinctement du lien parental et des droits de l'enfant, qui font l'objet de développements indépendants. Le droit du couple d'une part, les droits parentaux d'autre part sont autant d'interrogations pour une conception unitaire de la famille. La coparentalité a été l'instrument de mise en musique de la nouvelle conception des relations familiales, laquelle permettait par la même occasion aux parents d'atteindre l'objectif d'égalité poursuivi entre les sexes.

On note cependant la réticence de certains systèmes juridiques à promouvoir l'égalité au sein de la structure familiale³, mais une forme de contrainte sociale au plan international s'observe en sens contraire pour les inciter à valoriser l'égalité dans les relations familiales ce qui, outre-méditerranée passe par la nécessité alléguée d' « intérioriser le concept de droits universels ». Le droit marocain ne connaît pas la même trajectoire que celle suivie par le droit français. Malgré la consécration en pratique d'un droit à la libre rupture du lien matrimonial, le réalisme du législateur maghrébin considère la rupture comme modifiant nécessairement l'exercice de l'autorité parentale. Par conséquent, il ne peut y avoir de coparentalité *post-divorce*, ni de couple parental distinct du couple conjugal. L'anéantissement de l'un entraîne corrélativement la fin de l'autre. Lien matrimonial et lien familial ne sont ni détachables ni autonomes en droit marocain. Les deux notions demeurent consubstantielles. Toujours est-il que le divorce est consommé en droit marocain et en droit français. Le pluriel ne s'emploie pas au Maroc s'agissant de la famille,

¹ Cf. par exemple l'ouvrage de Madame le professeur A. BATTEUR, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, Paris, LGDJ, 8^{ème} éd., 2015, celui de Madame I. DAURIAC, *Droit des régimes matrimoniaux et du Pacs*, Paris, LGDJ, 4^{ème} éd., 2015, ou encore les actes du colloque : N. GALLUS (dir. de), *Droit des familles, genre et sexualité*, Paris, LGDJ, Anthémis, 2012. Comp. avec H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil, La famille*, t. 1, 3^{ème} vol., 7^{ème} éd. revue par L. LEVENEUR, Montchrestien, 1995.

² Cf. notamment la chronique « Contentieux familial » de Madame le professeur Méлина DOUCHY-LOUDOT dans la revue *Dalloz*, ou celle de Messieurs les professeurs J.-J. LEMOULAND et B. BEIGNIER.

³ F. MONEGER, « Religion au regard du statut personnel et familial », *RIDC*, n° 3, pp. 697-706.

alors qu'en France, le droit ne pense plus au singulier mais raisonne en termes de reconnaissance de la pluralité des liens familiaux, probablement en raison de la place prépondérante pour le critère tiré de l'affection¹, qui justifierait la prise en compte de nouveaux liens de proximité.

¹ J. POUSSON-PETIT, *L'affection et le droit*, Paris, éd. du CNRS, 1990.

Chapitre second. Du lien familial aux liens familiaux

245. Le compromis entre une coparentalité effective et la protection des nouveaux liens formés. Lorsqu'une nouvelle famille se constitue -avec des enfants issus de la première union- les modalités pratiques de la vie commune entre le beau-parent et l'enfant¹ soulève des questions d'ordre personnel mais aussi patrimonial. Le beau-parent peut-il bénéficier des prérogatives d'autorité parentale sur l'enfant non commun ? Vient-il se substituer au parent avec lequel l'enfant ne vit pas ? Surtout, comment préserver le principe de coparentalité alors que les liens de l'enfant avec le parent chez qui il ne vit pas peuvent se relâcher ? D'autres questions relevant de la dimension patrimoniale sont inévitables. Il en est ainsi d'une éventuelle contribution par le beau-parent aux dépenses inhérentes aux besoins de l'enfant né d'un premier lit, ou tout simplement de la manière d'organiser son patrimoine au sein d'une telle recomposition. À autant de questions, la loi n'offre pas toujours une réponse claire. C'est pourquoi les intéressés eux-mêmes essaient de trouver des instruments juridiques qui leur permettent de consacrer juridiquement la situation de fait qu'ils vivent au quotidien (**Section 1**). À la suite d'une réflexion nourrie sur les parentalités -menée déjà depuis quelques années²- la proposition de loi n° 1856 *relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant*, sans mettre en place un statut du beau-parent, semble assouplir les règles de droit déjà existantes. En procédant au réaménagement des règles afin de protéger juridiquement les familles recomposées (**Section 2**), se pose pourtant la question de savoir si le cadre juridique proposé permet une meilleure prise en charge des enfants et si elle ne contrevient pas aux droits des parents biologiques. Le droit marocain, attaché à la préservation des liens parentaux de l'enfant, ne prend pas en compte le phénomène des recompositions familiales car la garde de l'enfant revient de droit à la mère après la rupture. Le remariage de celle-ci peut, dans certains, lui faire perdre le bénéfice de ce droit³.

¹ L. LESTIENNE-SAUVE, *Le beau-parent en droit français et anglais*, Paris, LGDJ, 2013.

² En 2006 déjà, plusieurs rapports voient le jour : Assemblée nationale, Rapport n° 2838 fait au nom de la mission d'information sur la famille et les droits de l'enfant, Président M. Patrick BLOCHE, Rapporteuse Mme Valérie PECRESSE, enregistré le 25 janvier 2006 ; Sénat, Rapport d'activité n° 388, fait pour l'année 2005-2006 au nom de la délégation aux droits des femmes sur les familles monoparentales et les familles recomposées, par Mme Gisèle GAUTIER, déposé le 13 juin 2006 ; Sénat, Rapport d'information n° 392 fait au nom de la commission des lois, sur les nouvelles formes de parentalité et le droit, par M. Jean-Jacques HYEST, n° 392, déposé le 14 juin 2006. La réflexion a été poursuivie depuis, V. en ce sens les quatre rapports commandés à l'automne 2013 par l'ancienne ministre de la famille Dominique BERTINOTTI, rendus publics peu avant l'été 2014. Il s'agit du rapport du groupe de travail présidé par Madame I. THERY, Rapporteuse M^{me} A.-M. LEROYER, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*. Puis le rapport présidé par Madame A. GOUTTENOIRE, *Quarante propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adaptation aux réalités d'aujourd'hui*. Le rapport de M. JUSTON, Rapporteuse M^{me} S. GARAGOUILLAUD, *Médiation familiale et contrats de coparentalité*. Enfin, le rapport présidé par M. J.-P. ROZENCZVEIG, *De nouveaux droits pour l'enfant*.

³ Le père bénéficie du droit de surveillance sur l'éducation de son enfant après la rupture. Dès lors, la reconnaissance d'un lien à l'égard du beau-parent buterait sur le *veto* du père de partager ses prérogatives avec une personne totalement étrangère à l'enfant et n'existe pas en droit marocain. Dans la réalité toutefois, une mère

Section 1. La contractualisation des rapports familiaux et les stratégies patrimoniales

246. La nécessité d'une approche d'ensemble de la relation beau-parent-enfant.

La relation beau-parentale a fait l'objet ces dernières années d'un débat d'actualité dont l'angle d'attaque principal a été la dimension personnelle. Plus précisément, le débat a porté sur la question de savoir s'il est opportun d'investir le beau-parent de prérogatives parentales sur la personne de l'enfant (§1). Si la question mérite l'intérêt, aborder en droit la question sous le seul aspect personnel est à bien des égards, réducteur. La relation beau-parentale nécessite une approche juridique d'ensemble, et Madame le professeur Dominique FENOUILLET mettait déjà en garde de voir la question personnelle « surinvestie » au détriment des questions patrimoniales¹. De façon similaire, lorsque Madame LESTIENNE-SAUVE analyse la question en droit anglais, elle relève que la question y est aujourd'hui appréhendée sous l'angle du droit successoral² et corrobore l'idée que toute réflexion sur les familles recomposées doit être menée tant du point de vue des effets personnels que patrimoniaux qu'elle génère. Or, la question patrimoniale semble être reléguée en droit français au second plan, alors même que la dissolution de la famille recomposée -par décès ou séparation- posera inévitablement la question du sort des biens du couple.

247. La relation beau-parentale dans l'intérêt de l'enfant. Actuellement, la place qui doit revenir au beau-parent est largement tributaire de la notion d'intérêt de l'enfant. Cependant, la question de la transmission des biens nécessite une approche non plus axée sur l'intérêt de l'enfant, devenu majeur, mais bien sur une approche conciliant une multitude d'intérêts. Là se situe une des premières difficultés si l'on souhaite conférer au beau-parent la place familiale qui lui revient. Notre propos ne s'attachera pas à développer l'aspect lié à la disparition de la famille recomposée -celle-ci ayant fait l'objet de brillants travaux³- mais à déterminer s'il existe des instruments juridiques mis à la disposition de

peut se remarier sans perdre automatiquement son droit à la garde, toutes les fois où l'intérêt de l'enfant l'exigera. Une prise en charge de l'enfant par son beau-parent pourra avoir lieu *de facto*. La Cour suprême a pu reconnaître que le remariage de la mère (vivant à l'étranger) par un parent proche de l'enfant ne peut prétendre à la pension alimentaire à son profit : Cour supr. maroc., 20 juin 2007, n° 361, dossier n° 627/2/1/2006.

¹ D. FENOUILLET, « La parentalité en question : des fondements incertains », Actes du Colloque *Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ?*, LPA, 2010, n° 39, pp. 25-31.

² L. LESTIENNE-SAUVE, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, op. cit., p. 24.

³ V. en ce sens : L. LESTIENNE-SAUVE, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, op. cit. ; L. MARTSAL, *L'enfant et les secondes familles*, Thèse, Paris II, 2013. V. antérieurement à ces deux études : M. REBOURG, *La prise en charge de l'enfant par son beau-parent*, Paris, Defrénois, 2003 ; pour une approche comparée, J. SOSSON, *Beaux-parents, beaux-enfants, étude de droit comparé*, Thèse, Louvain, 1995 ; P. DELMAS SAINT HILAIRE, « Familles recomposées : quelle protection successorale pour le nouveau conjoint ? », in *Des liens et des droits*. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre LABORDE, Paris, Dalloz, 2015, pp. 299-309.

ces familles afin de gérer leur patrimoine (§2). Dans la positive, leur efficacité sera vérifiée.

§1) Le phénomène de recomposition familiale

248. Un phénomène sorti de l'ombre. Le phénomène des recompositions familiales n'est pas nouveau. La banalisation du divorce et l'émergence du concubinage ont contribué à lui donner une plus grande visibilité (A). Autant de paramètres ont justifié sa prise en compte par le droit (B).

A) Le renouvellement de la famille recomposée

249. Une longue période de défiance à l'égard de la famille recomposée¹. La famille issue d'un second mariage suscitait autrefois la méfiance². Des considérations d'ordre moral et patrimonial justifiaient cette attitude. La doctrine chrétienne de l'indissolubilité du mariage ainsi que le souci de conservation des biens dans la famille étaient au fondement de l'édiction de règles défavorables aux secondes nocces³. La mère qui se remariait pouvait être privée de la tutelle sur son enfant mineur, de son droit de correction ainsi que de la jouissance légale sur les revenus de son enfant. Avant son décès, le premier époux pouvait prévoir qu'en cas de remariage de son épouse, un tuteur qu'il désignerait serait responsable des enfants. C'est dire que le beau-parent autrefois représentait ce qu'un auteur a qualifié aujourd'hui de « serpent de mer »⁴ du droit de la famille. Tout était mis en œuvre afin d'éviter que les enfants d'un premier lit ne se retrouvent sous l'autorité du nouveau conjoint de la mère avec lequel n'existe aucun lien de parenté. Fréquemment, le beau-parent faisait son apparition suite à un veuvage, et venait ainsi *remplacer* le parent disparu. Il s'agissait alors de préserver l'image d'une famille

¹ Pour Madame RUBELLIN-DEVICHI, l'appellation de « famille recomposée » fait appel aux notions de reconstitution, voire de recomposition, impliquant l'idée d'une décomposition et de substitution d'une famille à une autre. Or, le plus souvent, l'enfant continue à entretenir des liens avec sa première famille. C'est pourquoi l'auteur préfère l'utilisation du terme de « secondes familles », avec l'idée de superposition des liens, pour tenir compte de tous les liens familiaux.

² Le phénomène a toujours existé, sous l'angle bien connu de la marâtre et du parâtre, ou encore des secondes nocces. Ce que l'on appelle aujourd'hui les « recompositions familiales » ne prendra de la visibilité qu'à partir des années 90, le droit ne s'y intéressant guère avant. Pour cela, deux ouvrages fondamentaux se rapportant à la question doivent être cités : *Les recompositions familiales aujourd'hui*, M.-T. MEULDERS-KLEIN, I. THERY (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 1993 ; *Quels repères pour les familles recomposées ?* M.-T. MEULDERS-KLEIN, I. THERY (dir. de), Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 1995.

³ Le droit canonique leur refusait la bénédiction nuptiale, la loi salique exigeait que le second mari paye trois sous d'or et un denier aux parents de la veuve ou à ceux du mari prédécédé, tandis que les capitulaires obligeaient la veuve à rendre à la famille de son premier mari une partie de la dot reçue de ce dernier. Pour de plus amples développements, cf. J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. « Précis », 2001, n° 96.

⁴ M.-L. CICILE-DELFOSE, « Le beau-parent, serpent de mer du droit civil de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard CHAMPENOIS*, Paris, LGDJ, 2012, p. 189.

unie, dans laquelle la famille traditionnelle représentait la norme, alors que les différences étaient « systématiquement interprétées comme des déviances »¹. Ainsi que l'a souligné un auteur, « dans l'histoire des familles reconstituées, le remariage peut être perçu comme une source de malheurs pour l'enfant du premier lit »². Cette conception d'un beau-parent menaçant perdurera jusqu'à la première moitié du XX^{ème} siècle. Elle changera tout naturellement avec l'évolution de la famille, une plus large admission du divorce ainsi que l'émergence de nouvelles formes de conjugalité. Selon le doyen Jean CARBONNIER, l'image sombre qui constituait autrefois le corollaire de la seconde famille n'est plus, car « le divorce, en se multipliant, a multiplié les chances de remariages précoces et par là-même a donné à la recomposition familiale un air de jeunesse, de convivialité, de joie »³.

250. Une famille comme les autres. Aujourd'hui, le veuvage précoce n'est plus aussi fréquent qu'autrefois. L'arrivée du beau-parent au sein de la famille n'est plus synonyme de *remplacement* du parent biologique, en raison du lien indéfectible qui unit l'enfant à son parent. Dans ce contexte, la multiplication des familles recomposées -voire décomposées tel que l'a suggéré un auteur⁴- s'est accompagnée de l'intervention dans l'éducation de l'enfant d'autres personnes que celles de ses parents, à qui incombe la charge de la fonction parentale⁵. L'investissement de ces tiers⁶ auprès de l'enfant varie selon les circonstances⁷ et la volonté des adultes. Mais, à des degrés divers, le tiers vient assister le parent qui a la charge éducative de l'enfant. Dans le cadre d'un veuvage, le parent survivant souhaitera conserver auprès de son enfant le souvenir du parent défunt. Le beau-parent jouera alors le rôle de parent « social » de l'enfant, sans prendre sa place. Plus

¹ I. THERY, « Introduction générale : le temps des recompositions familiales », in *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Paris, éd. Nathan, coll. « Essai et recherches », 1993, p. 257.

² F. LUCET, « Famille éclatée, famille reconstituée. Les aspects patrimoniaux », *Defrénois*, 1991, art. 35028, spec. n° 5.

³ J. CARBONNIER, *Droit civil : la famille, l'enfant et le couple*, Paris, 21^{ème} éd., t. II, PUF, coll. « Thémis », 2002, p. 11.

⁴ I. CORPART, « Famille recomposée : Les familles recomposées décomposées », *AJ fam.*, 2007, p. 299.

⁵ H. FULCHIRON, « Mariage, conjugalité, parenté, parentalité : métaphore ou rupture ? », Paris, Dalloz, coll. « Thèmes&Commentaires », 2009, p. XIV.

⁶ Pour Aude MIRKOVIC, « pour désigner le conjoint du père ou de la mère d'un enfant, les termes adéquats sont ceux de parâtre et de marâtre. La personne qui vit avec un des parents de l'enfant n'est désignée par aucun terme particulier, n'étant unie à l'enfant ni par la parenté, ni par l'alliance, et l'utilisation abusive du terme de beau-parent ne peut qu'être source de confusion ». Cf. « Avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers », *AJ fam.*, 2008, p. 428. Or, le changement terminologique reflète un changement de perception à l'égard de la seconde famille.

⁷ Le rapport fait au nom de la mission d'information sur la famille et les droits des enfants *L'enfant d'abord, 100 propositions pour placer l'enfant au cœur du droit de la famille*, présenté par P. BLOCHE et V. PECRESSE le 25 janvier 2006 met l'accent sur la grande diversité des situations ainsi que le rôle que peut jouer le beau-parent vis-à-vis de l'enfant : « Le rôle du parent social, qu'il soit marié ou non avec le parent légal, du même sexe que lui ou de l'autre sexe, diffère significativement selon que les deux parents de l'enfant sont vivants, ont reconnu l'enfant et continuent d'exercer leurs responsabilités, de manière plus ou moins intense, ou que l'un des parents est décédé, n'a pas reconnu l'enfant ou a complètement disparu de son horizon après la séparation du couple. Les liens entre l'enfant et le beau-parent sont aussi très variables selon l'âge et l'attitude de l'enfant, le temps passé avec lui, l'investissement personnel du beau-parent, la place que lui accorde le parent ».

problématique cependant est la situation de recomposition lorsqu'elle fait suite à une séparation. Dans ce cas de figure, le parent qui a la charge quotidienne de l'enfant fait le choix de refaire sa vie avec une autre personne qui partagera également le quotidien de l'enfant. Il va donc s'agir de la constitution d'une deuxième famille¹ et non de remplacer la première. Juridiquement, cette nouvelle famille demeure composite car elle n'efface pas la première². Fréquemment, les deux ex-époux font « table rase » du passé et construisent chacun une nouvelle famille, signe d'épanouissement et de « réalisation de soi »³. Or, l'existence même de l'ex vient nécessairement rappeler le passé, et l'échec de la relation dont l'enfant est le fruit. Dans cette configuration, le beau-parent peut avoir du mal à trouver sa juste place, que ce soit en tant que nouveau compagnon ou en tant que parent social de l'enfant, qui continue à entretenir des relations avec ses deux parents. C'est ce que met en évidence Madame le professeur THERY lorsqu'elle évoque la « constellation familiale recomposée dans laquelle circulent les enfants »⁴, c'est-à-dire l'ensemble des relations entre les membres de la première famille et de la seconde famille. Les difficultés seront dès lors moins liées au fonctionnement de la nouvelle famille qu'elles ne dépendront des relations entre les différents foyers formant la constellation.

251. Diversité des familles recomposées. La grande diversité des familles recomposées⁵ impose de déterminer les configurations familiales à prendre en compte dans les développements à suivre. L'économie d'une définition ne peut donc être faite. La famille recomposée est celle qui se reforme après une première désunion, de laquelle sont issus un ou plusieurs enfants⁶. Cette recomposition peut faire suite à un décès, découler d'un divorce, de la rupture d'un concubinage ou encore d'un état de monoparentalité. Dans ces secondes familles, le(s) enfant(s) issus de la première union sont en principe toujours sous l'autorité parentale du couple conjugal désuni, voire sous l'autorité parentale du parent qui choisit de vivre une nouvelle expérience. C'est pourquoi la seconde famille

¹ J. RUBELLIN DEVICHI, « L'enfant, sa première et ses secondes familles », *LPA*, 8 oct. 1997, n° 121. V. la thèse de Madame L. MARSTAL, *L'enfant et les secondes familles*, Thèse, Paris II, 2013.

² J. HAUSER, obs. *RTD civ.*, 1996, p. 371, qui souligne qu'aucune famille n'est effacée mais de nouveaux liens sont « superposés ».

³ V. en ce sens : E. DU PONTAVICE, « Droit de la famille et droit au bonheur », in *Mélanges offerts à M. le professeur Pierre VOIRIN*, Paris, LGDJ, 1967.

⁴ I. THERY, « Introduction générale : les constellations familiales recomposées et le rapport au temps : une question de culture et de société », in *Quels repères pour les familles recomposées*, op. cit., p. 13-34, spec. p. 26.

⁵ Il semblerait que l'on compte à l'heure actuelle jusqu'à vingt-six variantes de familles recomposées, cité par L. LESTIENNE-SAUVE, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, op.cit., p. 8, spec. n° 8.

⁶ Ne seront donc pas traitées dans cette partie les questions liées aux familles homoparentales au sein desquelles un membre du couple a eu recours à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur, à la maternité pour autrui ou à l'adoption plénière, et où l'autre membre du couple n'a pu établir un lien de filiation à l'égard de l'enfant. Ces situations relèvent de la revendication d'un droit à l'enfant qui sera traité plus loin, et que Monsieur le professeur BEIGNIER désigne comme l'homoparentalité « volontaire ». Ces familles homoparentales *ab initio* doivent être distinguées des familles dans lesquelles un couple homosexuel prend en charge l'enfant né d'une précédente union du partenaire (homoparentalité accidentelle). En ce sens : B. BEIGNIER, « Note sur l'homoparentalité », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire NEIRINCK*, Paris, LexisNexis, 2015, pp. 651-656.

n'efface pas l'ancienne mais vient s'y ajouter. L'enfant devra cohabiter sous le même toit avec le (la) nouveau partenaire de la mère (ou du père), avec lequel (laquelle) il n'a aucun lien de parenté¹. Initialement exclusivement attaché à la qualité de conjoint, le terme de « beau-parent » est aujourd'hui indifféremment étendu aux couples de concubins et de partenaires. Révélatrice de l'assimilation des couples, cette indifférence terminologique est surtout source de confusion car la langue française ne dispose d'aucun terme afin de désigner autant d'acteurs présents dans la vie de l'enfant. Il s'agit donc bel et bien de *tiers* au profit desquels le droit est sollicité pour octroyer des prérogatives sur un enfant qui leur est étranger. Cette lacune terminologique illustre bien la difficulté à laquelle se trouve confronté le juriste lorsqu'il cherche à déterminer un contenu juridique précis à la situation de fait². C'est pourquoi une telle situation exige que la place de l'enfant soit clairement définie, afin d'apprécier si ce *tiers* qui par la force des choses sera amené à s'occuper d'un enfant qui n'est pas le sien, a des droits et des devoirs à son égard, et si ces liens peuvent être juridiquement consacrés.

B) Les moyens juridiques en faveur de la famille recomposée

252. La possibilité d'un droit de visite et de correspondance au profit des tiers.

Le maintien des liens entre l'enfant et un tiers avec lequel il n'a aucun lien de parenté a depuis longtemps été admis par les juges du fond³. Afin d'éviter qu'une rupture brutale ne nuise à l'équilibre de l'enfant, un droit de visite et d'hébergement était reconnu au profit du tiers qui a noué des liens affectifs avec l'enfant. Un tel droit a été admis en faveur d'un parrain et d'une marraine qui avaient élevé l'enfant pendant les cinq premières années de sa vie⁴, et au profit d'une tante maternelle qui avait élevé l'enfant depuis sa naissance⁵. Limité initialement au cadre familial, ce droit de visite a ensuite été étendu aux liens affectifs de fait lorsqu'ils découlaient d'un rapport d'éducation dans le cadre des familles recomposées⁶. Ainsi, l'ex-concubine hétérosexuelle a pu bénéficier d'un droit de visite⁷ en raison du rôle de « seconde mère » qu'elle a pu assurer pendant la vie commune auprès de

¹ Sauf cas d'adoption de l'enfant du conjoint.

² En ce sens : L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, Paris, LGDJ, 1990.

³ V. en ce sens déjà : CA Paris, 30 avril 1959, *D.*, 1960, p. 673. S'agissant de familles d'accueil : Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1979, *D.*, 1979, IR, p. 431 ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 juillet 1978, *Bull. Civ.*, I, n° 249 ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 1976, *Bull. civ.*, I, n° 162, *D.*, 1976, p. 521. De reconnaissances de paternité annulées : CA Rennes, 11 mai 2000, *Juris-Data* n° 120016 ; CA Reims, 8 juin 2000, *Juris-Data* n° 124379 ; CA Paris, 18 septembre 2003, *Juris-Data* n° 2003-222869.

⁴ CA Riom, 7 mai 2002, *Juris-Data* n° 182363.

⁵ CA Reims, 8 juin 2000, *Juris-Data* n° 124382.

⁶ CA Pau, 5 juillet 2000, *Juris-Data* n° 122459. En cas de décès de la mère ayant déjà des enfants d'un premier lit, le beau-père peut se voir attribuer un droit d'hébergement afin que les enfants de sa femme décédée puissent périodiquement entretenir des relations avec leurs demi-frères et soeurs et lui-même, en vertu d'une application combinée des articles 371-4 et 371-5 du Code civil.

⁷ CA Nîmes, 13 septembre 2000, *Juris-Data* n° 126870.

l'enfant. Déjà retenue dans l'hypothèse du concubinage homosexuel¹, cette solution a profité quelques années plus tard à une partenaire² à l'égard des deux enfants de son ex compagne, nées d'une procréation médicalement assistée avec tiers donneur. Le rôle central joué par la compagne de la mère dans les premiers mois de la vie des enfants avait permis de créer des liens privilégiés qu'il était essentiel de maintenir, dans l'intérêt des enfants. La lecture de la jurisprudence permet de conclure que la loi ne fait pas de distinction selon l'existence ou non d'un lien de parenté. Lorsqu'ils doivent se prononcer, les juges statuent selon le critère unique de l'intérêt de l'enfant. Lorsque celui-ci le commande, les juges permettent le maintien de ses liens personnels vis-à-vis d'une catégorie variée de tiers.

253. Une famille élargie. Depuis la loi du 4 mars 2002, l'exigence légale de la preuve d'une situation exceptionnelle dans laquelle le tiers bénéficierait d'un « droit de correspondance ou de visite »³ rendait dérogatoire et limitée la possibilité de maintien des liens par des tiers. Alors qu'il était de droit au profit des ascendants, le maintien des liens ne constituait plus qu'une possibilité. L'évolution jurisprudentielle qui se dessinait était celle d'une plus grande ouverture de la famille aux nouveaux liens de proximité. Plusieurs éléments corroborent cette évolution. Le droit des ascendants à obtenir le maintien des liens à l'égard de l'enfant « pour motifs graves » est tout d'abord limité jusqu'à ne plus être de droit. Cette restriction a été rendue possible par une appréciation concrète de l'intérêt de l'enfant. Utilisé comme instrument judiciaire⁴ dans l'évaluation de son degré d'épanouissement, cette notion a constitué un indicateur de choix de la personne auprès de laquelle cet épanouissement est optimal. Le resserrement de la famille conjugale aidant, s'ensuivit un affaiblissement du droit des ascendants de maintenir leurs liens avec leurs petits-enfants au profit de tiers qui ont partagé (ou partagent) la vie des parents. C'est d'ailleurs en ce sens que se dessinent les contours de l'évolution législative actuelle. La proposition de loi *Autorité parentale et intérêt de l'enfant* (APIE) propose plusieurs mesures permettant au beau-parent (plus largement à tout tiers partageant la vie de l'enfant) de devenir la figure centrale en matière d'autorité parentale au détriment des ascendants⁵. Comme l'a souligné Monsieur Philippe GOSSELIN, il s'agit de la mise en place d'un lien social en place et lieu du lien biologique. Pour ce dernier, les règles existantes permettent déjà d'associer le tiers lorsque l'intérêt de l'enfant le commande, d'où une

¹ TGI Besançon, 6 janvier 2000, *D.*, 2000, IR, 88.

² TGI de Mont de Marsan, 13 mars 2006.

³ L'ancien article 371-4, modifié par la loi du 4 mars 2002, précisait : « En considération de situations exceptionnelles, le juge aux affaires familiales peut accorder un droit de correspondance ou de visite à d'autres personnes, parents ou non » L'alinéa 2 poursuivait : « Seuls des motifs graves peuvent faire obstacle à ce droit ».

⁴ La rédaction actuelle de l'article 371-4 alinéa 2 est issue de la rédaction de la loi du 5 mars 2007 : « Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit ».

⁵ Cf. l'article 11 de la proposition de loi qui modifie l'alinéa 2 de l'article 373-3 du Code civil. Jusqu'à présent, la priorité familiale est de mise. Si la proposition de loi est adoptée, le juge pourra confier l'enfant, lorsqu'un des parents est privé de l'exercice de l'autorité parentale, à titre exceptionnel et lorsque son intérêt l'exige, à un tiers choisi *dans sa parenté ou non*. Le privilège tenant à la parenté serait abandonné.

« volonté délibérée d'afficher un changement (...) toujours dans l'intérêt de l'enfant comme l'affiche la proposition de loi, ou plus dans l'intérêt des adultes qui parfois sont parents, parfois sont beaux-parents, parfois sont des tiers ?... »¹. Pour l'heure, les règles existantes permettent tantôt de créer un lien de parenté entre le beau-parent et l'enfant (1), tantôt de fournir les outils juridiques nécessaires en vue d'aménager le quotidien de la famille recomposée (2). Dans l'un et l'autre cas, l'enjeu ne sera pas le même.

1- La possibilité de créer un lien de parenté

254. La filiation de complaisance. Dans l'hypothèse où l'enfant n'a pas été reconnu par son père, le conjoint² de la mère peut établir un lien de filiation par une reconnaissance de complaisance. De la même manière, l'enfant qui a été reconnu par un homme qui s'en est par la suite désintéressé peut être reconnu par son beau-père par le jeu de la possession d'état. L'absence de possession d'état du père légal fragilise alors le lien de filiation et ouvre la voie à des actions, dans une application *a contrario* des articles 321 et 334 du Code civil. C'est pour limiter ces pratiques, fragilisantes pour le statut de l'enfant et contraires à son intérêt, que l'ordonnance du 4 juillet 2005 prévoit que l'existence d'une possession d'état de cinq ans à compter de l'établissement de la filiation rend cette dernière inattaquable³.

255. L'adoption simple. La question de l'adoption simple a retenu l'attention sous l'angle de son ouverture aux couples de concubins, afin de leur permettre l'adoption de l'enfant de leur partenaire. En l'état actuel du droit, une telle adoption est possible. Néanmoins, elle conduit à transférer à l'adoptant tous les droits liés à l'exercice de l'autorité parentale par le parent légal, ce qui est jugé contraire à l'intérêt de l'enfant. Auditionnée à l'occasion du rapport fait au nom de la mission d'information sur la famille et les droits des enfants⁴, Madame WEISS-GOUT suggérait un élargissement de la disposition de l'article 365 du Code civil au profit des personnes de sexe différent non mariées. Du même avis, Madame le professeur GOUTTENOIRE propose de retenir comme critère celui tiré de la vie commune du couple, laquelle doit avoir au minimum duré huit ans. Par ailleurs, le consentement de l'enfant serait requis. De l'avis général de la doctrine⁵

¹ Cf. les débats relatifs à cette proposition de loi : Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi n° 1856, Ass. nat., n° 1925.

² En vertu de l'article 365 du Code civil, l'adoption par le concubin de la mère entraîne un transfert de l'exercice de l'autorité parentale au profit de l'adoptant au détriment du parent légal.

³ Art. 333 al. 2 du Code civil.

⁴ P. BLOCHE, *L'enfant d'abord, 100 propositions pour placer l'enfant au cœur du droit de la famille*, Rapport fait au nom de la mission d'information sur la famille et les droits des enfants, Assemblée nationale, Rapport n° 2832, déposé le 25 janvier 2006, la Documentation française, 2006.

⁵ Le rapport de Mme THERY *Filiation, origines, parentalité* n'évoque l'adoption au sein des familles recomposées que sous l'angle fiscal, bien que l'auteur admette son utilité dans certains cas. La doctrine n'est toutefois guère favorable à une telle possibilité lorsque l'enfant possède déjà un double lien de filiation, en ce

pourtant, faciliter l'adoption d'un enfant par le compagnon de l'un de ses parents soulèverait des difficultés lorsque l'enfant a déjà deux parents. Il ne semble pas opportun de favoriser l'établissement d'une filiation adoptive lorsqu'une double filiation légale existe. Cela est contraire tant au principe de coparentalité porté par les réformes des dernières années qu'à l'intérêt de l'enfant. De plus, l'ouverture d'une telle brèche dans la disposition de l'article 365 du Code civil conduirait nécessairement à son ouverture au profit des couples de même sexe non mariés¹. Cette situation leur permettrait de contourner l'interdit du recours à la procréation médicalement assistée en favorisant l'établissement d'un double lien de filiation monosexué à l'égard de l'enfant². La situation est toutefois différente lorsque l'enfant n'a qu'un parent légal. Le second lien de filiation permettrait à l'enfant d'avoir une double appartenance, pouvant être source de stabilité et de richesse. Plus réservée, Madame MILLET s'inquiète de la difficulté tenant à la multiplication des liens de filiation dans le temps. Au gré des ruptures conjugales, toute personne dont l'adoption est révoquée peut faire l'objet d'une nouvelle adoption, ce qui conduirait à une « multiplication incontrôlable des liens de filiation ». L'adoption pourrait ainsi être « instituée au profit de l'un comme de l'autre nouveau concubin ou époux de chaque parent »³. Outre qu'une telle alternative contrevient à l'état actuel du droit de la filiation, le nombre de parents sociaux qui viendraient s'ajouter aux parents légaux brouillerait les repères de l'enfant, qui serait légalement issu de deux hommes ou de deux femmes. Au demeurant, la multiplication des fonctions assignées à l'adoption simple soulève la question de son renouvellement mais aussi ses multiples détournements. Si celle-ci est plébiscitée par les couples de même sexe, l'objectif poursuivi est d'établir un lien de filiation entre l'enfant et le concubin homosexuel pour fonder une famille, en accédant à l'enfant. Pour les couples de sexe différent, l'adoption s'est rapidement révélée être l'instrument d'une transmission successorale avantageuse⁴. Dans ce contexte, le flou entourant ses finalités selon les intérêts de chacun invite à repenser ses fondements et suppose un choix clair du législateur sur le sens qu'il souhaite lui donner.

sens : Rapport P. BLOCHE, V. PECRESSE, *L'enfant d'abord, 100 propositions pour placer l'enfant au cœur du droit de la famille*, 2006.

¹ Formulée par Mme Martine GROSS : « *Dans les familles pluri-parentales, l'adoption simple permet l'addition de parents adoptifs aux parents de naissance, mais actuellement l'autorité parentale est intégralement transférée aux seuls parents adoptifs. Un aménagement de ce dispositif, avec autorité parentale partagée de manière consensuelle entre parents légaux et sociaux, permettrait à l'enfant d'avoir une filiation cohérente avec son environnement familial* ». Rapport P. BLOCHE, V. PECRESSE, *L'enfant d'abord, 100 propositions pour placer l'enfant au cœur du droit de la famille*, *op. cit.*, 2006, p. 258.

² V. *infra* n° 268 et s.

³ *Ibidem.*, p. 258.

⁴ Cf. à cet égard la modification de l'article 786 du Code général des impôts par l'article 36 de la loi n° 2016-297 relative à la protection de l'enfance, *J.O.*, 15 mars 2016. Désormais, le lien de parenté résultant de l'adoption simple est pris en compte dans les transmissions à titre gratuit, qui seront désormais imposées comme les transmissions en ligne directe lorsque l'adoptant décède pendant la minorité de l'adopté, quel que soit son âge et sans condition d'entretien.

256. L'adoption plénière. En principe, l'adoption plénière d'un enfant n'est possible que lorsque tous ses liens avec sa famille d'origine sont rompus¹. Cependant, une adaptation de ses conditions est prévue, notamment pour permettre l'adoption plénière de l'enfant du conjoint lorsque l'enfant n'a qu'un parent légal, que son autre parent s'est vu totalement retirer l'autorité parentale, que son autre parent est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou que ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant. La seule possibilité ouverte par le droit pour qu'un beau-parent puisse adopter un enfant est donc le mariage du couple. L'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe a conduit à ajouter un 1° *bis*, disposant que l'adoption plénière par le conjoint est encore possible « lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard ». Le conjoint de même sexe peut donc procéder, depuis cette date, à l'adoption plénière de l'enfant au préalable adopté par le conjoint de même sexe², à moins qu'il ne s'agisse d'un détournement manifeste de la loi par le recours à une procréation médicalement assistée à l'étranger. L'argument tiré de la fraude à la loi française empêche dès lors le prononcé de l'adoption³. À la suite du prononcé de l'adoption, le parent adoptif partage l'exercice de l'autorité parentale avec son conjoint, premier parent légal. Par exception aux effets d'une adoption plénière, celle-ci laisse subsister la filiation d'origine à l'égard du parent biologique et produit les effets d'une adoption par deux époux⁴. Madame le professeur GRANET-LAMBRECHTS n'est pas favorable à une telle adoption de l'enfant du conjoint de même sexe, même en présence d'un seul lien de filiation. Pour l'auteur, le projet de parenté commune au sein d'un couple hétérosexuel non marié traduit une réelle volonté d'adoption, préférable à une éventuelle reconnaissance de complaisance laquelle, si elle venait à être révoquée, mettrait à mal l'intérêt de l'enfant. De surcroît, l'adoption plénière est irrévocable. Le recours par un couple de même sexe à une telle adoption, en dehors de toute volonté réelle et sérieuse de s'engager durablement mettrait à mal l'intérêt de l'enfant. L'irrévocabilité caractéristique de l'adoption plénière conduit Madame le professeur GOUTTENOIRE à émettre des réserves quant à son opportunité dans le cadre d'un couple hétérosexuel non marié. Selon celle-ci, « il faut prendre en compte la combinaison de la relation de couple et de la relation avec l'enfant, et se demander quel sera le sort de la

¹ Art. 345-1 du Code civil.

² Première illustration : TGI Lille, 14 oct. 2013, *Rev. dr. fam.*, 2014, note C. NEIRINCK.

³ TGI Versailles, 30 avr. 2014, *Dalloz actualité*, 2014, obs. COUSTET, V. *contra* : CA Toulouse, 10 fév. 2015, n° 14/02830, *AJ fam.*, 2015, p. 220, obs. P. SALVAGE-GEREST ; CA Limoges, ch. civ., 2 mars 2015, n° RG 14/01060. Pour la Cour, s'il n'y a pas, au nom de l'intérêt de l'enfant d'« obligation ou nécessité de rechercher les conditions de la conception de l'enfant, il est néanmoins du devoir de la juridiction de s'assurer une seule filiation ici maternelle étant établie que le prononcé de l'adoption plénière ne fera pas obstacle aux effets de l'autre filiation ici paternelle si celle-ci venait à être établie (...) ». La Cour poursuit ainsi : « À supposer non conforme à la réalité la conception prétendue par donneur anonyme, l'établissement tardif d'une filiation paternelle se trouverait privée d'effet du fait du prononcé de l'adoption plénière ». CA Aix-en-provence, 14 avr. 2015, n° 1413/137, *AJ fam.*, 2015, obs. F. BERDEAUX-GACOGNE, enfin CA Versailles, 16 avr. 2015, n° 14/04253, 14/07327, 14/04245, 14/04244, 14/04243, 14/05356, 14/05360.

⁴ Article 356 du Code civil.

relation entre le beau-parent et l'enfant si le couple se dissout. Il serait donc plus opportun de conserver la possibilité d'une révocation de l'adoption pour ne pas instaurer des liens indestructibles qui pourraient gêner l'enfant par la suite »¹. Nous approuvons cette seconde analyse. L'adoption plénière de l'enfant du concubin hétérosexuel ne peut réellement traduire sa volonté de s'engager durablement vis-à-vis de l'enfant, alors même qu'il n'existe aucun engagement durable entre les concubins eux-mêmes. Comment dès lors apprécier la nature de l'engagement à l'égard de l'enfant alors que celui-ci est inexistant vis-à-vis du parent ?

257. Panorama de droit comparé. Nombre de législations² européennes reconnaissent un statut au beau-parent³. D'autres à l'instar de la France, ne le reconnaissent pas. Celle-ci pourrait pourtant s'inspirer des solutions retenues par ses voisins européens, sans renoncer à ses spécificités. Une étude de législation comparée réalisée par le service des études juridiques du Sénat sur le statut du beau-parent⁴ atteste de l'intérêt porté à la question de sa place familiale. Il en ressort l'absence de statut juridique de ce tiers en Espagne et en Italie, tandis que la Belgique⁵ réfléchit à la création d'un statut de « parent social ». En Allemagne⁶ et en Suisse⁷, le beau-parent marié avec le parent de l'enfant bénéficie d'une autorité parentale automatique. Pourtant, la récente réforme suisse⁸ de l'autorité parentale -entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2014- met en place un exercice conjoint de l'autorité parentale en cas de séparation. Le principe devient enfin dans cet État celui de l'exercice conjoint tant pour les couples divorcés que pour les couples non mariés, ce qui limitera probablement le recours à l'article 299, applicable toutes les fois où l'autorité

¹ Rapport P. BLOCHE, V. PECRESSE, *L'enfant d'abord, 100 propositions pour placer l'enfant au cœur du droit de la famille*, 2006, p. 256.

² Aussi, les législations anglaise et néerlandaise apparaissent comme les plus favorables aux beaux-parents. La première permet de partager l'autorité parentale avec les parents biologiques quels que soient le statut juridique et l'orientation sexuelle du couple recomposé, alors que la seconde crée le concept d'« autorité commune », pour désigner l'autorité conjointe exercée sur un enfant par l'un des parents biologiques et la personne avec laquelle ce parent élève l'enfant, qui peut leur être accordé par un juge quel que soit leur statut juridique et leur orientation sexuelle. Cf. « Statut du beau-parent : étude de législation comparée », *JCP, G*, n° 20, 13 mai 2009, act. 254.

³ V. en ce sens : J. SOSSON, *Beaux-parents, beaux-enfants, étude de droit comparée*, Thèse, Louvain, 1995.

⁴ Sénat, « Le statut du beau-parent », Étude de législation comparée, 2009, n° 196, disponible sur www.senat.fr.

⁵ De nombreuses propositions de lois ont néanmoins été déposées depuis 2001, dont la proposition de loi du 9 septembre 2010, modifiant la législation relative à la protection de l'enfance, ainsi que la proposition de loi du 13 octobre 2010 instaurant des dispositions en matière de parenté sociale.

⁶ Depuis la loi du 16 février 2001, la loi lui octroie une forme limitée d'autorité parentale, lui donnant la faculté de prendre des décisions relatives à la vie quotidienne de l'enfant. Néanmoins, le parent de l'enfant doit être seul titulaire de l'autorité parentale. Par conséquent, si l'enfant a deux parents qui, bien que séparés, exercent l'autorité parentale conjointement, le beau-parent ne peut être titulaire de l'autorité parentale, même réduite. Cf. § 1687 b Paras. 1-3 du Code civil allemand et §9 de l'Acte sur le Partenariat enregistré.

⁷ L'article 299 du Code civil oblige le beau-parent à « assister son conjoint de façon appropriée dans l'exercice de l'autorité parentale (...) et de le représenter lorsque les circonstances l'exigent ». La loi du 18 juin 2004 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, relative au partenariat enregistré étend cette obligation aux couples de partenaires de même sexe (art. 27).

⁸ Le Parlement fédéral a accepté la réforme le 21 juin 2013 (FF 2013, 4229) entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2014.

parentale est exercée par un seul parent¹. En Suède², la loi reconnaît le beau-parent dans les cas d'enfants nés au sein de couples homosexuels. Depuis 1985 au Danemark, la loi relative à l'autorité parentale prévoit que celle-ci peut être partagée entre un parent et un beau-parent lorsqu'elle n'est pas exercée conjointement par les deux parents³. En Finlande, le beau-parent marié ou non, peut acquérir la responsabilité parentale grâce à une ordonnance judiciaire. Au Royaume-Uni -depuis le *Children Act* de 1989- les beaux-parents peuvent détenir l'autorité parentale par le biais d'une décision judiciaire⁴, nommée « ordonnance de résidence », établissant que leur domicile est la résidence des enfants. L'autorité parentale peut donc être partagée par trois personnes.

258. Absence de statut en droit français. Le droit positif est toujours marqué par l'absence de règles juridiques particulières régissant les relations entre l'enfant et son beau-parent⁵. Le législateur a montré sa réticence à créer des règles particulières à son profit, et considère cette reconnaissance comme « une perturbation dans les représentations que nous avons de la famille, notamment en raison des incertitudes sur la répartition entre les “détenteurs de la parenté biologique” et ceux de la “parenté sociale” »⁶. Cette réticence trouve aussi sa source dans la nature même du droit français de la famille. Celui-ci a toujours perçu la famille comme une institution, entité qui prévaut au-delà même des individus qui la composent. Par conséquent, il ne revient pas aux individus de décider de ce que la famille est, mais c'est à l'État qu'est toujours revenu le pouvoir de la réglementer en déterminant la politique familiale la plus à même de garantir la pérennité de cette structure. Bien que le législateur ait renoncé à imposer un modèle unique de famille, les relations familiales n'ont jamais été totalement abandonnées à la volonté individuelle.

¹ En Suisse, l'exercice de l'autorité parentale dépend de la situation juridique des parents au moment de la naissance de l'enfant. Lorsque la femme qui accouche n'est pas mariée, elle détient seule l'autorité parentale. Le père, qui par hypothèse a reconnu l'enfant avant même sa naissance, ne peut selon la lettre du Code civil obtenir le partage de l'autorité parentale que si la mère accepte de déposer une requête commune dans ce sens auprès de l'autorité de protection de l'enfant. Désormais, les parents non mariés pourront, sur la base d'une déclaration commune dans laquelle ils confirment simplement être disposés à assumer ensemble la responsabilité de l'enfant et s'être entendus sur la garde, établir les relations personnelles ainsi que leur participation à la prise en charge et à l'entretien de l'enfant (art. 298 a al. 1 et 2).

² Loi du 1^{er} fév. 2003.

³ Néanmoins, cette disposition est exclue s'agissant des couples de partenaires ; par extension, les couples homosexuels ne peuvent exercer conjointement l'autorité parentale. En 1999, le législateur ouvre la voie de l'adoption de l'enfant du partenaire, et ce même lorsque l'enfant a été adopté par ce dernier.

⁴ Le 30 décembre 2005, une nouvelle disposition de la loi de 1989 permet au conjoint ou au partenaire d'un parent de partager l'autorité parentale avec ce dernier par le biais d'un accord ou par voie judiciaire (selon un modèle prévu par voie réglementaire) avec le détenteur de l'autorité parentale. Cette disposition s'applique également aux couples de même sexe pour lesquels le partenariat enregistré est réservé.

⁵ Malgré nombre de tentatives visant l'amélioration de la condition du beau-parent ; V. par. ex. D. VERSINI, *L'enfant au coeur des nouvelles parentalités*. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui, La Documentation française, 2006. L'avant-projet de réforme sur l'autorité parentale et les droits des tiers porté par la secrétaire d'état à la famille Nadine MORANO en 2008, auquel fait suite le rapport de J. LEONETTI, *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, La documentation française, 2009.

⁶ J. COMMAILLE, « Les aspects sociologiques », in *L'enfant, sa première et ses secondes familles*, Colloque des 7 et 8 février organisé par l'Association Louis CHATIN, LPA, 1^{er} oct. 1997, n° 118, p. 9.

L'ordre public matrimonial, à défaut de ne plus être dirigiste et prescripteur, gère, encadre et accompagne les relations familiales¹. L'appel à une prise en compte des familles recomposées par le législateur s'inscrit dans ce contexte de recherche du juste équilibre. Le choix d'accompagner les évolutions de la société s'inscrit dans ce qu'on appelle le droit « post-moderne (...) marqué par le relativisme, le pluralisme, la flexibilité et la mobilité »². Or, imprégné de la tradition romano-germanique, le droit français n'est que peu attaché aux relations inter-individuelles dont il régit la conduite. C'est pourquoi aujourd'hui, la question d'un éventuel statut du beau-parent remet profondément en question la manière dont le droit organise les relations familiales. Madame LESTIENNE-SAUVE dans sa thèse démontre comment le droit français, attaché aux principes généraux, « a pour but de donner des solutions aux problèmes avant que ces derniers ne soient susceptibles de se poser à une juridiction et confère donc aux justiciables un certain nombre de droits et d'obligations »³. Mettant en lumière la spécificité française, sa quête des éléments de solutions sur la question du beau-parent au sein du système de *Common law* révèle de façon éclatante l'approche du droit anglais qui opte pour une « approche concrète, sa finalité étant d'apporter des solutions à un problème particulier, au cas par cas. Il consiste moins à énoncer des règles générales qu'à résoudre les difficultés concrètes qui surgissent. Il s'attache aux circonstances particulières de l'espèce et laisse une place certaine à l'improvisation. Le rôle du juge est donc primordial, ce qui explique que ce droit soit essentiellement jurisprudentiel »⁴. En effet, du point de vue du droit anglais, l'ingérence du législateur dans les relations familiales constitue une atteinte aux libertés individuelles, alors que l'approche française considère qu'une réglementation minimale s'impose, au nom de l'ordre public. La famille en tant qu'institution n'est appréhendée en droit anglais qu'à travers le prisme des individus qui la compose, lorsqu'en France elle constitue une entité qu'il convient de protéger.

2- Les instruments non créateurs d'un lien de parenté

259. Un dispositif de soutien à la parentalité. En l'état actuel du droit, un tiers peut se voir attribuer la responsabilité parentale d'un enfant qui n'est pas sien. Il s'agit d'entorses au principe de coparentalité, tolérées dans l'intérêt de l'enfant. Lorsque les parents sont à des degrés divers défailants, le recours à une délégation de l'autorité parentale (volontaire ou forcée) ou un simple partage de celle-ci permet d'assurer la continuité de la prise en charge. En cas de carence parentale durable, les parents peuvent être déclarés inaptes à exercer leurs prérogatives parentales. Cette situation commande alors la mise sous tutelle de l'enfant. Selon l'importance de la carence, le recours à un

¹ F. NIBOYET, *L'ordre public familial*, Paris, LGDJ, 2008.

² J. COMMAILLE, *art. précit.*, p. 9.

³ L. LESTIENNE-SAUVE, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, Paris, LGDJ, 2013, p. 11.

⁴ *Ibidem.*, p. 11.

dispositif d'aide à la parentalité peut être sollicité par les parents eux-mêmes (α) ou par les tiers¹ (β).

α) Le recours au dispositif d'aide à la parentalité par les parents

260. Le mécanisme de la délégation de l'autorité parentale. Les articles 376 à 377-3 tels qu'issus de la loi de 1970 présentaient la délégation de l'autorité parentale comme une réponse à des situations exceptionnelles où un parent titulaire de l'autorité parentale ne pouvait plus assurer ses prérogatives parentales. Lorsque tel était le cas, l'intérêt de l'enfant exigeait de substituer au titulaire de l'autorité parentale une autre personne. Dans ce contexte dérogatoire à l'indisponibilité de l'autorité parentale, l'article 376-1 du Code civil (dans sa rédaction antérieure à 1970) disposait néanmoins qu' « un tribunal peut, quand il est appelé à statuer sur la garde ou l'éducation d'un enfant mineur, avoir égard aux pactes que les père et mère ont pu librement conclure entre eux à ce sujet, à moins que l'un d'eux ne justifie de motifs graves qui l'autoriseraient à révoquer son consentement ». De tels pactes n'étaient pas rares en pratique et présentaient de nombreux avantages². Pour autant, la conception dominante de l'autorité parentale à l'époque voyait l'autorité parentale comme un droit indisponible, ce que traduit la décision du Tribunal de grande instance de Riom³ pour qui « *la renonciation de la mère à l'exercice de son droit de visite ne peut, en conséquence, être consacré par un tribunal, étant contraire à l'ordre public et à l'intérêt de l'enfant* ». Une conception restrictive de la délégation de l'autorité parentale était de mise, cette rigueur jurisprudentielle conduisant les juges à refuser de tels accords bien qu'ils soient, dans certains cas, conformes à l'intérêt de l'enfant. En réponse à ces difficultés, la loi du 4 mars 2002 assouplit le régime juridique de la délégation volontaire et atténue l'idée de renonciation des parents à l'exercice de leur autorité parentale. Désormais perçue comme un droit-fonction tourné vers l'intérêt de l'enfant, le changement d'idées aboutit à la mise en place de règles parentales modernisées.

261. La délégation assouplie. Si les circonstances doivent exiger la délégation, sa mise en œuvre a été sensiblement assouplie par la loi du 4 mars 2002. Ainsi en est-il de la condition tenant à la limite d'âge⁴ au-delà de laquelle il ne peut être procédé à une délégation. Celle-ci est désormais permise quel que soit l'âge du mineur. La remise obligatoire de l'enfant au tiers délégataire figurant autrefois au nombre des conditions⁵,

¹ V. en cas de carence entraînant l'adoptabilité de l'enfant : F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Les chemins de l'adoptabilité », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire NEIRINCK*, Paris, LexisNexis, 2015, pp. 483-502.

² Notamment une meilleure acceptation de la décision du juge, dont le couple était l'acteur, ainsi qu'un climat de rupture moins conflictuel.

³ TGI Riom, 27 sept. 1967.

⁴ La loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 ayant abaissé l'âge de la majorité, elle modifia en conséquence l'article 377 du Code civil et permit la délégation pour les enfants âgés de seize ans au plus.

⁵ Au sein d'une famille recomposée par exemple, cette exigence de droit se trouvait en contradiction avec la situation de fait caractérisée par la vie commune de l'enfant et de son beau-parent.

elle n'est plus obligatoire à partir du moment où « les circonstances l'exigent ». Désormais, un parent peut continuer à élever son enfant tout en bénéficiant de l'aide d'un tiers à qui sont déléguées certaines prérogatives parentales. Les termes de « particulier digne de confiance » sont élargis au profit de « tiers, membre de la famille » et de « proche digne de confiance ». L'ouverture de la délégation à des tiers non parents est un des traits de la nouvelle physionomie de la délégation. Toutefois, le tiers évoqué à l'époque était essentiellement un membre de la famille ; s'il ne l'était pas, il s'agissait d'un proche digne de confiance. Particulièrement adaptée au profit d'un beau-parent ou d'un grand-parent, la nouvelle rédaction issue de la loi de 2002 ouvre l'enfant à d'autres personnes que ses parents. Afin de permettre la délégation, les deux parents étaient appelés à l'instance, afin qu'ils aient tous les deux l'occasion de donner leur avis sur la mesure de délégation pouvant être demandée par l'un d'eux seulement. Si la délégation procède au transfert de l'exercice de l'autorité parentale au profit du délégataire, seuls certains droits¹ sont transférés lorsque celle-ci est partielle. À l'inverse, lorsqu'elle est totale, tous les droits sont transmis, à l'exception de celui de consentir à l'adoption du mineur, qui ne peut jamais être délégué². En application de l'article 377-2, la délégation peut toujours prendre fin ou être transférée « s'il est justifié de circonstances nouvelles ». Il revient dès lors au juge de décider si « les circonstances exigent » la délégation, ce qui lui laisse une marge d'appréciation non négligeable.

262. Le partage de l'exercice de l'autorité parentale. Le rapport de Madame VERSINI préconisait dans sa 5^{ème} proposition de consacrer un droit de l'enfant au maintien des relations personnelles avec le tiers qui a partagé sa vie quotidienne et avec qui il a noué des liens affectifs étroits. Dans le même ordre d'idée, le rapport *Filiation, origines parentalité* présidé par Madame le professeur THERY propose un réaménagement des règles relatives à la délégation vers plus de souplesse. La proposition de loi portant réforme de *l'Autorité parentale et l'intérêt de l'enfant* (APIE), adoptée en première lecture par l'assemblée nationale, prévoit aux articles 13 à 15 une nette distinction entre la délégation et le partage de l'autorité parentale³, la rédaction actuelle des articles 376 à 377-3 du Code civil ne les distinguant pas clairement. À cette fin, l'article 377-1 du Code civil promis à révision⁴ par la proposition de loi ouvre la possibilité de partager entre les parents et le tiers délégataire, tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale « pour les besoins

¹ Comme celui de garde et de surveillance.

² Article 377-3 du Code civil.

³ V. *infra*, n° 456.

⁴ Selon la proposition de loi, l'article 377-1 sera le premier article (377) issu du paragraphe 2 relatif au « partage de l'exercice de l'autorité parentale ». Si la proposition de loi est adoptée, le partage de tout ou partie de l'autorité parentale sera soumis à convention homologuée par le juge. Dans tous les cas le juge homologue la convention, sauf si celle-ci ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant. Le partage nécessite l'accord des parents, mais un parent qui exerce seul l'autorité parentale peut saisir le juge. L'avis de l'autre parent est requis. L'article 377-1 met fin au partage par l'homologation d'une nouvelle convention, par jugement en cas de désaccord, à la demande du tiers ou d'un des parents. Si la demande émane d'un des parents, le juge y fait droit, sauf circonstances exceptionnelles.

d'éducation de l'enfant ». La limitation de l'objet de la délégation a pour but d'éviter un démembrement de l'autorité parentale selon la convenance des parents. Lorsque tous deux exercent l'autorité parentale, ils doivent être d'accord avec le partage. Il aurait été incohérent d'autoriser un partage de l'autorité parentale avec un tiers -beau-parent ou non-sans l'accord de l'autre parent, alors même que l'un des objectifs de la loi de 2002 était d'assurer une véritable coparentalité. Dans le cadre du partage de l'autorité parentale, les actes usuels accomplis par les parents et le tiers délégataire sont présumés être accomplis avec l'accord de chaque partie conformément à l'article 372-2 du Code civil. En cas de difficulté, le juge aux affaires familiales peut être saisi par les parents, le tiers délégataire ou le ministère public. La décision du juge tiendra compte de la pratique antérieurement suivie, des sentiments de l'enfant, de la capacité des parties à respecter les droits de l'autre, des résultats des expertises éventuellement effectuées lesquelles doivent notamment tenir compte de l'âge de l'enfant et des renseignements recueillis lors de l'enquête sociale¹. Si l'application de l'article 377-1 du Code civil ne permet qu'un partage de l'exercice de l'autorité parentale « pour les besoins d'éducation de l'enfant », son application est plus aisée que celle de l'article 377 du même Code, lequel permet une délégation de l'exercice de l'autorité parentale « lorsque les circonstances l'exigent ». Le plus souvent, l'ouverture d'une délégation de l'autorité parentale lorsque les circonstances l'exigent conduit les juges à apprécier l'opportunité de cette mesure et en quoi les circonstances alléguées exigent cette ouverture. Toujours est-il que le recours à la délégation d'autorité parentale semble relativement peu utilisé, sans doute en raison de la lourdeur de la procédure, voire de sa méconnaissance.

263. L'admission de la délégation-partage au profit des familles homoparentales. Bien que ce cas de figure ne concerne pas le beau-parent *stricto sensu*, le contentieux relatif à la question homoparentale a largement contribué à façonner la délégation-partage, ce qui ne peut être sans conséquences pour le beau-parent. Ce mécanisme a largement permis la reconnaissance au profit du partenaire homosexuel d'un rôle parental fondamental, ayant débouché sur une meilleure acceptation en droit de l'homoparentalité. Ainsi, plusieurs demandes ont été formulées par des couples homosexuels pour permettre au partenaire du parent d'obtenir l'exercice de l'autorité parentale². Un premier jugement du TGI de Paris³ a permis à un couple de femmes, dont l'une d'elle avait eu recours à une insémination artificielle à l'étranger, d'adopter les enfants de l'une par l'autre. Une fois l'adoption prononcée, celle-ci privait la mère

¹ Art. 373-2-11 C. civ.

² Pour une approche comparative, V. H. BOSSE-PLATIERE, « PACS et autorité parentale », in *Des concubinages : droit interne, droit international, droit comparé*, Études offertes à Jacqueline RUBBELIN-DEVICHI, Paris, Litec, 2002, pp. 193-211.

³ TGI Paris, 2 juil. 2004, *AJ fam.*, 2004, p. 361, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *RTD civ.*, 2005, p. 116, obs. J. HAUSER, *Rev. dr. fam.*, 2005, n° 4, obs. P. MURAT. V. avant : TGI Paris, 27 juin 2001, *D.*, 2003, somm. p. 655, obs. C. DESNOYER, et p. 1941, obs. J.-J. LEMOULAND ; *RTD civ.*, 2002, 84, obs. J. HAUSER ; *Rev. dr. fam.*, 2001, n° 116, obs. P. MURAT.

d'origine de tous les droits d'autorité parentale. C'est pourquoi une demande de délégation parentale a été ensuite déposée par le couple afin que la mère d'origine puisse exercer de nouveau les prérogatives parentales sur l'enfant. Le tribunal fait alors droit à la demande, « considérant que le dessein n'a pas été de contourner l'esprit des textes pour légaliser une situation de fait », et que « la demande est conforme à l'intérêt de l'enfant ». Une telle solution a été consacrée par la Cour de cassation dans un arrêt du 24 février 2006¹. Dans une autre espèce, un couple de femmes élevant deux fillettes dont la filiation paternelle n'était pas établie souhaitait exercer ensemble l'autorité parentale. Les juges ont considéré qu'il s'agissait là d'un « problème de société dépassant largement le cadre juridique et intéressant les rapports entre le législateur et le juge : l'article 377 alinéa premier du Code civil issu de la loi du 4 mars 2002, a en effet été conçu afin de favoriser une meilleure gestion du quotidien de l'enfant, en offrant aux pères et mères divorcés ou séparés le concours d'un tiers, soit dans le cas de difficultés passagères, soit dans celui d'une recomposition de la famille, mais n'a pas été envisagé pour les couples homosexuels, qu'ils se forment à la suite d'un divorce ou d'une séparation ou encore dès "l'origine" »². La Cour de cassation a donc décidé que « l'article 377 alinéa premier du Code civil ne s'oppose 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 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 ». Elle a jugé que la Cour d'appel avait pu décider que cette délégation-partage était dans l'intérêt des enfants, les juges du fond ayant relevé que « *l'union des deux femmes était stable et continue, que les enfants étaient décrites comme étant épanouies, équilibrées et heureuses, et que l'absence de filiation paternelle laissait craindre qu'en cas d'évènement accidentel plaçant la mère dans l'incapacité d'exprimer sa volonté, sa compagne ne se heurtât à une impossibilité juridique de tenir le rôle éducatif qu'elle avait toujours eu aux yeux des enfants* ». La référence à ces éléments de fait semble constituer un ensemble de critères à prendre en compte pour toutes les délégations de l'autorité parentale, notamment émanant d'un beau-parent. Pour obtenir le partage de l'autorité parentale avec le parent de l'enfant, il suffirait que ce dernier démontre l'effectivité du rôle éducatif joué auprès de l'enfant et la nécessité de le consacrer juridiquement afin de continuer à l'assurer en cas d'impossibilité pour l'autre parent d'assurer son propre rôle. Dans ces conditions, la délégation-partage pourra être considérée conforme à l'intérêt de l'enfant.

264. Une appréciation judiciaire variable des « circonstances exceptionnelles ».

Si la condition liée à l'existence de « circonstances exceptionnelles » demeurait le principe

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 24 fév. 2006, n° 04-17.090, *Bull. civ.*, I, n° 101 ; *D.*, 2006, juris. 897, note D. VIGNEAU ; *ibid.* pan. 1148, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, et 1421, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *ibid.* IR. 670, obs. GALLMEISTER ; *ibid.*, Point de vue, 876, H. FULCHIRON ; *RTD civ.*, 2006, 297, obs. J. HAUSER ; *AJ fam.*, 2006, 159, obs. F. CHENEDE, *Rev. dr. fam.*, 2006, n° 89, note P. MURAT ; *RJPF*, 2006, n° 4, 32, obs. MULON ; *Rev. dr. sanit. soc.*, 2006, 578, note C. NEIRINCK ; *JCP, G*, 2006, I, 199, obs. REBOURG.

² *Bull. civ.*, I, 2006, n° 101.

posé par l'arrêt de 2006, elle a depuis été reprise de façon largement favorable par les juges du fond¹. Bien qu'elle ait pu être appréciée de façon plus souple dans le cadre des recompositions², d'autres juges ont à l'inverse insisté sur cette exigence³. Ce manque d'homogénéité de la jurisprudence est regrettable car elle limite l'usage de la délégation-partage dans les familles recomposées et ne permet pas une lisibilité des solutions. Une lecture trop rigide méconnaît l'esprit du texte et constitue une limitation importante pour les familles recomposées. Une appréciation combinant à la fois l'intérêt de l'enfant ainsi que le critère lié à la stabilité du couple permettrait au juge d'apprécier l'opportunité d'une telle délégation.

β) Le recours au dispositif d'aide à la parentalité par les tiers

265. La possibilité de confier l'enfant à un tiers. Après la séparation des parents, le juge aux affaires familiales peut « dans des circonstances exceptionnelles (...) décider, du vivant même des parents, qu'en cas de décès de celui d'entre eux qui exerce cette autorité, l'enfant n'est pas confié au survivant. Il peut, dans ce cas, désigner la personne à laquelle l'enfant est provisoirement confié »⁴. Depuis la loi du 4 juin 1970, il s'agit d'une forme de dérogation à l'article 373-1 du Code civil selon lequel « si l'un des père et mère décède ou se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale, l'autre exerce seul cette autorité ». Si la disposition semble malvenue lorsque le parent survivant a maintenu de réels liens avec son enfant, elle peut se révéler appropriée lorsque dans les faits, les relations entre l'enfant et son parent se sont relâchées. Il serait donc plus opportun de confier l'enfant à celui qui a effectivement veillé à son éducation. Lorsque le conflit entre les parents est d'une gravité particulière, il est préférable de confier l'enfant à un tiers pour le préserver. Forte du principe de coparentalité, la loi du 4 mars 2002 prévoit que cette mesure ne peut être faite que dans des « circonstances exceptionnelles ». Elle étend également les dispositions de cet article à toutes les situations de parents séparés, alors qu'elles étaient auparavant réservées aux enfants dont les parents avaient divorcé. La nouvelle lecture de l'article 373-3 en fait alors un outil parfaitement adapté pour les familles recomposées, car l'intérêt de l'enfant

¹ V. par ex. TGI Lille, ord. JAF, 11 déc. 2007, *D.*, 2008, *AJ. fam.*, 292.

² Cf. C. MECARY, « Délégation-partage de l'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel : évolution jurisprudentielle », *AJ fam.*, 2011, 604. Les juges ont pu estimer que la prise en charge quotidienne de l'enfant par deux partenaires vivant ensemble révélait l'existence d'une vie de famille, caractérisant l'existence de circonstances exceptionnelles. TGI Paris, 28 mars 2008, *AJ fam.*, 2008, 249, obs. F. CHENEDE ; TGI Grenoble, 28 janv. 2008, *AJ fam.*, 2008, 476, obs. F. CHENEDE ; *D.*, 2009, 773, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS. L'absence de filiation paternelle a également permis de caractériser ces circonstances : TGI Paris, 23 sept. 2011, RG n° 11/35995 et n° 11/35997 ; TGI Paris, 20 oct. 2011, RG n° 11/11743 et n° 11/04042. Et il n'était plus nécessaire de démontrer l'indisponibilité de la mère : TGI Paris, 21 sept. 2012, RG n° 11/44249.

³ Un tel partage pour les actes usuels entre la mère de l'enfant et sa compagne a pu être prononcé, la mère étant « atteinte d'un diabète insulino-dépendant nécessitant parfois des hospitalisations longues » : CA Lyon, 2^{ème} chb. civ., 24 janv. 2006, *JCP, G, IV*, 2006, 2655, Y. REINHARD et R. BESNARD GOUDET. Il a en revanche été refusé car les circonstances ne l'exigeaient pas : Cass. civ. 1^{ère}, 8 juil. 2010, n° 09-12.623.

⁴ Art. 373-3 al. 3, C. civ.

qui a longtemps vécu avec le tiers beau-parent peut commander de le confier à ce dernier plutôt qu'au parent survivant.

266. Appréciation judiciaire de la remise de l'enfant au tiers. En 1970, il n'était nul besoin de démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles. Le requérant souhaitant confier l'enfant à un tiers sur le fondement de ce texte devait démontrer en quoi la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale au parent survivant était contraire à l'intérêt de l'enfant. Il pouvait notamment être démontré le traumatisme lié au changement de son cadre de vie, ce qui était favorablement accueilli par la jurisprudence¹. Selon une décision de la Cour d'appel de Bordeaux², « *le simple fait que les enfants disposeraient avec le nouveau mari de leur mère d'un père de substitution disposé à se les voir confier et que la fratrie se serait élargie par des enfants de ce nouveau lit constitue un cas de figure désormais beaucoup trop courant pour constituer des circonstances exceptionnelles* ». Selon cet arrêt, la multiplication des familles recomposées ne constitue plus une circonstance exceptionnelle permettant au décès du parent légal de confier l'enfant à son beau-parent sur le fondement de ce texte. Dans un autre arrêt du 3 mai 2005, la Cour d'appel de Riom confirme une ordonnance du juge aux affaires familiales ayant fixé la résidence habituelle de deux enfants chez leur ancienne belle-mère³. Dans cette décision, ce sont les « liens profonds » et non « les circonstances exceptionnelles » qui justifient de confier les enfants à leur belle-mère. Un arrêt de la Cour de cassation du 25 février 2009⁴ semble aller dans le même sens. L'ambivalence de la jurisprudence entre l'intérêt de l'enfant d'une part à conserver son cadre de vie habituel et l'exigence de circonstances exceptionnelles ne permettait pas, au demeurant, de savoir dans quelles situations le beau-parent pouvait prendre en charge l'enfant. Il revenait au juge, selon les circonstances de l'espèce, de déterminer s'il était de l'intérêt de l'enfant d'être confié ou non à son beau-parent.

267. La révision projetée de l'article 373-3 du Code civil. Aujourd'hui, ce texte pourrait faire l'objet d'une modification issue de la proposition de loi APIE. L'alinéa 2 de cet article prévoit « 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 » que le juge confie « l'enfant à un tiers, choisi de préférence dans sa parenté ». Or, la proposition de loi prévoit de remplacer « dans sa parenté » par « parent ou non », conformément au vœu des

¹ T. civ. Fontainebleau, 17 fév. 1933, *RTD civ.*, 1933, 456, G. LAGARDE ; CA Paris, 15 mai 1991, *Juris-Data* n° 022067 ; CA Nancy, 30 sept. 1991, *Juris-Data* n° 052441 ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 juil. 1975, *Bull. civ.*, I, n° 231.

² CA Bordeaux, 8 mars 2005, *Juris-Data* n° 2005-270231, *JCP*, IV, 2005, 3038.

³ À la séparation de la famille recomposée, la mère des enfants demande que la résidence des enfants soit fixée chez elle. Cependant, celle-ci vivait au sein de la communauté des frères de Plymouth, la belle-mère et le père s'opposant à cette demande. À la suite d'une enquête sociale, et au souhait profond des enfants de continuer à vivre auprès de leur ex-belle mère et leurs demi-sœurs, la Cour confirme le jugement entrepris.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 25 fév. 2009, n° 07-14.849, *AJ fam.*, 171, note I. GALLMEISTER: le principe du maintien des liens justifie qu'un homme, croyant être le père de l'enfant et l'ayant reconnu, peut lui être confié une fois la reconnaissance de paternité annulée. Il était de l'intérêt de l'enfant de demeurer auprès de celui qui l'avait élevé et traité comme son propre enfant.

promoteurs du rapport *Filiation, Origines, Parentalité*¹. Il sera donc plus aisé pour les juges de décider de confier l'enfant à un tiers, notamment le beau-parent. Après la séparation des parents, le juge pourrait décider du vivant de l'un d'eux que l'enfant, au lieu d'être confié au survivant -selon la dévolution prévue à l'article 373-1 du Code civil- est confié à un tiers. La proposition de loi élargit donc le cercle des personnes auxquelles l'enfant peut être confié, en associant des tiers choisis en dehors de sa parenté si son intérêt le commande². La proposition de loi n'ayant pas été adoptée, l'association du tiers dans la prise en charge de l'enfant semble s'opérer par d'autres voies. En effet, la loi relative à la protection de l'enfance³ introduit un article L. 221-2-1 dans le Code de l'action sociale et des familles qui prévoit, lorsque l'enfant est pris en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance sur un autre fondement que l'assistance éducative, « le président du conseil départemental peut décider, si tel est l'intérêt de l'enfant et après évaluation de la situation, de le confier à un tiers, dans le cadre d'un accueil durable et bénévole ». Cette nouvelle disposition témoigne de la prise en compte du tiers dans la vie de l'enfant, et peut s'avérer être une alternative lorsque le beau-parent a vécu auprès de l'enfant. Dans le prolongement de cette mesure, il est prévu qu'au moins chaque année (ou tous les six mois pour les enfants âgés de moins de deux ans), un rapport pluridisciplinaire du service de l'aide sociale vérifiera la bonne mise en œuvre et l'adéquation du projet pour l'enfant, dont l'objet est de faire le point sur sa « santé physique et psychique (...) son développement, sa scolarité, sa vie sociale et ses relations avec sa famille »⁴, mais aussi *les tiers intervenant dans sa vie*.

268. La désignation d'un tuteur testamentaire. Un parent qui exerce seul l'autorité parentale (suite au décès de l'autre parent ou pour tout autre motif) a « le droit individuel de choisir un tuteur, parent ou non » en application de l'article 403 du Code civil. Cette nomination doit être faite par testament ou dans une déclaration spéciale devant notaire⁵. Le parent a donc la possibilité de désigner son conjoint ou son compagnon comme tuteur de ses enfants, sans intervention de juge. Présentant de nombreux avantages, la tutelle testamentaire est pourtant peu utilisée. Lorsque le dernier vivant des père et mère n'avait pas procédé à un tel choix avant l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007, la tutelle de l'enfant revenait « à celui des ascendants qui est du degré le plus rapproché »⁶, c'est-à-dire le plus souvent, à un grand-parent⁷. Une partie de la doctrine préconisait déjà, lorsque

¹ *Rapp. précit.*, p. 299.

² Art. 11 de la proposition de loi.

³ L. n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfance, *J.O.*, 15 mars 2016.

⁴ Art. 223-5 al. 2 du Code de l'action sociale et des familles, modifié par l'article 28 de la loi.

⁵ Art. 403 al. 2 du Code civil.

⁶ Art. 402 ancien du Code.

⁷ La jurisprudence a néanmoins reconnu que l'application de la règle de désignation automatique du tuteur n'empêchait pas de confier l'éducation de l'enfant à un tiers. Ainsi, en l'absence de choix d'un tuteur par le père défunt, la Cour de cassation dans une décision du 17 janvier 1995 a annulé une décision qui partageait la responsabilité d'un enfant entre son grand-père pour la tutelle aux biens et la compagne de son père (qui était le

l'intérêt de l'enfant le commandait, la désignation d'un tiers autre que les ascendants¹. Ainsi, Madame le professeur GOUTTENOIRE considère qu'« en cas de décès brutal, il serait peut-être judicieux d'envisager le beau-parent comme tuteur privilégié et de permettre au juge de le désigner comme dévolutaire de la tutelle légale de préférence aux grands-parents ». Plus réservée, Madame Edwige ANTIER met en avant « l'importance pour un enfant de connaître sa filiation et de cultiver ses acquis transgénérationnels ». Elle considère que revenir sur l'automaticité de l'attribution de la tutelle aux grands-parents reviendrait à « abolir ces efforts (...) à l'heure où tant de personnes âgées meurent isolées et où tant d'enfants manquent de racines ». Le rapport présidé par Monsieur BLOCHE et Madame PECRESSE privilégiait une solution médiane. Sans revenir sur le principe de l'octroi de la tutelle à un ascendant, le Conseil de famille présidé par le juge des tutelles pourrait déroger à cette désignation au profit d'un tiers qui aurait participé à son éducation. Cette solution présenterait notamment l'avantage d'éviter la prise en charge par des ascendants trop âgés d'un très jeune enfant, particulièrement lorsque ce dernier entretient déjà des liens étroits avec son beau-parent. La solution serait même à privilégier lorsque l'enfant a vécu pendant plusieurs années avec le beau-parent qui continue à élever les demi-frères et demi-sœurs. La prise en charge matérielle de l'enfant coïnciderait aussi avec la personne qui assure sa tutelle, en évitant la fragmentation de l'exercice de l'autorité parentale. Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, la loi du 5 mars 2007 prévoit désormais que s'« il n'y a pas de tuteur testamentaire ou si celui qui a été désigné en cette qualité vient à cesser ses fonctions, le conseil de famille désigne un tuteur au mineur ». La nomination du tuteur par le conseil de famille permet ainsi une approche favorable au beau-parent.

269. La délégation imposée aux parents. Les père et mère peuvent se voir retirer totalement ou partiellement l'autorité parentale dans plusieurs cas de figure : lorsqu'ils 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 enfant². En dehors de toute condamnation pénale, ils le sont encore lorsqu'ils mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant, soit par de mauvais traitements, soit par une consommation habituelle

dernier mourant des parents) pour la tutelle à la personne, afin de confier l'intégralité de la tutelle à son grand-père, mais a maintenu le choix de la juridiction inférieure consistant à confier son éducation à sa mère sociale. Dans le même sens, la désignation d'un tuteur ne pouvant être faite que sous la forme d'un testament ou d'une déclaration spéciale devant notaire, la Cour de cassation avait décidé qu'une personne désignée comme tuteur par la mère sans le respect de ces formes ne pouvait être nommée tuteur et que cette mission devait être confiée au grand-père de l'enfant. En revanche, elle a accepté que, conformément à la volonté de la mère et dans l'intérêt de l'enfant, l'éducation de celui-ci soit confiée au tiers qu'elle avait désigné.

¹ I. THERY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, rapp. précit.*, p. 218.

² Art. 378 du Code civil. Depuis l'adoption de la loi relative à la protection de l'enfance le 14 janvier 2016, et en application de l'article 379, la juridiction amenée à se prononcer sur le retrait de l'autorité parentale doit également se prononcer sur le retrait de celle-ci à l'égard des autres enfants mineurs déjà nés au moment du jugement (art. 379 al. 1).

et excessive de boissons alcooliques ou un usage de stupéfiants, soit par une inconduite notoire ou des comportements délictueux¹, soit encore par un défaut de soins ou un manque de direction. Enfin, lorsqu'une mesure d'assistance éducative a été prise à l'égard de l'enfant et que pendant plus de deux ans, les parents se sont volontairement abstenus d'exercer les droits et de remplir les devoirs qu'ils avaient, le retrait de l'autorité parentale peut être prononcé². Les cas de délégation forcée ne constituent pas une sanction, mais ont pour objet de conférer des prérogatives au tiers lorsque l'intérêt de l'enfant le commande, voire lorsque le(s) parent(s) renonce(nt) ou sont incapables de s'en occuper. Il ne s'agit nullement d'une délégation définitive, la place de l'enfant étant auprès de ses parents. En prononçant le retrait total ou partiel de l'autorité parentale, le tribunal confie l'enfant à l'assistance sociale éducative ou désigne un tiers auquel l'enfant est provisoirement confié³. À cet égard, l'article 38 de la loi relative à la protection de l'enfance⁴ a procédé à la modification de l'article 377 du Code civil. En cas de désintérêt manifeste des parents à l'égard de l'enfant, le nouvel alinéa 3 de ce texte dispose que « le juge peut également être saisi par le ministère public, avec l'accord du tiers candidat à la délégation totale ou partielle de l'exercice de l'autorité parentale, à l'effet de statuer sur ladite délégation. Le cas échéant, le ministère public est informé par transmission de la copie du dossier par le juge des enfants ou par avis de ce dernier ». C'est là incontestablement une disposition en faveur du tiers qui souhaiterait se voir confier l'enfant. Dans le cadre d'une délégation partielle, le tiers se voit transférer certains droits -tels le droit de garde, le droit à la surveillance et l'accomplissement des actes usuels- tout en maintenant au profit des parents les droits parentaux relatifs à l'éducation et à la santé de leur enfant. En revanche, lorsqu'il s'agit d'une délégation totale, l'exercice de l'ensemble des droits de l'autorité parentale est transféré au tiers, à l'exception du droit de consentir à l'adoption de l'enfant. Si les parents justifient de circonstances nouvelles, ces derniers peuvent demander par voie de requête au juge aux affaires familiales la restitution de leurs droits. L'ancien délégataire peut, lorsque les parents sont réinvestis de l'intégralité de leur autorité parentale, se voir accorder un droit de visite et d'hébergement.

Le tiers peut également requérir l'organisation d'une tutelle. Mais de la même manière, les parents disposent d'une action en restitution de leurs droits en cas de circonstances nouvelles⁵. Dans ce contexte, le rapport de Madame le professeur GOUTTENOIRE¹ préconise

¹ Art. 378-1 al. 1 du Code civil.

² Art. 378-1 al. 2 du Code civil.

³ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 23 sept. 2015, n° 14-16.425. Dans cet arrêt, un enfant victime de violences de la part de ses parents a été admis en qualité de pupille de l'état. Sa grand-mère maternelle forme un recours en annulation de l'arrêté, demandant une délégation de l'autorité parentale et l'hébergement de l'enfant. Ses demandes ainsi que son pourvoi en cassation ont été rejetées. Pour la Cour de cassation, la qualité de grand-mère maternelle, en l'absence de l'existence de liens avec l'enfant dès la naissance, ne suffisait pas à justifier la délégation de l'autorité parentale à son profit. Cf. M. DOUCHY-OUUDOT, *chron. contentieux fam.*, D., 2016, p. 674.

⁴ L. n° 2016-297 du 14 janvier 2016 relative à la protection de l'enfance, *J.O.*, 15 mars 2016.

⁵ Article 381 du Code civil.

de prendre en compte le rôle du tiers lié à l'enfant protégé, notamment lorsque le retour de l'enfant au sein de sa famille est improbable.

270. La mesure d'assistance éducative ordonnée par le juge. Dans le cadre d'une mesure d'assistance éducative, s'il est nécessaire de retirer l'enfant de son milieu actuel², le juge des enfants peut décider de confier l'enfant à l'autre parent, à un autre membre de la famille ou à un tiers digne de confiance³. Il peut également le confier à un service ou à un établissement sanitaire ou d'éducation ou au service de l'aide sociale à l'enfance⁴. Le juge des enfants reste maître du choix du placement et peut rejeter la demande⁵ d'un tiers qui souhaite se voir confier l'enfant si cela ne semble pas conforme à son intérêt. La catégorie du « tiers digne de confiance » visée par le texte s'entend très largement, ce dernier ne devant justifier d'aucune qualité particulière dès lors que la mesure répond à l'exigence de conformité à l'intérêt de l'enfant. Lorsqu'il est confié à un service, c'est à celui-ci que revient la décision de déterminer le mode de placement de l'enfant (foyer ou famille d'accueil) et le choix des parents nourriciers. Le juge des enfants peut cependant donner des indications, notamment en demandant un placement proche du domicile des parents ou l'absence de séparation de la fratrie. Lorsqu'il est confié à l'Aide sociale à l'enfance, le juge des enfants peut imposer l'orientation du mineur en famille d'accueil. Même en cas de placement de l'enfant par le juge, le principe demeure l'exercice par les parents des prérogatives parentales non incompatibles avec la mesure. Lorsque l'enfant est confié à un tiers, les parents ne disposent plus du droit de garde de l'enfant, ni parfois de droit de contact ; ils conservent en revanche les autres prérogatives, notamment celles liées aux actes graves. Le tiers peut accomplir les actes usuels nécessaires relatifs à l'éducation ou à la surveillance de l'enfant.

¹ A. GOUTTENOIRE, *Quarante propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui*, rapp. précit. ; V. aussi A. GOUTTENOIRE, « Favoriser l'adoption simple de certains enfants placés », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire NEIRINCK*, Paris, LexisNexis, 2015, pp. 514-522.

² Art. 375-2 du Code civil.

³ Art. 375-3, 2° du Code civil. Voir les récentes recommandations du Défenseur des droits en faveur du tiers digne de confiance, *Lettre du Défenseur des Droits*, décision MDE 2014-134 du 29 septembre 2014, n° 12, nov. déc., pp. 13-14. Dans le cadre du placement d'un enfant en assistance éducative, le Défenseur des droits regrette que la décision de confier celui-ci à un tiers digne de confiance -dans l'attente de sa réintégration au sein de sa famille- est rarement envisagée en première solution, les JAF n'ayant recours à cette option que dans 6% des placements. À l'occasion des évaluations de placement d'un enfant, le Défenseur des droits recommande qu'il soit procédé, en amont du placement, à la recherche de « personnes dans l'entourage ou dans la famille, susceptibles d'accueillir l'enfant et leurs capacités à en assumer sa protection et son éducation. Ces personnes devraient être aidées, dès que nécessaire, dans les responsabilités éducatives qui leur sont confiées ». Ne faisant actuellement l'objet d'aucun suivi, le Défenseur des droits recommande que ce placement fasse « l'objet d'un suivi et d'un examen régulier afin de s'assurer du bon déroulement de la mesure, de l'évolution de la situation de l'enfant et de la nécessité de la poursuite de la mesure d'assistance éducative ».

⁴ En ce sens, cf. la proposition de loi n° 2016-297 du 14 mars 2016, relative à la protection de l'enfant, *J.O.*, 15 mars 2016.

⁵ Art. 375 du Code civil.

§2) La dimension patrimoniale liée à la recomposition familiale

271. La volonté individuelle au cœur de la relation beau-parentale. Centrale dans la relation beau-parentale, la question de la transmission des biens n'est pourtant pas légalement réglemantée. Les dispositions du droit successoral concernent uniquement la vocation successorale du conjoint survivant. Ni le partenaire, ni le concubin ne sont pris en compte par le droit successoral. C'est dans ce contexte qu'est intervenue la loi du 23 juin 2006¹, dont l'objet est de proposer plusieurs procédés permettant la transmission des biens au sein des familles recomposées (A). Le degré d'affection² porté par le beau-parent pour l'enfant constituera l'indicateur de choix dans la transmission patrimoniale. De la même manière, l'absence légale d'une obligation alimentaire entre le beau-parent et l'enfant reposera, une fois de plus, sur le pouvoir de la volonté du beau-parent (B).

A) La nécessité d'une stratégie patrimoniale adéquate

272. L'influence du choix de la structure conjugale. Lorsque la famille recomposée est fondée sur le mariage, les mécanismes issus des règles du régime matrimonial peuvent dans certains cas favoriser une transmission des biens du couple au profit des enfants -communs ou non- (1). Lorsqu'elle n'est pas fondée sur le mariage, la transmission des biens souffre de l'absence de règles successorales et d'une fiscalité des donations peu avantageuses. C'est à ces difficultés que la loi du 23 juin 2006 tente de remédier, par la mise en place d'outils favorisant la transmission patrimoniale au sein des familles recomposées (2).

1- Le choix du régime matrimonial

273. Insuffisance des règles issues du droit successoral. En droit positif, le bel-enfant ne constitue ni un héritier réservataire ni un héritier légal. L'article 735 du Code civil³, bien qu'il prévoie l'égalité de tous les enfants pour venir à la succession de leurs parents, vise expressément les enfants du défunt et non ses beaux-enfants. Pour qu'un bel-enfant puisse prétendre à la succession de son beau-parent, un lien de sang entre eux est

¹ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, *J.O.*, 26 juin 2006. Pour les commentaires relatifs à cette loi, V. N. PETERKA, « Les retouches à la dévolution successorale, à propos de la loi du 23 juin 2006 », *Rev. dr. fam.*, 2007, étude 52 ; P. CATALA, « Le droit successoral, entre son passé et son avenir », in *Le monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de Jacques FOYER*, Paris, Economica, 2008, p. 229-240.

² Il est d'ailleurs étonnant que l'on cherche à faire établir un lien vertical entre le beau-parent et l'enfant sur la base du critère affectif alors que le lien horizontal unissant le beau-parent au parent est de plus en plus précaire et sa dissolution facilitée par le législateur. Selon les statistiques, cette précarité touche encore plus les familles recomposées ayant contracté mariage. Elle l'est davantage plus lorsque le couple n'est pas marié.

³ L'article dispose que « les enfants ou leurs descendants succèdent à leur père et mère ou autres ascendants, sans distinction de sexe, ni de primogéniture, même s'ils sont issus d'unions différentes ».

nécessaire. Outre l'adoption simple¹ qui permet de faire de l'adopté un successible au même titre que les enfants de l'adoptant, la technique du testament, bien qu'envisageable, présente l'inconvénient de ne permettre le legs qu'à concurrence de la quotité disponible au profit des tiers non appelés à la succession², et ne se révèle pas suffisamment protectrice.

274. Les mécanismes issus du régime matrimonial : un choix déterminant. Il semble toutefois que l'enfant non commun puisse hériter indirectement de son beau-parent. Lorsqu'ils sont mariés, le beau-parent et son conjoint héritent l'un de l'autre. Si le conjoint parent décède après le beau-parent, et toutes les fois où ce dernier aura de son vivant gratifié son conjoint de libéralités -dans un régime séparatiste par exemple-, celles-ci permettront à terme de venir enrichir la part successorale de l'enfant. Lorsque le couple est soumis au régime de communauté légale, l'enfant hérite de son parent qui aura au préalable hérité de son conjoint. Il peut alors trouver dans la succession de son auteur les profits réalisés par son beau-parent, dès lors qu'ils auront enrichi la masse commune des époux. Cet enrichissement sera d'autant plus important que la contribution du beau-parent aura constitué la principale source de revenus de la famille, et que le régime matrimonial ayant existé entre eux est celui de communauté universelle. Dans le cadre de ce régime, et par « la stipulation d'une communauté universelle sans clause d'attribution intégrale au survivant, un époux peut tenter de donner un substitut de vocation successorale aux enfants de son conjoint, tout en évitant les obstacles civils et fiscaux liés aux libéralités »³. En effet, au décès du premier des deux conjoints, les biens communs sont partagés par moitié entre la succession du *de cuius* et le survivant d'entre eux. Si le beau-parent décède en premier alors qu'il a contribué de façon importante à enrichir la communauté, le parent survivant profite de cet enrichissement et peut choisir de le transmettre à ses enfants, héritiers réservataires. L'enfant non commun peut alors recueillir la moitié des biens qui composaient l'ancienne communauté. Si à l'inverse le parent décède en premier, l'absence d'une clause d'attribution intégrale au profit du survivant permet à la moitié des biens de la communauté de revenir à la succession du parent décédé afin que ses héritiers -enfants non

¹ A. HOUIS, « L'adoption simple de l'enfant du conjoint. Comment l'avantager ? En le faisant sien ? », *JCP, N*, 1997, Prat. n° 4089, p. 919. Fiscalement, l'adoption simple de l'enfant du conjoint bénéficie d'un régime particulier. Si l'article 786 du Code général des impôts dispose que « pour la perception des droits de mutation à titre gratuit, il n'est pas tenu compte du lien de parenté résultant de l'adoption simple, l'article 786-1° de ce même Code prévoit une exception à ce principe dans l'hypothèse où l'adoptant est le conjoint du parent de l'enfant. L'enfant adopté est alors assimilé à l'enfant commun du couple, et bénéficie du régime fiscal des mutations à titre gratuit en ligne directe (celui-ci peut varier de 5 à 45% en ligne directe). Cette situation exclut donc l'hypothèse du beau-parent concubin qui adopte l'enfant de sa compagne. Le taux applicable aux droits de mutation est celui prévu entre étrangers : 60%. Néanmoins, l'article 786-3° permet de façon restrictive à l'adopté de bénéficier d'un tarif fiscal avantageux. Lorsque ce dernier a reçu des secours et des soins de l'adoptant pendant cinq années durant sa minorité de façon ininterrompue, il peut parfois, bénéficier de la faveur d'un tel régime.

² Ajouté à cela que les legs ne s'exécutent qu'après les donations, dont celles consenties hors part successorale ou à des tiers.

³ S. FERRE-ANDRE, « La communauté universelle et les enfants des époux », *Defrénois*, 1993, I, art. 35455, p. 193.

communs- puissent les recueillir, l'autre moitié profitant au conjoint survivant, donc au beau-parent. Dans l'un et l'autre cas, les enfants non communs ont vocation à recevoir une part des biens de leur parent, ou bénéficiaire du profit généré grâce à leur beau-parent durant la vie commune avec son conjoint. Encore faut-il que les époux aient opté pour un tel régime, -ce qui est souvent le cas lorsque le beau-parent n'a pas de descendants-, et qu'il soit expressément stipulé que la clause d'attribution intégrale n'opère pas de façon bilatérale, en ne jouant que lorsque le conjoint survivant est le parent des enfants.

Lorsque le beau-parent a des enfants issus d'un premier lit, le régime de communauté universelle peut encore favoriser une transmission égale au profit de chacun d'eux. Un exemple en a été donné lors du Congrès des notaires de France¹ : deux époux veufs et remariés sous le régime légal avaient des enfants communs et un enfant non commun issu du premier mariage de l'épouse. Le mari disposait d'un patrimoine important -ce qui n'était pas le cas de l'épouse- et la communauté n'était constituée que du logement familial. Au décès de l'un d'eux, l'enfant non commun recueillait nécessairement une part moindre que ses demi-frères et sœurs, ce que ni le couple ni les enfants ne souhaitaient. L'adoption du régime de communauté universelle par le couple permit alors à l'enfant non commun de profiter des biens de son beau-parent, en privilégiant un partage équitable des biens du couple entre les enfants de la famille recomposée.

Bien qu'elles existent, ces solutions demeurent des procédés indirects d'enrichissement effectués au profit du conjoint ayant partagé la vie du beau-parent. Elles ne permettent pour autant pas de s'assurer de l'existence d'un patrimoine transmissible au profit des enfants. Un enfant pourra espérer indirectement recueillir le profit réalisé par son beau-parent lorsque celui-ci est décédé en premier, alors que cette possibilité lui sera fermée si c'est son parent qui décède en premier² et que le régime matrimonial des époux est le régime légal. Outre qu'elle peut conduire à de fâcheux comportements, cette situation crée de fortes inégalités dans la famille recomposée au sein de laquelle tous les enfants auront été traités de manière égale du vivant du couple. Lorsque l'enfant commun du couple a vocation à recueillir la part que la loi lui accorde en qualité d'héritier réservataire³, l'enfant non commun ne pourra être appelé à la succession que lorsque son

¹ *Le statut matrimonial du Français*, 75^{ème} Congrès des Notaires de France, du 7 au 10 mai 1978, Paris, Librairies techniques, 1978.

² Sauf si le beau-parent survivant renonce à une partie des biens à laquelle il a droit afin qu'elle profite à l'enfant non commun en vertu de l'article 1094-1 du Code civil. En vertu de cet article, « sauf stipulation contraire du disposant, le conjoint survivant peut cantonner son émoulement sur une partie des biens dont il a disposé en sa faveur. Cette limitation ne peut être considérée comme une libéralité faite aux autres successibles ». Cette possibilité constitue une dérogation au principe d'indivisibilité de l'option successorale, et présente l'avantage de constituer une sorte de transmission du parent décédé par l'intermédiaire du conjoint survivant. Elle évite donc de s'acquitter d'une imposition trop élevée au cas où elle serait considérée comme provenant directement du beau-parent.

³ La part réservée à l'enfant commun issu du couple peut représenter la moitié des biens s'il est son seul descendant, et le défunt ne peut l'en priver.

propre parent décède. Seul au demeurant, le régime de communauté universelle semble à même de garantir une égalité entre les enfants issus de familles recomposées.

275. La transmission des biens du beau-parent par l'intermédiaire de son conjoint. La transmission entre conjoints présente un intérêt certain. Non seulement ceux-ci ont la faveur d'un régime fiscal leur permettant une transmission des biens dans des conditions optimales, mais ils bénéficient aussi de la quotité disponible spéciale entre eux. Lorsque le beau-parent n'a pas d'enfants, il peut décider de transmettre ses biens à son conjoint qui les transmettra ensuite à ses enfants. L'absence de quotité disponible spéciale entre les concubins ou partenaires exclut le recours à ce procédé, l'administration fiscale les considérant comme des étrangers l'un à l'autre et leur applique le taux d'imposition conséquent de 60%. Depuis 2007, la loi TEPA¹ a accentué cette différence de régime. À son décès, le beau-parent marié peut transmettre ses biens au conjoint survivant sans jamais être imposé, alors que le beau-parent concubin sera toujours autant taxé par l'administration fiscale. Le régime juridique du Pacs ayant peu à peu été aligné sur celui du mariage, le beau-parent pacsé est fiscalement traité depuis 2007 de la même manière que le beau-parent marié quant aux abattements et l'application des taux pour les donations entre vifs². De la même manière, la partenaire survivant est exonéré de droits de succession. Lorsque le choix du régime matrimonial n'a pas été mûrement réfléchi, la volonté d'établir une égalité entre les enfants du couple peut être contrariée. Il importe donc de remédier à cette situation du vivant du couple. La transmission anticipée du patrimoine³ permettrait d'atteindre un tel objectif.

2- La transmission anticipée du patrimoine

276. Les libéralités-partage avant 2006. Avant la loi du 23 juin 2006, les libéralités partage permettaient aux parents de partager leurs biens de leur vivant entre les enfants. L'article 1075 du Code civil⁴ ne visant que les « héritiers présomptifs », la disposition ne s'adaptait pas aux familles recomposées. Les donations-partages conjonctives permettaient aux parents de donner par acte unique leurs biens communs et leurs biens propres à leurs enfants, sans distinction pour l'allotissement de chacun. Dans le contexte des recompositions familiales, la question se posait de savoir si l'enfant non commun pouvait

¹ Loi TEPA n° 2007-1223 du 21 août 2007, *J.O.*, 22 août 2007, p. 13945.

² Art. 796-0 bis du Code général des impôts pour la transmission par décès, 777 et 790 F pour les donations entre vifs.

³ V. en ce sens : M. NICOD, « L'anticipation de la succession », *JCP, N*, 2006, n° 12, 1136 ; N. PETERKA, « Les libéralités graduelles et résiduelles, entre rupture et continuité », *D.*, 2006, 2580 ; S. OLIVIER, « La transmission anticipée du patrimoine : aspects civils et fiscaux », *JCP, N*, 6 juil. 2012, n° 27, act. 691 ; F. LUZU, N. LE GALL, « Transmettre dans les familles recomposées ou l'art du compromis », *JCP, N*, 29 juin 2012, n° 26, 1280 ; V. ZALEWSKI-SICARD, « Familles recomposées et transmission », *JCP, N*, 10 mai 2013, n° 19, 1130.

⁴ « Toute personne peut faire, entre ses héritiers présomptifs, la distribution et le partage de ses biens et de ses droits ».

se prévaloir de cette technique. Un arrêt du 14 octobre 1981¹ avait tenté de répondre à la question, mais la solution posée par la Haute Cour avait néanmoins divisé la doctrine. Une partie estimait que la Cour de cassation condamnait la donation-partage en présence d'enfants de lits différents, les biens communs ne pouvant être transmis aux enfants non communs. Pour d'autres à l'inverse, la donation-partage était possible à condition que chaque enfant soit alloti des propres de son auteur ou des biens communs, mais jamais des propres du conjoint. Les biens propres détenus par un époux ne pouvaient valablement être transmis au profit de l'enfant non commun, au risque de porter atteinte aux règles du droit de propriété. De plus, l'absence d'un lien de parenté entre le beau-parent et l'enfant ne permettait pas de faire application de l'article 1075 du Code civil, l'enfant non commun n'étant pas cet « héritier présomptif » exigé par le texte. C'est pourquoi l'acte de partage ne pouvait, dans tous les cas, indistinctement porter sur l'ensemble des biens des deux époux. L'exposé des motifs du projet de loi, préalable à son adoption en 2006, a d'ailleurs insisté sur l'objectif de la réforme, à savoir « clarifier la situation en permettant à des enfants issus d'unions différentes de participer à une même donation partage pour y recevoir, de leur parent seulement, des biens personnels ou communs ». Favorable à cette solution, la loi du 23 juin 2006 a été la traduction du principe de conservation des biens dans la famille.

277. La donation-partage conjonctive² issue de la loi de 2006. Instrument de partage des biens du couple, cette forme particulière de donation n'a pas pour objet la transmission directe des biens du beau-parent à l'enfant du conjoint. L'exposé des motifs du projet de loi est sans ambiguïté sur ce point. Néanmoins, son but est de traduire sur le plan patrimonial l'affection que chaque parent voue aux enfants de la famille recomposée. La volonté individuelle est donc mise au cœur du dispositif de partage afin d'assurer l'égalité des enfants. L'article 1076 du Code civil dispose qu'« en cas de donation-partage faite conjointement par deux époux, l'enfant non commun peut être alloti du chef de son auteur en biens propres de celui-ci ou en biens communs, sans que le conjoint puisse toutefois être co-donateur des biens communs ». L'article pose donc une double condition pour procéder à une donation-partage conjonctive : chaque enfant doit être alloti du chef de son auteur, et celui-ci ne peut l'être qu'en biens propres de son auteur ou en biens

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 14 oct. 1981, Juris-Data n° 1981-0003018; *Bull. civ.*, I, 1981, n° 292; *D.*, 1982, IR., 236, obs. D. MARTIN; *Defrénois*, 1982, art. 32582, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.*, 1982, p. 646, obs. J. PATARIN; *JCP, N*, II, 1983, p. 54, note P. RÉMY.

² Prévus à l'art. 1076-1 du Code civil, la donation-partage conjonctive est un acte aux termes duquel les donateurs confondent tout ou partie de leurs biens respectifs en une masse unique pour les partager entre leurs présomptifs héritiers, censés être allotis par chacun des donateurs, sans égard pour l'origine des biens, en proportion de la contribution de chacun d'eux dans la masse des biens partagés. Néanmoins, cette forme de donation n'est offerte qu'à des époux mariés sous un régime communautaire, et chaque époux ne peut donner qu'à ses enfants. Dès lors, les enfants qui ne seraient pas communs aux deux époux ne peuvent recevoir que des biens communs ou propres de leur auteur. V. sur ces donations : M. KLAA, « Donation-partage conjonctive de biens communs et enfants de lits différents », *JCP, N*, n° 6, 8 fév. 2008, 1068 ; M. GRIMALDI, « Des donations-partages et des testaments partages au lendemain de la loi du 23 juin 2006 », *JCP, N*, 2006, I, 179 ; R. LE GUIDE, « Les libéralités-partages », *D.*, 2006, 2584.

communs, mais jamais en biens propres de l'autre conjoint. L'enfant commun ne peut donc rien recevoir du chef de son beau-parent, et les biens communs qu'il peut recevoir nécessitent l'accord du conjoint¹. Dans les familles recomposées, ce procédé est toutefois soumis à de nombreuses conditions qui en limitent la portée. Pour être réalisable, la donation-partage au profit de l'enfant non commun ne peut porter que sur les biens propres de son auteur -sur lesquels il a déjà une vocation successorale-. Si elle a pour objet les biens communs au couple, l'accord de l'autre conjoint est nécessaire. Dans ce cas de figure, l'article 1437 du Code civil prévoit une récompense à la communauté toutes les fois où l'un des époux en a tiré un profit personnel. Bien que le profit ne soit pas établi de façon directe au bénéfice du parent donateur, il est admis en jurisprudence que le simple prélèvement de biens ou de deniers sur la communauté suffit à fonder le droit à récompense². La donation est, au demeurant, supportée à titre définitif par le parent donateur. Avec Madame LESTIENNE-SAUVE³, il ressort qu'une telle donation-partage ne constitue pas une « faveur » concédée à la famille recomposée. Pour qu'elle le soit, une partie de la doctrine préconise, lors de la donation de biens communs en la forme conjonctive, de supprimer le compte de récompenses et la renonciation anticipée des enfants réservataires à l'action en réduction⁴. Ce n'est que de cette façon que seront favorisées les libéralités faites au conjoint, partenaire, ou concubin. Pour l'heure, si la donation-partage conjonctive n'emporte pas tous les suffrages, le législateur propose d'autres outils de transmission du patrimoine.

278. Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles. La pratique des libéralités graduelles⁵ et résiduelles⁶ favorise la transmission patrimoniale au sein des familles recomposées. Ces libéralités peuvent prendre la forme d'une donation ou celle d'un legs. La principale différence entre ces deux types de libéralités réside dans la nature

¹ L'article 1422 du Code civil dispose que « les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, disposer entre vifs, à titre gratuit, des biens de la communauté ».

² Cass. civ. 1^{ère} 8 fév. 2005 : Avec cet arrêt, la Cour de cassation a modifié la répartition de la charge de la preuve du profit retiré par la communauté. Auparavant, une double condition tenant à l'exigence d'un enrichissement et d'un appauvrissement corrélatif des patrimoines était nécessaire. Désormais, la preuve de l'encaissement par la communauté suffit, et c'est à l'époux qui conteste la dette de récompense d'établir l'absence de profit, ce qui suppose d'établir l'usage précis qui a été fait des sommes litigieuses. Cette décision a par la suite été confortée par un autre arrêt du 22 novembre 2005. Il s'agit aujourd'hui d'une sorte de présomption de profit, et c'est au conjoint qui réfute cette récompense d'administrer la preuve contraire.

³ Pour l'auteur, « le parent recomposant qui souhaite donner un bien commun à son enfant non commun doit en prendre conscience : son époux ne sera jamais codonateur, c'est lui seul qui supportera de manière définitive le poids de la dette. La loi de 2006 n'a certainement pas ici permis au beau-parent de faire une libéralité à son bel-enfant. Elle n'a pas accordé de faveur à la famille recomposée : au mieux, elle a ouvert une simple commodité d'allotissement ». L. LESTIENNE-SAUVE, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, op. cit., p. 585, spec. 974.

⁴ Art. 929 du Code civil.

⁵ Article 1048 du Code civil.

⁶ Ces libéralités existaient déjà sous l'ancien droit français, notamment au profit des secondes familles lorsque, à son décès, l'époux souhaitait léguer ses biens à sa veuve afin que celle-ci les transmette à ses enfants. En ce sens : J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, op. cit., §928-935.

des pouvoirs accordés au survivant. Lorsqu'elle est graduelle, le premier bénéficiaire -dit « grevé »- doit conserver le bien afin de le transmettre à son décès au second bénéficiaire – l' « appelé »-. L'obligation de conservation qui pèse sur le grevé lui impose de conserver le bien en nature et pas seulement en valeur. Cette exigence permet au principe de conservation des biens dans la famille d'être assuré en favorisant à la fois le beau-parent et ses propres enfants. L'appelé doit accepter la libéralité sous forme d'acte authentique¹. L'article 1049 du Code civil précise que la libéralité « ne peut produire son effet que sur des biens ou des droits identifiables à la date de la transmission et subsistant en nature au décès du grevé ». Néanmoins, une exception est posée par l'alinéa 2 du même article lorsque la libéralité porte sur des valeurs mobilières. Afin de ne pas nuire à la gestion du portefeuille de titres, le texte prévoit que « la libéralité produit son effet, en cas d'aliénation, sur les valeurs mobilières qui y sont subrogés ». Bienvenue au sein des familles recomposées, cette technique assure au décès du beau-parent des biens au profit des enfants non communs, lorsque dans le même temps les enfants communs peuvent avoir la qualité d'héritiers réservataires. Il peut donc être parvenu à une certaine égalité grâce à cet instrument.

Lorsqu'elle est résiduelle², la libéralité bénéficie successivement à deux bénéficiaires désignés. Le premier a pour seule obligation de transmettre à son décès le reliquat des biens qu'il a reçu au profit du second bénéficiaire. Il peut donc librement disposer du bien et n'est obligé de le conserver ni en nature, ni en valeur³. Le second bénéficiaire désigné ne reçoit que le *residuum*. Néanmoins, ses droits rétroagissent au jour où le disposant a consenti la donation pour les tenir directement de ce dernier⁴. Lorsque le bien objet de la libéralité a été vendu, les droits du second bénéficiaire ne se reportent ni sur le produit de cette vente, ni sur le bien qui y serait subrogé⁵. Le premier bénéficiaire dispose ainsi d'une liberté accrue dans la gestion des biens reçus. Cette liberté est en réalité le corollaire d'une confiance que le parent met en la personne du beau-parent. Afin de garantir l'intérêt de l'enfant, ce dernier peut gérer les biens reçus en *bon père de famille* afin de les faire fructifier pour qu'ils bénéficient à l'enfant lors de son décès. Ces techniques permettent de conférer des droits au nouveau conjoint, partenaire ou concubin tout en ménageant un retour des biens en faveur des enfants nés d'une précédente union. Si l'objectif est de conserver un bien dans la famille, la donation pourra être graduelle. Si l'objectif est de conserver le maximum de souplesse et de droits pour le conjoint tout en préservant les droits des enfants, la donation gagnera à n'être que résiduelle.

¹ Article 1055 du Code civil : « l'auteur d'une donation, graduelle peut la révoquer à l'égard du second gratifié tant que celui-ci n'a pas notifié, dans les formes requises en matière de donation, son acceptation au donateur ».

² Art. 1057 du Code civil : « Il peut être prévu dans une libéralité qu'une personne sera appelée à recueillir ce qui subsistera du don ou legs fait à un premier gratifié à la mort de celui-ci ».

³ L'article 1060 précise à cet égard que « le premier gratifié n'est pas tenu de rendre compte de sa gestion au disposant ou à ses héritiers ».

⁴ Art. 1051 et 1061 du Code civil.

⁵ Art. 1058 al. 2 du Code civil.

279. La fiscalité des libéralités graduelles et résiduelles. Lorsque la libéralité est faite sous forme de legs, le beau-parent conjoint ou partenaire pacsé n'a pas depuis la loi TEPA, de droits de succession à acquitter. L'article 790-0 *bis* du CGI dispose que « sont exonérés de droits de mutation par décès le conjoint survivant et le partenaire lié au défunt par un pacte civil de solidarité ». Lorsque la transmission prend la forme d'une donation entre vifs, elle est soumise aux conditions fiscales propres aux donations entre époux ou partenaires pacsés¹. Dans l'une ou l'autre de ces situations, le régime fiscal est favorable en raison de la taxation d'une seule transmission. L'article 784 du Code général des impôts dispose que « Dans le cas de libéralités graduelles ou résiduelles (...), lors de la transmission, le légataire ou le donataire institué en premier est redevable des droits de mutation à titre gratuit sur l'actif transmis dans les conditions de droit commun. Le légataire ou donataire institué en second n'est redevable d'aucun droit. Au décès du premier légataire ou donataire, l'actif transmis est taxé d'après le degré de parenté existant entre le testateur ou le donateur et le second légataire ou donataire. Le régime fiscal applicable et la valeur imposable des biens transmis au second légataire ou donataire sont déterminés en se plaçant à la date du décès du premier gratifié. Les droits acquittés par le premier légataire ou donataire sont imputés sur les droits dus sur les mêmes biens par le second légataire ou donataire ». L'idée centrale de ce mécanisme est qu'il s'agit d'un acte unique -donc un seul transfert de propriété- comportant une condition résolutoire liée au prédécès du premier gratifié, et une condition suspensive attachée à l'existence d'un reliquat lors du décès. Le premier bénéficiaire demeure tenu des droits de mutation à titre gratuit, mais le second n'a, à ce moment là, rien à payer. En revanche, au décès du premier bénéficiaire, l'actif transmis au second est taxé selon le degré de parenté existant entre le donateur initial et le second bénéficiaire. Le régime fiscal applicable et la valeur imposable des biens transmis sont déterminés selon les règles et taux en vigueur à la date du décès du premier gratifié, qui correspond à la date de la réalisation de la condition. Ainsi, un homme souhaitant effectuer une donation de bien à son conjoint, lequel devra le transmettre par la suite à son propre enfant sera soumis à l'abattement favorable prévu entre époux, le dépassement restant à la charge du conjoint. Au décès du conjoint, l'enfant reçoit le bien - ou ce qu'il en reste- et doit à son tour payer des droits de mutation. En vertu de la taxation unique, les droits acquittés par le premier bénéficiaire sont retranchés des droits dus sur le même bien par le second gratifié, et le taux de taxation applicable est celui applicable entre parent et enfant². En revanche, le recours tant à la libéralité graduelle que résiduelle ne semble pas être avantageux lorsque le beau-parent souhaite transmettre ses propres biens à son conjoint pour que celui-ci les transmette à son propre enfant. L'article 784 du CGI prend en compte le lien de parenté existant entre le donateur et le second gratifié, non pas

¹ L'article 790 E modifié par la loi n° 2012-958 du 16 août 2012 : « pour la perception des droits de mutation à titre gratuit entre vifs, il est effectué un abattement de 80 724 € sur la part du conjoint du donateur », et l'article 777 prévoit un faible taux de taxation pour les droits applicables en ligne directe (5 à 45 %).

² Au lieu des 60% applicables entre non parents.

le lien entre le premier bénéficiaire et le second. Le disposant n'étant pas le parent du second gratifié, il s'agit d'étrangers l'un à l'autre et le taux d'imposition dans ce cas est de 60%.

B) L'obligation naturelle aux aliments

280. L'absence légale d'obligation alimentaire entre beau-parent et enfant.

« Qui fait l'enfant doit le nourrir ». L'adage de LOYSEL fait naître une obligation morale d'entretien du fait de la parenté en ligne directe. L'article 203 du Code civil -relatif aux obligations du mariage- reprend cette obligation pour la faire figurer parmi les effets de la parenté. Ainsi, le lien de filiation établi entre l'enfant et son parent débouche sur un devoir d'entretien réciproque qui s'étend aux ascendants. Le beau-parent ne peut être tenu d'aucune obligation alimentaire¹ sur le fondement des articles 206 et 207 du Code civil car les termes de « gendre » et de « belle-fille » excluent l'hypothèse de l'enfant d'un premier lit, et la jurisprudence l'a depuis longtemps affirmé². Corrélativement, l'enfant devenu majeur n'est pas tenu de fournir des aliments au conjoint, concubin ou partenaire de son parent dans le besoin même si ce dernier l'a élevé durant plusieurs années, sauf devoir de conscience³. L'un comme l'autre peuvent verser volontairement des subsides en exécution d'une obligation naturelle.

281. L'existence d'une obligation naturelle. L'existence d'une « obligation naturelle » permettant de faire reconnaître une prise en charge par le beau-parent de son bel-enfant existe bel et bien dans les faits. Lorsqu'un beau-parent décide de subvenir aux besoins de l'enfant de son(sa) concubin(e) en dehors de toute obligation légale, il peut être jugé que celui-ci a accompli une obligation naturelle. Si elle est reconnue, l'obligation les empêche ensuite de récupérer les sommes dépensées, de même qu'elle en rend l'exécution forcée impossible. Seule la transformation de l'obligation naturelle en obligation civile en rend l'exécution forcée possible. Pour qu'elle le soit, l'obligation naturelle doit accéder à la juridicité, c'est-à-dire qu'elle doit être qualifiée d'obligation « civile » reconnue par le droit positif. Georges RIPERT considérait qu'en tant que devoir de conscience, l'obligation naturelle est « un devoir moral qui monte à la vie civile »⁴. La personne qui l'exécute doit pouvoir le faire spontanément bien qu'elle n'y soit pas tenue légalement. Dès lors, la

¹ Sur la notion, V. P. BERTHET, *Les obligations alimentaires et les transformations de la famille*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques, 2000.

² En ce sens : CA Grenoble, 10 fév. 1903, *Rev. dr. patrim.*, 1904, 2, 469 ; CA Paris, 31 juil. 1915, *Rev. dr. patrim.*, 1920, 2, 148 ; Cass. civ. 2^{ème}, 16 nov. 1978, *D.*, 1979, I.R., p. 148 ; CA Paris, 19 mai 1992, *D.*, 1993, somm. 47, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS.

³ Lorsqu'un beau-parent procède à l'adoption de l'enfant de son conjoint, ce devoir est vivifiée car l'adoption permet de créer un lien de parenté et produit des effets sur le plan financier. Réciproquement, l'adopté est tenu de verser des aliments à l'adoptant, sans que cette obligation ne soit étendue aux ascendants de l'adoptant.

⁴ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LDGJ, 1994, p. 375.

question se pose de savoir si le beau-parent, marié ou non, peut être tenu d'un devoir moral¹ de subvenir aux besoins de l'enfant de son conjoint/concubin ?

282. Le rôle joué par l'obligation naturelle. L'obligation naturelle trouve un terrain particulièrement fertile en matière familiale, car elle est « l'un de ces “outils” du droit (...) qui pourraient être amenés à jouer un rôle grandissant dans le jeu des solidarités familiales, par sa vocation à faire pièce aux actions en répétition ou en remboursement »². La jurisprudence l'a d'ailleurs très tôt reconnu. Dès 1955, elle a pu admettre qu'un père puisse être tenu d'une obligation naturelle d'entretien à l'égard de ses enfants adultérins, malgré l'interdiction d'établir leur filiation³. Dans le cadre du concubinage, le critère tiré du lien indirect d'alliance ne peut jouer. Néanmoins, dans une appréciation *in abstracto* du devoir moral, il ne serait pas inconcevable de reconnaître une telle obligation naturelle dans le prolongement de l'obligation alimentaire⁴. Pour certains auteurs, le devoir moral qui la fonde doit être de ceux « qui sont jugés, à un moment donné, par le législateur ou par les tribunaux, à la fois comme les plus conformes à l'intérêt général et comme les plus couramment reconnus dans l'opinion de la généralité des individus »⁵. Dans le même sens, Madame le professeur FENOUILLET considère que « les prétendus devoirs juridiques de conscience collective ne sont pas ceux imposés par la conscience du sujet de droit soumis à la règle, mais ceux imposés par la “conscience collective”, la règle morale »⁶. À titre d'exemple, la progression du nombre de familles vivant en union libre pourrait être considérée comme étant « conforme à l'intérêt général », à se fier à son succès auprès des couples. Il en découlerait cependant un abandon de la règle morale au profit du pouvoir de la volonté qui déterminera, *in concreto*, la conduite des individus. Cette idée rejoint l'approche de Monsieur le professeur MALAURIE pour qui « le fondement de l'obligation naturelle ne serait pas tellement le devoir moral mais la conscience que chacun s'en fait »⁷. Cette situation est symptomatique de la législation contemporaine, particulièrement en droit de la famille. Elle soulève notamment le débat relatif à l'affranchissement de la morale au profit de la loi civile, cher au doyen CARBONNIER. Toujours est-il qu'en

¹ S. HOCQUET-BERG, « La transformation d'une obligation naturelle de reconnaissance en obligation civile », (note sous cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995), *LPA*, 23 août 1996, n° 102, p. 9.

² M.-C. RONDEAU-RIVIER, « La situation de l'enfant dans le droit des obligations alimentaires », *LPA*, 1995, n° 53, p. 12.

³ Cf. loi du 5 juil. 1955 qui ouvre au profit des enfants adultérins une action alimentaire.

⁴ M. REBOURG, « Les prolongements de l'obligation alimentaire : obligation d'entretien et obligation naturelle », in *Obligation alimentaire et solidarités familiales, entre droit civil, protection sociale et réalités familiales*, L.-H. CHOQUET, I. SAYN (dir. de), Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 2000, p. 41.

⁵ M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, *Obligations*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1954, n° 982, p. 317.

⁶ D. LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, Paris, LGDJ, 1993, n° 172, p. 112.

⁷ P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, Paris, LGDJ, 7^{ème} éd., 2015, n° 1130.

l'absence d'obligation légale d'entretien¹ de l'enfant par son beau-parent, le devoir alimentaire constitue bel et bien un devoir moral. Il reviendrait donc au beau-parent de décider ou non, de prendre en charge l'enfant de son concubin. Dans le cadre du mariage, le rapport objectif² découlant du lien d'alliance unissant l'enfant à son beau-parent semble déjà favoriser une telle reconnaissance.

283. L'existence d'une contribution indirecte du fait de la vie commune. Les règles du régime primaire des conjoints imposent indirectement au beau-parent marié une contribution³ à l'entretien de l'enfant non commun. Sous cet angle, la résidence du beau-parent avec l'enfant constitue le critère déterminant l'existence d'une telle contribution. Entendue largement, la notion de charges du mariage⁴ comprend l'entretien d'un beau-parent à l'égard de l'enfant non-commun⁵ lorsque le couple est marié sous le régime légal⁶. Au plan de la contribution à la dette, cet entretien est inclu dans les charges du mariage⁷.

¹ Cf. néanmoins la législation allemande qui exclut expressément l'existence d'une telle obligation. Selon le paragraphe 1360 du BGB, la contribution des époux aux charges de la famille comprend « ce qui est nécessaire pour subvenir aux dépenses du ménage et satisfaire les besoins personnels des époux, ainsi que les besoins courants de leurs enfants communs ayant droit à des aliments ». Cette position s'expliquerait notamment par l'importance accordée au lien du sang dans la composition de la famille. À l'inverse, d'autres législations tel le droit néerlandais impose à l'époux l'entretien des enfants du ménage, voire -en droit anglais- fournir des aliments aux enfants qui font partie de la famille.

² H. FERKH, « Le rapport des obligations naturelles à la morale ou la tendance objective de la jurisprudence », *Gaz. Pal.*, 1997, 1, doct. 13.

³ V. en ce sens l'étude menée par la CNAF en 2002 dans l'agglomération toulousaine, qui conclut à l'existence au sein de toutes les familles recomposées d'une contribution de fait, peu importe son importance : A. MARTIAL, « L'argent dans les familles recomposées », Dossier d'étude n° 29, CNAF, Centre d'anthropologie, Université Toulouse le Mirail, fév. 2002.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 20 mai 1981, *Bull. civ.*, I, n° 176; *JCP, G*, IV, 1981, 281. V. Plus récemment la réaffirmation selon laquelle la résidence secondaire constitue une charge du mariage : Cass. civ. 1^{ère}, 18 déc. 2013, n° 12-17.420 ; *RJPF*, 2014, n° 2, comm. V. ÉGEA.

⁵ Bien qu'un arrêt de la Cour d'appel de Paris ait décidé que l'entretien de l'enfant n'entre dans les charges du mariage que s'il s'agit d'un enfant commun aux deux époux. Néanmoins, il semblerait que cette décision se soit particulièrement attachée aux faits de l'espèce et qu'il est difficilement admissible de l'ériger en principe général. CA Paris, 25 sept. 1986, *D.*, 1987, 134, note D. MAYER et P. CALE. Sur cet arrêt, V. L. ESTIENNE-SAUVE, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, op. cit., p. 221-222. V. aussi M.-C. RONDEAU-RIVIER, « La contribution spontanée dans les familles recomposées », in *L'enfant, la famille et l'argent*, Actes des journées d'étude du 13 et 14 décembre 1990, LERADP, Université de Lille II, LGDJ, 1991. L'auteur considère que l'entretien de l'enfant non commun ne relève pas de la contribution des époux aux charges du mariage. Par conséquent, il ne s'agit pas d'une dette ménagère au sens de l'article 220 du Code civil mais d'une simple dette d'aliments.

⁶ La contribution à l'entretien de l'enfant avec son beau-parent conduit à imprimer à la dette son caractère ménager. Par l'effet de l'article 214 du Code civil, le beau-parent la supporte définitivement sur le plan de l'obligation. Néanmoins, lorsque le beau-parent ne vit pas avec l'enfant, il n'est plus possible de parler de dette ménagère mais de dette d'aliment. En application de l'article 1409 du Code civil, le beau-parent n'en est pas tenu. À cet égard, l'article 1536 alinéa 2 du même code dispose que chacun des époux reste seul tenu des dettes nées en sa personne, avant ou pendant le mariage. Par conséquent, le beau-parent qui ne réside pas avec l'enfant, s'il a contribué à son entretien, pourrait demander un remboursement pour les dépenses dont il s'est acquitté. Là où ce critère de résidence conduit à une différence de traitement injustifiée entre les enfants au sein du régime légal, celle-ci existe dans le régime de séparation des biens. Pour aller plus loin, cf. L. LESTIENNE-SAUVE, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, op. cit., p. 294-295, spec. §485.

⁷ C.-M. AUBRY, C.-F. RAU, *Droit civil français*, par A. Ponsard, 7^{ème} éd., LGDJ, tome 8, 1973, §508 ; COLOMER, *Rép. civ.*, V° Régimes matrimoniaux, p. 6 ; F. TERRE, P. SIMLER, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 7^{ème} éd., 2015, p. 44, spec. n° 53.

Le beau-parent marié participerait donc pour partie aux dépenses inhérentes à l'entretien de l'enfant de son conjoint¹. Une partie de la doctrine réfute pourtant cette analyse, en considérant que les dettes ménagères au sens de l'article 220 du Code civil ne peuvent viser que les dettes relatives aux enfants communs du couple².

284. Charge définitive de la dette alimentaire. L'obligation d'entretien du bel-enfant par son beau-parent est une dette ménagère supportée par les gains et salaires et les biens propres du beau-parent lorsque l'enfant vit avec lui. À l'inverse, elle ne constitue qu'une simple dette d'aliments lorsque l'enfant ne vit pas sous son toit, insusceptible d'ouvrir un droit à saisie sur ses gains, salaires et biens propres³. En pratique pourtant, l'identification des dépenses occasionnées par les enfants non-communs bute sur la mise en commun naturelle qu'implique la volonté de former une nouvelle famille. Comme le souligne Monsieur le professeur GRIMALDI, « si l'enfant de l'un des époux vit au foyer conjugal, rien ne justifie qu'il fasse l'objet d'un traitement à part », surtout que « la famille recomposée est un phénomène d'une telle ampleur que l'esprit de la législation contemporaine est à abolir les différences de traitement de l'enfant selon qu'il est issu ou non des deux conjoints »⁴. Ainsi, les dépenses non alimentaires générées par la vie commune de l'enfant avec son beau-parent sont supportées à titre définitif par la communauté. Aucune récompense⁵ au profit de celle-ci n'est prévue. Réponse à l'adage de LOYSEL « qui épouse le corps épouse les dettes », une partie de la doctrine approuve cette solution. Pour Monsieur le professeur CHAMPENOIS, « la création d'une nouvelle famille n'abolit pas forcément les solidarités antérieures et chacun des époux n'est pas étranger à la famille de l'autre »⁶. Gérard CORNU considérait que « le mariage n'abolit pas les solidarités familiales » et qu'il est dès lors « naturel que les charges alimentaires respectives des époux pèsent, en toute réciprocité, sur le budget du ménage »⁷. Pour

¹ Une décision de la Cour d'appel de Paris du 25 septembre 1986 a pourtant exclu les enfants nés d'une précédente union, à défaut de vie commune. Les circonstances de l'espèce étaient néanmoins particulières car il n'existait aucune communauté de vie entre les époux, et le mariage visait l'obtention de la nationalité française par la mère. Cf. CA Paris, 25 sept. 1986, *D.*, 1987, note D. MAYER et P. CALE.

² Lors de la réforme des régimes matrimoniaux discutée en 1979, l'adoption de l'article suivant avait été proposée : « les gains et salaires d'un époux ne peuvent être saisis par les créanciers de son conjoint que si l'obligation a été contractée pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants *issus du mariage* ». Si elle avait été adoptée, la disposition excluait explicitement les dettes relatives à l'enfant non commun du champ d'application de l'article 220. L'actuel article ne distinguant pas selon les enfants, il ne convient dès lors pas d'opérer cette distinction.

³ L. LESTIENNE-SAUVE, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, *op. cit.*, p. 232, spec. n° 383.

⁴ M. GRIMALDI (dir. de) *Droit patrimonial de la famille*, Paris, Dalloz, coll. « Dalloz Action », 5^{ème} éd., 2014, p. 12, spec. n° 111.71-111.73.

⁵ Alors que l'article 1417 du Code civil dispose que : « Récompense est due à la communauté qui a acquitté la dette personnelle d'un époux ». Cependant, les aliments dus par les époux sont définitivement supportées par la communauté. En ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 8 nov. 2005, n° 03-14.831, *Bull. civ.*, I, n° 403 ; *D.*, 2005, IR, 2897 ; *Rev. dr. fam.*, 2005, n° 274, note B. BEIGNIER ; *RJPF*, 2006, n° 3, 53, note VALORY.

⁶ J. FLOUR, G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, Dalloz, coll. « Armand Colin », 2^{ème} éd., 2001, p. 455, spec. n° 484-485.

⁷ G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, PUF, 9^{ème} éd., coll. « Thémis », 1997, p. 312.

Madame le professeur REVEL, « le conjoint de l'époux débiteur, en épousant celui ou celle qui avait déjà créé une famille, admet que les finances du mariage soient amputées de ces sommes et accepte, indirectement, d'y contribuer sur sa part de communauté »¹. Si l'on rejoint aisément l'idée que les solidarités ne devraient pas s'éteindre du seul fait de la dissolution de l'union et que chacun des époux n'est pas étranger à la famille de l'autre, l'équité commanderait de ne pas imposer cette circonstance au beau-parent qui n'aurait pas vécu avec l'enfant. Lorsque la communauté a acquitté une dette alimentaire (hypothèse du parent qui n'a pas versé de pension alimentaire) en valeur, on pourrait valablement estimer que celle-ci ait un droit à récompense. Ce sera notamment le cas lorsque le beau-parent ne réside pas avec l'enfant, car sa dette ne serait pas justifiée par la vie commune. À l'inverse, lorsqu'une vie commune existe entre eux, il n'y aurait pas lieu à récompense. Ces différences de traitement fondées sur la résidence conduisent néanmoins à des solutions critiquables du point de vue de la communauté qui n'aurait pas droit à récompense². Avec Madame LESTIENNE-SAUVE, cette situation « commande le rejet de la distinction de traitement entre beau-parent résident et beau-parent non résident », car le risque serait « d'inciter les beaux-parents non résidents à empêcher toute contribution à l'entretien du bel-enfant "en nature", c'est-à-dire à faire en sorte que les contacts du parent non résident et de l'enfant soient le plus limités possible, voire à s'opposer à la mise en place d'une résidence alternée »³. De l'avis majoritaire de la doctrine aujourd'hui, à partir du moment où la communauté bénéficie des revenus des époux, elle doit corrélativement supporter toutes leurs dettes, peu importe que celles-ci pèsent seulement sur l'un d'eux ou sur les deux⁴.

285. L'absence d'obligation alimentaire en Pacs. L'« aide matérielle » et l'« assistance réciproque » prévues depuis la loi du 23 juin 2006 sont exclusives des dépenses relatives aux enfants, faute de dimension familiale du Pacs. Si pour l'heure l'assimilation de cette forme de conjugalité avec le mariage n'a pas lieu du chef de l'enfant, le rapprochement opère davantage par la procédure. La loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 confie au juge aux affaires familiales les demandes relatives à l'aide matérielle et l'assistance réciproque entre partenaires, de la même manière qu'il connaît déjà des actions relatives à la contribution aux charges du mariage. Il serait dès lors tout à fait imaginable que le juge puisse un jour décider que l'aide matérielle et l'assistance réciproque

¹ J. REVEL, « Les revenus des époux communs en biens et les tiers : mariage ou célibat », *D.*, 1987, chron. 131, n° 18.

² Un avant projet de loi datant de 1979 semblait vouloir mettre en place une telle récompense lorsque la communauté avait acquitté des pensions alimentaires, rentes ou prestations résultant d'un devoir personnel à l'un des époux. Mais ce texte n'a pas été adopté à l'issue de la réforme du droit des régimes matrimoniaux en 1985, bien que certains, notamment le ministère des Droits de la femme, souhaitait que cette possibilité soit consacrée. Sur ce texte, cf. M. REBOURG, *La prise en charge de l'enfant par son beau-parent*, *op. cit.*, §280.

³ L. ESTIENNE-SAUVE, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, *op. cit.*, p. 293.

⁴ G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, p. 315 ; A. COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, Paris, Litec, 12^{ème} éd., 2004, p. 364, spec. n° 797 ; M. GRIMALDI (dir. de), *Droit patrimonial de la famille*, *op. cit.*, n° 142.41 ; F. TERRE, P. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, p. 312, n° 408.

commandent d'y inclure les frais relatifs à l'entretien de l'enfant du partenaire. Pour l'heure s'ils le souhaitent, les couples pacsés peuvent convenir de fixer dans leur convention de Pacs les modalités d'une éventuelle prise en charge de l'enfant par son beau-parent, ainsi que son étendue.

286. Une obligation naturelle pour le concubin. Dans le cadre d'un concubinage, l'ensemble des règles issues du régime matrimonial des époux est inapplicable au beau-parent. La jurisprudence rappelle régulièrement l'absence de contribution aux charges de la vie commune¹ entre concubins, et *a fortiori* de solidarité ménagère² entre eux. Par conséquent, la participation d'un beau-parent à l'entretien de l'enfant de son concubin relève de son bon vouloir. La jurisprudence, bien que relativement pauvre en la matière, offre néanmoins quelques illustrations permettant d'affirmer que le beau-parent concubin pourrait être tenu d'une telle obligation³. Les juridictions du fond ont pu considérer que celui qui entretient les enfants du premier lit a une obligation naturelle à leur égard. C'était notamment le cas d'un homme qui entretenait l'enfant de sa maîtresse⁴. Dans un autre arrêt, la Cour de cassation semblait implicitement⁵ admettre l'existence d'une obligation naturelle à l'égard des parents de l'ex concubine. Le concubin les ayant hébergés gratuitement pendant un moment, celui-ci a demandé leur expulsion. Les parents de l'ex-concubine invoquent alors l'existence d'une obligation alimentaire dont l'ancien concubin de leur fille serait tenu de leur verser. Déboutés de leur demande, leur pourvoi est rejeté. Néanmoins, l'analyse de l'arrêt révèle implicitement que les juges n'excluaient pas la possibilité de faire appel à la notion d'obligation naturelle. Bien qu'elle n'ait pas été retenue -les parents de l'ancienne concubine n'étant pas dans le besoin- la Cour semblait reconnaître implicitement son existence à l'égard des parents de l'ex concubine ou à son égard si l'état de santé ou les faibles ressources de ceux-ci le justifiait⁶. Il semblerait donc que cette obligation puisse facilement être reconnue par les juges, qu'il s'agisse du couple marié ou du couple non marié.

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 19 avr. 2005, *Rev. dr. fam.*, 2005, comm. 217; Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 2006, *Rev. dr. fam.*, 2006, comm. 83, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

² Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2012, n° 11-25.430.

³ CA Paris, 23 avr. 1986, 1^{ère} chb., sect., *Juris-Data*, n° 23210.

⁴ Cf. Paris, 20 avr. 1944 ; Colmar, 20 déc. 1960, *D.*, 1961, p. 207 ; Cass. civ. 1^{ère}, 21 juil. 1987, cités par M. REBOURG, « Les prolongements de l'obligation alimentaire : obligation d'entretien et obligation naturelle », *art. précit.*

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 18 juil. 1995, *LPA*, n° 87, p. 13, note HAUSSON-TRESCH.

⁶ Pour plus de développements sur cet arrêt, cf. L. LESTIENNE-SAUVE, *Le beau-parent en droit français et en droit anglais, op. cit.*, n° 494.

Section 2. La protection juridique de la pluri-parenté

287. La reconnaissance juridique du beau-parent. Nombre de couples souhaitent faire établir entre l'enfant et le tiers un lien de droit¹ qui consacre la relation de fait qu'ils vivent. En termes juridiques, il s'agit de définir le statut social du beau-parent au sein de la nouvelle famille, en prenant en compte ses liens avec l'enfant. Du point de vue du beau-parent, cela se traduira par la prise en compte de la participation personnelle et pécuniaire pendant la vie commune, voire lors d'une séparation². Du point de vue de l'enfant, il va s'agir de faire cohabiter les multiples figures parentales que sont les parents, les beaux-parents, les grands-parents et grands-beaux-parents, ainsi que les demi-frères et sœurs. La liste pourrait se rallonger si l'on envisage qu'à un mariage peut en succéder un autre et donc qu'un beau-parent en cacherait un autre³. En 1998, le rapport⁴ de Madame le professeur THERY préconisait de reconnaître spécifiquement le rôle du beau-parent tandis qu'en 1999, le rapport⁵ de Madame le professeur DEKEUWER-DEFOSSEZ proposait d'élaborer un statut du tiers. Se pose alors la question de l'opportunité de créer un tel statut (§1). Un aménagement des solutions, à l'instar de ce qui existe déjà en droit positif, ne serait-il pas préférable (§2) ?

§1) L'inutilité du statut de beau-parent

288. Difficultés d'appréhension de la relation beau-parentale. La nécessité de protéger juridiquement la pluri-parenté commande en tout premier lieu de déterminer la personne désignée par le terme « beau-parent » (A). Son utilisation indifférenciée au profit de toutes les formes de conjugalité conduit à considérer que le droit prendra en compte tous les tiers amenés à partager la vie de l'enfant, au gré des multiples unions des parents. Une fois relevées les difficultés liées à l'identification du beau-parent, transparaîtront naturellement celles liées au statut (B).

¹ V. DEPADT-SEBAG, « La reconnaissance juridique des tiers beaux-parents : entre adoption simple et délégation partage », *D.*, 2011, p. 2494.

² Cf. la thèse de M. REBOURG, *La prise en charge de l'enfant par son beau-parent*, Paris, Defrénois, 2003.

³ A. GOUTTENOIRE, « Un beau-parent peut en cacher un autre », *Rev. dr. fam.*, 2006, n° 2, alerte 10.

⁴ I. THERY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, éd. Odile Jacob, La Documentation française, juin 1998.

⁵ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille, propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, La Documentation française, 1999.

A) Difficultés liées à l'identification du beau-parent

289. Le beau-parent, un auxiliaire. En raison du lien privilégié qui unit le parent recomposant à chacun de son enfant et de son nouveau partenaire, ces deux derniers sont voués à vivre sous le même toit. Dès lors, deux possibilités s'offrent au beau-parent : s'investir dans l'éducation de l'enfant qui n'est pas sien, ou laisser son parent seul s'en occuper. Loin d'être aussi tranchée dans la réalité, la vie commune amène bien souvent tout beau-parent à s'occuper de l'enfant, notamment lorsque le parent est absent. Ces situations, bien que limitées dans le temps, justifient que le beau-parent ait une place particulière au sein de cette nouvelle famille, dans laquelle il agirait tel un précieux *auxiliaire* du parent. La vie commune pourrait donc justifier qu'on lui accorde cette attention¹.

290. Une confusion terminologique. Le rapport du groupe de travail *Filiation, origines, parentalité*² présenté par Mesdames les professeurs THERY et LEROYER désigne comme « beau-parent » le « conjoint, le partenaire pacsé ou le concubin, de sexe différent ou de même sexe de l'un des parents »³. Si le vocabulaire se doit d'être le reflet de la prudence⁴, celle-ci n'a pas été de mise s'agissant de la désignation même du « beau-parent » au sein du rapport. Le terme est appliqué indifféremment au conjoint, partenaire et concubin. La proposition de loi APIE reprend l'utilisation extensive du terme de « beau-parent » sans même réfléchir sur une notion aussi instable que celle de vie commune. L'article 10 de la proposition de loi permet « au concubin, partenaire ou conjoint d'accomplir les actes usuels de l'autorité parentale pour la durée de la vie commune ».

291. Le critère de la vie commune. Le critère de vie commune pourrait générer au profit certaines prérogatives d'ordre parental au profit du beau-parent. La vie commune découle-t-elle uniquement du mariage ou convient-il de prendre en compte la vie commune des concubins et des partenaires ? Le mariage présume la communauté de vie et constitue la forme la plus aboutie de l'engagement du couple tant envers lui-même que vis-à-vis des enfants qui lui sont rattachés. Il paraît donc naturel que le beau-parent puisse bénéficier d'un certain nombre de prérogatives au sein de la nouvelle famille lorsqu'elle est mariée. À l'inverse, le concubinage ne présume pas la vie commune mais n'existe que par elle. Le

¹ Pour prendre juridiquement en compte la relation beau-parentale, Madame le professeur DEKEUWER-DEFOSSEZ suggérerait deux critères : l'existence d'un lien juridique avec l'un des parents ou la vie en commun avec l'enfant. Le lien juridique découlerait naturellement du mariage et non pas des autres formes de conjugalité, dans lesquelles le partenaire ou concubin n'a aucun devoir vis-à-vis de son compagnon, encore moins à l'égard de l'enfant. Quand au critère de vie commune, celui-ci semble être indifférent à la nature des relations que pourrait entretenir l'enfant avec le tiers.

² I. THERY, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, rapp. précit.

³ *Rapp. précit.*, p. 285.

⁴ Cf. le rapport, p. 286, 3°.

nombre des recompositions familiales, sans engagement de durée, est-il un élément à prendre en compte ? Pour Monsieur le professeur FULCHIRON, dès lors que la recomposition fait très directement suite à l'échec d'un premier mariage, il ne semble pas judicieux de fonder le statut du beau-parent sur son état matrimonial¹. À l'opposé de cette thèse, Madame le professeur FENOUILLET considère que « ni la résidence commune, ni l'affection, ne semblent de nature à fonder directement, en eux-mêmes, un pouvoir sur un enfant. En premier lieu, car ces deux critères ne sont pas assez sélectifs, et visent trop de personnes pour être considérés comme signifiants. En deuxième lieu, car ils sont trop flous et, surtout le second, très difficiles à saisir. Enfin et en dernier lieu, car ils ne garantissent nullement l'intérêt de l'enfant, cet intérêt ne se résumant ni à sa sécurité affective ni à la stabilité de son cadre de vie »².

292. La durée de la vie commune. Le *Children Act* anglais prévoit un délai minimal avant que le beau-parent concubin puisse jouir de prérogatives parentales. Une telle mesure aurait ainsi été bienvenue dans notre législation, afin de marquer la supériorité (au moins symbolique) du mariage par rapport aux autres formes de conjugalité. Elle aurait également permis de prémunir l'enfant contre des changements fréquents de tiers qui partageraient la vie de son parent. Mettant l'accent sur cette difficulté, Madame le professeur FENOUILLET se montre sceptique quant à une telle multiplication de droits et de pouvoirs sur l'enfant et, à l'instar de Monsieur le professeur LEVENEUR³, met en garde contre le risque « d'encombrement »⁴. En toute logique, elle relève ensuite que cette situation ne présente « aucune stabilité temporelle : la volonté des adultes n'est certainement pas intangible ; quant aux sentiments pour les enfants, ils dépendent souvent des sentiments entre adultes, si bien que l'instabilité affective des adultes risque fort de conduire à l'instabilité du statut de l'enfant ». C'est pourquoi un délai minimal de huit à dix années⁵ a été suggéré avant de permettre au concubin de jouir de prérogatives parentales, voire subordonner le mandat d'éducation quotidienne au recours préalable devant le juge pour éviter qu'il ne soit conféré à des beaux-parents « de passage ». Or, il est regrettable que les débats relatifs à la proposition de loi ne se soient pas préoccupés de la question.

¹ H. FULCHIRON, « Autorité parentale et famille recomposée » in *Droit des personnes et de la famille, Liber amicorum*. Mélanges à la Mémoire de Danièle HUET-WEILLER, LGDJ, Presses universitaires de Strasbourg, 1994, pp. 141-164.

² D. FENOUILLET, « La parentalité en question : la parenté éprouvée », Dossier « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? », *LPA*, n° 59, 24 mars 2010, p. 9.

³ L. LEVENEUR, « Dans les familles recomposées », Dossier « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? », *LPA*, 24 fév. 2010, n° 39, p. 14.

⁴ D. FENOUILLET, « La parentalité en question : la parenté éprouvée », *art. précit.*, p. 10.

⁵ Cf. en ce sens P. BLOCHE, V. PECRESSE, *L'enfant d'abord, 100 propositions pour placer l'enfant au cœur du droit de la famille*. Rapport fait au nom de la mission d'information sur la famille et les droits des enfants, Ass. nat. n° 2832, déposé le 25 janvier 2006, La Documentation française, 2006.

B) Difficultés liées à l'élaboration d'un statut

293. Du recyclage législatif. À la suite de divers travaux, un projet de loi¹ intitulé « avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers » avait été rendu public au début de l'année 2009. Ledit projet ne concernait pas uniquement le beau-parent qui, par la force des choses, entretient une relation importante avec l'enfant, mais celui-ci s'adressait à tous les tiers² qui peuvent intervenir dans sa vie et à qui il était question de conférer des droits. Ainsi qu'une partie de la doctrine l'avait souligné³, le projet de loi tend à faciliter le quotidien des adultes et non à considérer véritablement si l'intérêt de l'enfant commande une telle reconnaissance. Inversement, il était question d'un droit de l'enfant à entretenir des relations avec le tiers envers qui il a noué des sentiments d'affection, et non d'un droit réciproque de l'un et de l'autre à entretenir cette relation. Le sort qui a été réservé à l'avant-projet illustre bien les difficultés liées à la prise en compte par le droit des situations de fait. Le Gouvernement a par la suite confié au député Jean LEONETTI une mission d'information à l'issue de laquelle un rapport a été remis au premier Ministre le 7 octobre 2009⁴, mais qui n'a guère emporté les suffrages⁵. Plus récemment, le rapport de Mesdames les professeurs THERY et LEROYER⁶ abordait cette même problématique en prenant en compte les critiques adressées au projet de loi de 2009. La proposition de loi adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 27 juin 2014, en même temps qu'elle reconnaît la place familiale des beaux-parents, prévoit à l'article 9 une extension de la présomption d'accord pour les actes usuels au profit des *tiers*⁷. Si initialement l'idée consistait à donner aux beaux-parents leur juste place au sein de la nouvelle famille constituée, c'est précisément qu'il ne s'agit plus de *tiers* à proprement parler. Or,

¹ Sur cette première version de l'avant-projet, V. A. MIRKOVIC, « Avant projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers », *AJ fam.*, 2008, nov., p. 428 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Du "statut du beau-parent" aux "droits des tiers" : réflexions critiques sur un texte controversé », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2009, n° 60. Sur l'avant projet, P. MALAURIE, « Autorité et droit des tiers : un projet patchwork », *JCP, G*, 1^{er} avr. 2009, p. 167 ; A. MIRKOVIC, « Statut du beau-parent : vivement le retrait d'un texte inutile et nuisible », *Rev. dr. fam.*, 2009, n° 28.

² Très précisément comme le relève M. BRUGGEMAN, « Le tiers, c'est l'autre, celui qu'on ne peut désigner du fait de l'absence d'élément qui le caractérise. En droit de la famille, il est celui qui, dépourvu de lien juridique avec l'enfant, est extérieur au cercle familial (...) cette "catégorie" de personnes se fonde donc sur un critère de fait, l'affection entre l'enfant et le tiers, que le droit ne prend qu'exceptionnellement en compte. Relevant du domaine des faits, son intervention ne lui confère aucun statut et il demeure un « tiers » ; ni parent, ni tuteur de l'enfant, il n'a en principe ni droit ni devoir à son égard ». Cf. « Les familles recomposées : les tiers et l'enfant », *AJ fam.*, 2007, p. 294.

³ A. MIRKOVIC, « Statut du beau-parent : vivement le retrait d'un texte inutile et nuisible », *art. précit.*

⁴ J. LEONETTI, *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, remis au premier ministre le 7 octobre 2009.

⁵ A. MIRKOVIC, « Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droit des tiers. À propos du rapport Léonetti », *JCP, G*, 2009, 345 ; Dossier « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? », *LPA*, 24 fév. et 24 mars 2010.

⁶ I. THERY, A.-M. LEROYER, *Filiation, origines, parentalité, le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, *rapp. précit.*

⁷ L'article 9 de la loi étend la présomption d'accord de l'autre parent à l'égard des tiers de bonne foi pour les actes usuels qu'un parent accomplit seul aux actes usuels qu'un parent a autorisé un tiers à accomplir.

l'utilisation même de ce vocable sème le doute sur l'objectif affiché de la loi. Y aurait-il une volonté implicite de reconnaître des droits à tous les tiers, ou serait-ce le beau-parent qui peine à trouver sa juste place ? Ce dernier est clairement assimilé à un tiers dans la proposition de loi, alors que le rapport de Mesdames les professeurs THERY et LEROYER estiment qu'il est « délicat, symboliquement, de faire entrer les beaux-parents dans une catégorie générique de "tiers" car précisément, ils ne sont plus vraiment des tiers compte tenu du rôle qu'ils jouent auprès de l'enfant »¹.

294. La solution insatisfaisante d'un statut. Compte tenu de la promotion inédite du principe de coparentalité, la situation familiale dans laquelle interviendrait un tiers auprès de l'enfant devrait demeurer exceptionnelle. Instituer une situation d'exception ne conduit pas moins à inverser les termes du problème, en intégrant un tiers au lieu et place de celui ou celle à qui incombe la fonction parentale. Une telle situation méconnaît le droit fondamental de l'enfant à être éduqué par ses deux parents², le tiers ne pouvant jouer un rôle comparable à celui des parents. Si l'on envisage également la multiplicité des intervenants dans l'éducation de l'enfant et les risques d'instabilité psychologique³ et de conflits, l'idée d'un statut du beau-parent ne semble au demeurant servir que les intérêts des adultes. Monsieur le professeur BEIGNIER exprime parfaitement cette idée lorsqu'il considère qu'« Il ne faut jamais confondre en droit le principal et l'accessoire. (...) L'accessoire, de l'ordre du nécessaire quotidien et du relatif, peut être délégué sans peine. Le principal ne peut être partagé, sauf abandon de celui qui devrait s'en acquitter ; dans ce dernier cas, le tiers n'usurpe rien, il prend le relais d'une filiation déficiente. Un tiers peut être un auxiliaire précieux, utile et souvent généreux, des deux parents que la vie a séparés. Il ne peut être un captateur de ce qui unit essentiellement l'enfant à celui qui lui a donné la vie. La ligne de partage des eaux se situe là. À chacun sa place juste mais aussi sa juste place ; et au centre de tout : l'enfant »⁴.

295. L'absence de statut, réponse à la variété des recompositions. L'idée d'un statut⁵ du beau-parent est séduisante si l'on considère qu'il y va de l'intérêt de l'enfant⁶.

¹ *Rapp. précit.*, p. 285, 1°.

² C. EOCHE-DUVAL, « Le droit d'un enfant à être nourri, entretenu et élevé par sa mère et par son père est-il un principe à valeur constitutionnel ? », *D.*, 2013, 786.

³ À cet égard, Madame Aude MIRKOVIC exprime très justement la situation en ces termes : « Il est vrai que multiplier les tiers avec lesquels l'enfant aurait le droit de maintenir des liens deviendrait impraticable, mais cela ne fait que manifester les limites de la loi qui ne peut, en dépit d'une accumulation des droits à ceci ou à cela, compenser les préjudices subis par l'enfant soumis aux aléas des relations des adultes. Il est illusoire de penser que la précarité affective dans laquelle les décompositions et recompositions des familles placent l'enfant puisse être totalement compensée par le droit de maintenir les liens noués, qui ne peut certainement pas suffire à reconstituer la stabilité dont l'enfant est privé ». Cf. A. MIRKOVIC, « Avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers », *AJ fam.*, 2008, n° 11, p. 428.

⁴ B. BEIGNIER, « Beau-parent ou tiers ? », *Rev. dr. fam.* n° 6, 2009, repère 6.

⁵ Ce statut revendiqué par certains se construit sur la base d'un rôle, d'une fonction occupée par le tiers, car celle-ci a été laissée vacante par l'absence ou la carence de l'autre parent biologique. C'est pourquoi le rapport THERY insistait sur la lourdeur du dispositif, qui doit être perçu comme un dispositif d'aide à la parentalité.

⁶ Sur l'intemporalité de la notion d'« intérêt de l'enfant », voir *supra*, n° 103.

Or, l'idée d'un statut applicable dans le cadre des recompositions ne semble être une réponse adaptée, ni même voulue par les couples. L'extrême diversité des situations de recomposition nécessiterait de mettre à leur disposition les outils juridiques permettant une meilleure prise en charge de l'enfant au quotidien. En effet, la variété des instruments juridiques permet déjà une prise en charge graduée selon l'investissement souhaité du beau-parent. Le rapport de Mesdames les professeurs THERY et LEROYER insiste d'ailleurs sur l'idée que le beau-parent peut remplir une fonction d'éducation et de prise en charge sans pour autant revendiquer juridiquement un statut de parent au sens de corps de règles. C'est pourquoi ses auteurs préconisent la souplesse, la réversibilité et la recherche de consensus, « le juge devant rester, *in fine*, le gardien de l'intérêt de l'enfant »¹. La place des père et mère est donc réaffirmée conformément au principe de coparentalité. La fonction d'éducation et de prise en charge étant librement assumée par le beau-parent, le rapport insiste sur sa complémentarité au dispositif de coparentalité. Bienvenue, cette perspicacité est conforme à la distinction entre le principal -les parents- et l'accessoire -les situations particulières-.

§2) La reconnaissance du lien avec le beau-parent

296. L'abandon de l'idée de « statut » du beau-parent. La proposition de loi portant réforme de l'autorité parentale et intérêt de l'enfant (APIE) procède à un assouplissement des règles déjà en vigueur. Elle crée un nouvel instrument, le « mandat d'éducation quotidienne » pour simplifier les démarches du beau-parent portant sur des actes usuels qui concernent l'enfant (A). Pour les actes graves (B), le régime juridique de la délégation est revisité afin de clairement distinguer la délégation de l'exercice de l'autorité parentale et son partage.

A) Au profit du quotidien beau-parental

297. Une définition en creux de l'acte usuel. La catégorie des actes usuels mentionnée à l'article 372-2 du Code civil n'est pas définie par la loi. Dans un souci de clarification, la proposition de loi adopte une définition de ce qu'est l'acte important, afin de définir en creux l'acte usuel. L'article 372-1 alinéa 2 promis à révision définit l'acte important comme celui « qui rompt avec le passé et engage l'avenir de l'enfant ou qui touche à ses droits fondamentaux »². À *contrario*, tout acte n'engageant pas l'avenir de l'enfant ou ne touchant pas à ses droits fondamentaux relèverait de la catégorie des actes usuels. Généralement, sont considérés comme telle la réinscription dans un

¹ *Rapp. précit.*, p. 285.

² *Ibid.*, p. 289.

établissement scolaire, les récupérations à l'école, les soins courants ou habituels (contrôle de santé de routine...), la demande d'inscription par un parent de son enfant mineur sur son passeport¹. En revanche, tout changement d'établissement scolaire, de décision d'intervention chirurgicale -sauf celles totalement bénignes² -, de choix d'une éducation religieuse³ et ses modalités, voire le choix du nom d'usage de l'enfant⁴ constituent des actes graves nécessitant le consentement des deux parents titulaires de l'autorité parentale.

298. Une présomption d'accord pour les actes usuels. L'idée d'instaurer une présomption d'accord au profit du beau-parent n'est pas nouvelle. Madame le professeur THERY proposait en 1999 déjà⁵ de s'inspirer du *Children Act* anglais qui permet au beau-parent « d'accomplir tous les actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant ». Elle recommandait ainsi l'insertion dans le Code civil de l'article suivant : « Tout tiers ayant en charge de manière habituelle un enfant mineur peut accomplir les actes usuels le concernant, sans préjudice des droits des titulaires de l'autorité parentale ». Présentant un caractère général et systématique, cette autorisation péchait par l'indétermination du contenu de la catégorie des actes usuels. Proposant une solution contractuelle plus respectueuse des droits parentaux, les notaires entendus par la Mission⁶ avaient suggéré⁷ la possibilité de conclure à l'amiable des délégations partielles d'autorité parentale pour les actes de la vie courante⁸. Reposant sur l'accord des deux parents titulaires de l'autorité parentale, cette proposition allégeait considérablement la procédure⁹ par la mise de côté du contrôle judiciaire. L'avant-projet de loi de 2013 proposait également une modification de l'article 372-2 du Code civil, que l'actuelle proposition de loi reprend. Une telle présomption bénéficierait à tout tiers de bonne foi pour effectuer les actes usuels à l'égard de l'enfant du conjoint, partenaire ou concubin. Un

¹ CE, 8 février 1999, n° 173126.

² CA Versailles, 11 sept. 2003, n° 02/03372.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 24 oct. 2000, n° 98-14.386.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 2009, n° 05-17.163.

⁵ I. THERY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, éd. Odile Jacob, La Documentation française, Paris, juin 1998.

⁶ P. BLOCHE, V. PECRESSE, *L'enfant d'abord, 100 propositions pour placer l'enfant au cœur du droit de la famille*, Rapport fait au nom de la mission d'information sur la famille et les droits des enfants, Ass. nat., rapport n° 2832, déposé le 25 janvier 2006, La documentation française, 2006.

⁷ *Demain la famille*, 95^e Congrès des Notaires de France, Marseille, 9-12 mai 1999.

⁸ De tels mandats conventionnels présentaient aussi l'avantage de pouvoir être annulés, limités ou adaptés. Établis en la forme authentique, ils seraient immédiatement exécutoires sans validation judiciaire et seraient unilatéralement révocables.

⁹ Madame le professeur GOUTTENOIRE juge indispensable à la fois l'accord des deux parents et le contrôle du juge. Mme MILLET est aussi très attachée à l'intervention du juge, dont le recours lui semble inéluctable car l'intérêt de l'enfant s'apprécie *in concreto* et ne se présume pas. Elle s'inquiète aussi des « conflits qui naîtraient inmanquablement entre les différents adultes, une fois mis en position de revendiquer des droits sur l'enfant. Cf. le rapport P. BLOCHE, V. PECRESSE, *rapp. précit.*

parent pourrait donc consentir, sans l'accord de l'autre parent, à l'accomplissement par le tiers des actes usuels relatifs à la personne de l'enfant. Une telle présomption vaudrait alors dispense de preuve de l'accord de l'autre parent et décharge de responsabilité pour les tiers de bonne foi. La sécurisation du régime juridique des autorisations ponctuelles qui en découle permet de faciliter le quotidien des adultes en charge de l'enfant.

299. Les limites de la présomption d'accord. Une telle prérogative accordée au tiers, sur le seul fondement d'un acte privé dont il est impossible d'établir la preuve par écrit, ni même d'en définir l'objet exact ou la manière dont il prend fin laisse perplexe. Le beau-parent se verrait confier, du seul fait de la vie commune, des droits sur la personne de l'enfant. Or, le principe de coparentalité commanderait que toute participation de ce tiers à l'exercice de l'autorité parentale requiert l'accord des deux parents. Pour la Commission des lois constitutionnelles, la nécessité préalable d'une concertation des parents est indiscutable¹. La présomption d'accord ne constitue qu'une présomption simple pouvant tomber si l'autre parent a exprimé son désaccord. Le tiers ayant connaissance d'une dissension manifeste entre les parents relativement à l'acte et qui n'en aura pas tenu compte cesse d'être un tiers de bonne foi. Un amendement présenté par le rapporteur de la Commission des lois constitutionnelles propose d'insérer un nouvel article 372-1 au sein du Code civil. Ce nouvel article compléterait la définition de l'exercice conjoint de l'autorité parentale en précisant que tout acte de l'autorité parentale, qu'il ait un caractère usuel ou important, requiert l'accord des deux parents lorsqu'ils exercent en commun l'autorité parentale. Or, cet accord affiché dans les mots de la loi relève de l'ordre du symbole s'agissant des actes usuels. N'étant ni nécessaire, ni sanctionné en cas de non respect, l'alinéa premier du nouvel article 372-1 précise que « cet accord est exprès pour les actes importants ». À *contrario*, il serait implicite pour les actes usuels à l'égard des tiers comme entre les parents.

300. Le mandat d'éducation quotidienne. L'idée de recourir à un mandat pour permettre aux beaux-parents d'accomplir les actes usuels de l'autorité parentale n'est pas non plus, nouvelle. En 2002, elle a été proposée par le Sénat lors de la discussion du texte, sans être retenue². Le mandat tel qu'envisagé pouvait aller de la simple déclaration par acte sous seing privé à l'enregistrement au greffe du tribunal d'instance, voire aux services de l'état civil³. Il pouvait également prendre la forme d'un acte notarié. L'abandon de cette mesure tenait sans aucun doute à l'accord de l'autre parent, non requis pour la conclusion du mandat. L'article 10 de la proposition de loi prévoit d'insérer dans le Code civil un

¹ Ce qui, là encore, revient à surestimer l'entente pouvant exister au sein d'un couple séparé.

² L'article 372-3 proposait notamment qu'« un parent en tant qu'il exerce l'autorité parentale peut donner mandat à un tiers pour accomplir certains actes usuels relatifs à la personne de l'enfant ». Cf. proposition de loi relative à l'autorité parentale, § 3 bis de la loi.

³ Proposition du professeur DEKEUWER-DEFOSSEZ, V. Sénat, *Familles monoparentales, familles recomposées : un défi pour la société française*, Rapport d'information n° 388 (2005-2006), G. GAUTIER, au nom de la délégation aux droits des femmes, 13 juin 2006, p. 150.

article 373-2-1-1 ainsi libellé : « Sans préjudice de l'article 372-2, le parent peut, avec l'accord de l'autre parent, donner un mandat d'éducation quotidienne à son concubin, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou conjoint avec lequel il réside de façon stable pour chacun des enfants vivant avec le couple. Le mandat, rédigé par acte sous seing privé ou en la forme authentique¹, permet au concubin, partenaire ou conjoint d'accomplir les actes usuels de l'autorité parentale pour la durée de la vie commune. Le mandat peut être révoqué à tout moment par le mandant. Il prend fin de plein droit en cas de rupture de la vie commune, de décès du mandant ou du mandataire ou de renonciation de ce dernier à son mandat ». La mesure a bien la portée symbolique recherchée ; en outre, il est permis de douter de son efficacité².

301. Limites du mandat. Le rapport de madame le professeur THERY proposait que le mandat puisse être donné par le parent sans l'accord exprès de l'autre, car présumé. Une telle atteinte au principe de coparentalité n'a pas été retenue par la proposition de loi³. Pour l'auteur, une telle solution serait « d'une lourdeur inutile »⁴, car elle suppose l'entente préalable des parents de l'enfant, « qui n'a rien d'évident dans une séparation ». Le risque sur l'efficacité du mandat serait dès lors « de placer le parent et le beau-parent en situation de conflit potentiel, et d'opposer finalement le principe d'une coparentalité qui continue après séparation des parents à celle d'une beau-parentalité difficilement réalisable ». Or, c'est justement en raison d'un accord difficilement trouvable entre les parents dans certaines situations, qu'il n'est pas possible de le présumer. Il est erroné de poser une présomption d'accord lorsque celle-ci est difficilement trouvable, ou à plus forte raison n'existe pas. Si la « beau-parentalité » en devient difficilement réalisable, selon les propos mêmes de Mme THERY, c'est que pour l'auteur du rapport, il convient de mettre en place des règles au profit de ce tiers, et lui conférer une place familiale. Or, l'objet de la réforme, ne l'oublions pas, demeure l'intérêt de l'enfant, dont l'exercice de l'autorité parentale constitue la modalité principale. Fragiliser l'exercice de l'autorité parentale afin de permettre à un tiers d'agir en dehors d'un accord préexistant entre les parents à ce sujet contrevient à son intérêt ou, à tout le moins, révèle que la coparentalité est difficilement conciliable avec les situations de recomposition familiale⁵. Au cours des débats⁶ relatifs à cette proposition de loi, Monsieur Jacques BOMPARD souligne la « parenté distributive » et

¹ *Rapp. précit.*, p. 292.

² F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Coparentalité et famille recomposée : une conciliation impossible ? », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2014, n° 116.

³ Article 14 de la proposition de loi.

⁴ *Rapp. précit.*, p. 291.

⁵ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Coparentalité et famille recomposée : une conciliation impossible ? », *art. précit.* Pour l'auteur, on ne peut tout à la fois donner toute sa force au principe de coparentalité et préférer le beau-parent au parent. Pour Madame le professeur Fenouillet, « le droit se perd entre tous les intérêts en cause, ceux de l'enfant, ceux des parents biologiques, ceux des beaux-parents, ceux des adultes en charge de l'enfant (...) ». Cf. *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 3^{ème} éd., 2013, p. 36.

⁶ Rapport n° 1925 de l'assemblée nationale fait au nom de la commission des lois constitutionnelles relatif à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, p. 20.

sociale qui est de mise, comme substitut à la parenté biologique. Pour celui-ci, « cette modification contribuerait à diluer encore plus l'autorité parentale du conjoint séparé », et en tout état de cause, « le mandat n'est pas assez complexe pour prémunir l'enfant du risque de la multiplication des intervenants, alors même qu'il conviendrait de lui éviter d'autres traumatismes ». Plus inquiétante est la disposition de l'article 12 qui met sur un même pied d'égalité le tiers et le mandant devant le juge en cas de conflit. Le juge trancherait alors selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant et pourrait, si la disposition venait à être adoptée, privilégier le tiers beau-parent au parent de l'enfant. Cette possibilité n'est, au demeurant, que l'écho de la possibilité pour le tiers de saisir le juge en vue d'être autorisé à effectuer un acte important pour l'enfant¹ en lieu et place de son parent. Plus « surréaliste » encore est la possibilité pour le tiers ayant été mandaté pour exercer l'autorité parentale de conserver celle-ci alors que les parents voudraient la lui retirer².

B) En vue d'un engagement durable

302. Le réaménagement des règles relatives au partage de l'exercice de l'autorité parentale. En l'état du droit, les règles relatives à la délégation de l'autorité parentale semblent ambiguës. À l'article 377-1 du Code civil, il est tant question de délégation « totale ou partielle », mais aussi de délégation partage. Outre que cet amalgame rend malaisée une lecture claire du texte, la frontière entre les deux types de délégation y est également difficile à établir. Souvent, lorsque les juges sont amenés à prononcer une délégation partage « pour les besoins de l'éducation de l'enfant », ils le font aux conditions de la délégation classique, qui suppose un transfert de pouvoir et nécessite de caractériser des « circonstances exceptionnelles »³. Ensuite, le texte traite de manière confuse de la « délégation de l'autorité parentale, alors que seul son exercice peut faire l'objet de la délégation. Qu'il s'agisse de l'un ou l'autre de ces deux mécanismes, il s'agit de remanier les textes afin de les rendre plus clairs et plus lisibles pour les juges qui les utilisent. Faisant suite aux recommandations du rapport THERY⁴, la proposition de loi réaménage donc le régime juridique de la délégation. Il est prévu une modification de la section 3 du

¹ Article 12 de la proposition de loi.

² Rapp. de l'ass. nat. précité.

³ Avec le risque d'interprétations divergentes de cette notion par les juridictions du fond, souligné par le rapport lui-même. En ce sens, rapprocher par exemple Civ 1^{ère}, 8 juil. 2010, n° 09-12.623, avec TGI Bayonne, 26 oct. 2011, n° 11/00950, s'agissant de couples de même sexe. La décision du JAF de Bayonne reposait uniquement sur l'intérêt de l'enfant, ainsi que les éléments du dossier attestant « des qualités éducatives et affectives » du couple à l'égard des deux enfants, faisant ainsi abstraction des circonstances exceptionnelles. Cette décision était en totale opposition avec la jurisprudence de la Cour de cassation. Plus récemment, le TGI de Paris, dans une décision du 22 fév. 2013, n° 12/35092, a admis la délégation partage demandée par les parents de l'enfant au profit de la mère et sa compagne, et ce dans le cadre d'un projet parental à trois, dans lequel l'enfant vivait depuis sa naissance avec sa mère et la compagne de celle-ci, et voyant son père un week-end sur deux et pendant les vacances.

⁴ Rapp. précit., pp. 294-298.

chapitre premier du titre IX du livre premier du Code civil, dont l'intitulé est ainsi libellé : « Du partage et de la délégation de l'exercice de l'autorité parentale ». Subdivisée en trois paragraphes, le premier rappelle les principes généraux, le second a trait au partage de l'exercice de l'autorité parentale et le troisième à la délégation, dont le recours devrait être encore plus exceptionnel que celui de la délégation partage.

303. La souplesse recherchée. Si en l'état actuel des textes, le partage de l'autorité parentale résulte d'un jugement du juge aux affaires familiales, la proposition de loi permet le partage par simple convention homologuée¹. L'objectif de souplesse des règles existantes est donc assuré, sous le contrôle du juge. Néanmoins, l'article 14 précise que « dans tous les cas, le juge homologue la convention », à moins que celle-ci ne préserve pas suffisamment les intérêts de l'enfant. L'obligation est donc faite au juge d'homologuer, et l'intérêt de l'enfant constituera l'indicateur qui lui permettra d'y procéder. Le changement proposé est notable. D'un jugement, le partage découlera désormais d'une convention entre le parent et le tiers que le juge doit entériner, pouvant faire l'objet d'une délégation partage croisée si les père et mère ont tous deux recomposé leur couple.

304. L'ambiguïté consacrée. Si le partage de l'exercice de l'autorité parentale nécessite l'accord des deux parents, seul un d'entre eux pourra saisir le juge d'une telle demande si l'accord de l'autre parent fait défaut². La contradiction du texte est flagrante car au moment où l'accord des deux parents est nécessaire, l'un d'eux peut saisir le juge afin d'outrepasser le refus opposé. Le juge recueille l'avis de l'autre parent mais il peut passer outre si l'intérêt de l'enfant le commande. Bien que prévu dans des situations exceptionnelles, il est à craindre que ces situations ne soient pas en réalité le principe, faute d'un accord systématique des parents entre eux. Il est regrettable qu'en posant comme nécessaire l'accord des deux parents, le texte n'aille pas jusqu'au bout de la logique parentale en fermant les demandes de partage aux parents en désaccord. De telles situations auraient pu faire l'objet d'ateliers de coparentalité (proposés par Monsieur le président JUSTON) afin de dépasser le blocage parental. Or, le texte préfère bâtir une relation beau-parentale sur un désaccord que le juge est chargé de trancher.

305. La concurrence entre le parent et le tiers beau-parent. En cas de désaccord sur la fin du partage, et lorsque la demande émane de l'un des parents, l'article 4 prévoit que « le juge y fait droit, sauf circonstances exceptionnelles ». Il est permis de se demander quelles pourraient être les raisons qui pousseraient le juge de ne pas y faire droit. Lien par essence électif, le partage de l'exercice de l'autorité parentale avec le tiers beau-parent est une manière de l'associer à la prise en charge de l'enfant du conjoint/concubin, en lui réservant une place particulière. Cette attention qui lui est portée n'a nullement pour objet d'empiéter sur les prérogatives d'autorité parentale, mais relève du simple accessoire dont

¹ Cette hypothèse ne concernerait que le cas de délégation partage de l'autorité parentale dans laquelle les deux parents sont en accord.

² *Rapp. précit.*, p. 295.

on peut se passer. Les circonstances exceptionnelles de ne pas faire droit à la demande d'un parent de mettre fin au partage de l'exercice de l'autorité parentale conduisent à mettre sur un même pied d'égalité le tiers et le parent sur la question de savoir ce qui est le mieux pour son enfant. Outre la dilution des prérogatives parentales, le parent est concurrencé dans leur exercice et ne semble plus être le pivot de la relation parentale qui le lie à son enfant. Pour autant de raisons, ainsi que les risque potentiels de litiges venant à s'élever si de telles dispositions étaient adoptées, la réécriture projetée de l'article 377-1 du Code civil ne convainc pas.

306. La création d'un nouveau cas de délégation. À côté de la délégation classique telle que prévue par l'article 377 du Code civil, a été créé un nouveau cas de délégation ouvert à la demande d'un tiers membre de la famille ou non, de l'établissement ou du service départemental d'aide sociale à l'enfant (ASE). La mise en place de ce nouveau mode de délégation vient trouver place aux côtés de situations mettant les parents dans l'« impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale », ou en cas de « désintérêt manifeste ». Si l'impossibilité pour un parent d'exercer l'autorité parentale renvoie aux situations d'absence ou d'incapacité prévues à l'article 373 du Code civil, ce nouveau cas d'ouverture de la délégation suggère l'idée d'une délégation sanction car elle se fait à la demande de tiers, « ou si les parents s'abstiennent ou refusent, de façon répétée, d'effectuer des actes importants en application du deuxième alinéa de l'article 375-7 »¹. La jurisprudence a d'ailleurs déjà pu caractériser l'impossibilité d'exercer l'autorité parentale à l'égard d'un parent dès lors qu'il était difficilement joignable et ne prenait pas en compte les besoins de son enfant². Le désintérêt a également pu être retenu dès lors qu'un parent n'a pas exercé pendant plusieurs années son droit de visite³, ou que celui-ci ne s'est pas acquitté de la pension alimentaire depuis le prononcé du divorce⁴. Cette troisième cause d'ouverture de la délégation semble toutefois intrusive dans l'exercice de l'autorité parentale et pourrait s'avérer être, à l'avenir, source de contentieux. Lorsque le(s) parent(s) de l'enfant placé ne répond(ent) pas présents aux sollicitations des services sociaux -créant des situations de blocage à même de mettre en péril l'intérêt de l'enfant- cette mesure pourrait s'avérer opportune. Dans d'autres situations, elle risquerait d'entraver le droit à une vie familiale au profit de l'enfant.

¹ Article 15 de la proposition de loi.

² Cass. civ. 1^{ère}, 5 avril 2005, *Bull. civ.*, I, n° 162.

³ CA Lyon, 7 mai 2002, *JurisData* n° 197869.

⁴ CA Rennes, 29 mai 2000, n° 98/03537.

Conclusion du chapitre second

307. Le recours à la parenté comme assise du lien familial a marqué la fin du XX^{ème} siècle. L'étape suivante, entamée mais certainement pas achevée, a été la consécration d'une approche renouvelée de la parenté. Selon une approche classique, qui n'est peut être plus usuelle en France, la parenté est une réalité naturelle, appréhendée par le droit, permettant aux géniteurs de l'enfant d'élever ce dernier et de l'éduquer jusqu'à sa majorité. Les fonctions d'engendrement et d'éducation vont de paire, sauf le cas particulier de l'adoption. La dissociation entre le fait de donner la vie, et le fait d'éduquer l'enfant modifie substantiellement l'approche de la parenté, prenant quelques distances avec la filiation. Dans les faits, un enfant peut être successivement élevé par les multiples partenaires de son parent, l'idée est que son épanouissement commande pour lui d'être élevé au sein d'un foyer constitué par un couple aimant, peu important qu'il s'agisse de ses parents ou non. De la même manière, la rupture de ce couple commande de maintenir les relations personnelles qui se sont nouées entre le tiers et l'enfant. Désormais détachée du lien matrimonial, la parenté s'étend au-delà de l'acte fondateur de la famille, pour s'exprimer au sein des recompositions familiales. La dimension éducative de la parenté y est particulièrement plébiscitée, car elle repose sur un engagement ferme et une volonté exprimée par le parent social de participer à l'éducation d'un enfant qu'il n'a pas engendré. Mieux, ces configurations familiales inédites viennent se greffer au lien parental initial, lequel est toujours juridiquement protégé. Elles reçoivent par conséquent un accueil favorable du droit qui fait la place large aux nouveaux liens de proximité. Comment peut-on valablement encourager et protéger la coparentalité des parents tout en y associant les tiers (par définition intrusifs) qui ont pu vivre avec l'enfant, en leur reconnaissant un lien avec celui-ci ? La déformation de la parenté qui s'ensuit, désormais *multiparentalité*¹, conduit corrélativement à affaiblir la place singulière et irremplaçable revenant naturellement aux parents, à l'heure où le principe de coparentalité constitue le vecteur de la relation parentale. Comment à la fois promouvoir le lien indéfectible des parents à l'égard de leur enfant, tout en associant d'autres tiers à cette relation sans favoriser un délitement de la relation parentale ? Il en va de la cohérence même du système qui, à défaut, est voué au désordre juridique². On peut donc sans ambages affirmer que le droit doit relever le défi d'un nouvel ordonnancement des parentés, sachant que si la volonté individuelle fait et défait le lien matrimonial, elle pourrait décider également de faire, ou non, le parent³.

¹ La *multiparentalité* vers laquelle se dirige le droit a pu être qualifiée par Madame THERY de *parentalité domestique*, dont le droit serait le vecteur principal de reconnaissance. Celle-ci, à raison, suggérait déjà en 1995 que, « pour penser une figure familiale aussi inédite, aussi diverse (que le beau-parent), pour énoncer les repères juridiques qui en reconnaissent la spécificité, les sociétés occidentales seront dans l'avenir obligées de se confronter à la plus déroutante des responsabilités : inventer ». Cf. M.-T. MEULDERS-KLEIN, I. THERY (dir. de), *Quels repères pour les familles recomposées ?*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 1995, p. 34.

² A. DECOCQ, « Le désordre juridique français », in *Jean Foyer, auteur et législateur*, Écrits en hommage à Jean FOYER, Paris, PUF, 1997, pp. 147-163.

³ Cf. *infra*, notre Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

Conclusion du titre second

308. Il est apparu que ce qui n'était initialement que le résultat d'une privatisation des liens de famille, ayant conduit à une adaptation du droit aux faits sociaux, est devenu le principe fondateur d'un droit de la famille renouvelé. Initialement, le lien matrimonial est l'institution fondatrice de la paternité et de la maternité. La présomption de paternité permettait de donner un père aux enfants mis au monde par l'épouse, en vertu de l'adage romain « le père est celui que les noces désignent ». Le doyen CARBONNIER, reprenant la même idée, considérait à juste raison que « le cœur du mariage, ce n'est pas le couple, c'est la présomption de paternité ». Si cette présomption ne se réduit pas au donné biologique, elle est la jonction d'un fait naturel (avoir donné naissance à un enfant rattachable au mari de la mère) et d'une vérité sociologique (prendre l'enfant en charge jusqu'à sa majorité), car l'intérêt de l'enfant était d'être élevé au sein d'une famille unie. Or, le détachement consommé du lien matrimonial et du lien familial transforme aussi bien le mariage qu'il conduit à une approche renouvelée de la parenté. Lien matrimonial et lien familial sont aujourd'hui deux réalités distinctes que le droit conçoit de façon exclusive. À l'issue de cette fracture, il apparaît que seul l'intérêt de l'enfant est encore l'objet d'une protection inédite, à l'exclusion du lien matrimonial que la volonté fait et défait au gré des envies. Si la personne de l'enfant est le nouveau fondement sur lequel le droit français articule les rapports familiaux, sans référence aucune à la logique matrimoniale, c'est bien que son intérêt transcende le lien pouvant unir les parents entre eux. La protection de l'enfant est une considération tout aussi importante en droit marocain -à tel point qu'il est permis de croire que ce dernier constitue aujourd'hui le trait d'union entre les deux rives méditerranéennes-, mais l'intérêt de celui-ci y demeure, contrairement à l'approche française, lié à la nécessité de pouvoir vivre avec des parents unis par le mariage, à défaut de demeurer auprès de la mère lorsque l'enfant est en bas âge. Point de coparentalité *post* divorce en droit marocain, car le législateur considère la rupture comme modifiant nécessairement l'exercice de l'autorité parentale. La modernisation des rapports entre les époux ne rejaillit pas sur la conception islamique des prérogatives parentales, qui fait l'objet d'une appréhension d'ensemble à la lumière de l'intérêt du groupe familial, éloignée du raisonnement en termes d'identité des droits. La question liée à l'intérêt de l'enfant est de plus en plus une considération primordiale dont il est tenu compte dans les textes et la jurisprudence, conformément aux exigences internationales.

Le mariage n'étant plus appréhendé dans sa dimension familiale, c'est paradoxalement la parenté qui s'étend au-delà de celui-ci. Il y a un mouvement de contraction du premier sur le couple conjugal, et un mouvement d'absorption de la seconde par les nouveaux liens parentaux. À la transformation de la place du lien matrimonial dans la société, c'est corrélativement sa fonction d'organisation sociale qui subit les mutations les plus importantes : d'institution fondatrice de la parenté (et donc de la famille), il est devenu

l'institution que permettent deux volontés libres et autonomes en vue de satisfaire une certaine idée du bonheur et de l'épanouissement individuel. L'autodétermination semble donc constituer l'un des traits marquants du droit contemporain de la famille, aux côtés de l'exigence d'égalité. La valorisation de la volonté individuelle réduit la famille à n'être qu'un instrument du bonheur individuel de chacun de ses membres. Dans ce contexte, la tâche qui incombe au législateur n'est plus d'imposer un modèle familial, mais elle consiste davantage en une mission de régulation des comportements familiaux qui passe par l'articulation de l'exigence d'autodétermination des individus et celle consistant à reconnaître au lien familial la juste place qui lui revient.

Conclusion de la première partie

309. La privatisation des liens de famille a conduit à l'évanescence du fondement matrimonial. Cette nouvelle architecture des relations familiales, éclairée par les exigences d'égalité et de liberté, trouve ses racines à l'aube de la Révolution française. Fruit d'une longue évolution, les transformations constatées se nourrissent d'une volonté législative indéfectible de valoriser la personne dans son individualité en lui assurant le droit au bonheur. La volonté se trouve au cœur de la famille. Le consentement est consubstantiel à l'essence de ce qui constitue le lien matrimonial que l'on nomme encore mariage. Mais la place de la volonté au sens contemporain n'est pas celle de la conception originaire de la famille. La discordance mise en lumière entre la conception du mariage aujourd'hui et jadis en atteste, et il suffit pour s'en convaincre de songer au droit du divorce lequel s'est transformé en un réel droit au divorce. Ce changement profond a été analysé par Madame le professeur Irène THERY comme s'agissant d'un « démariage », entendu comme la redéfinition majeure de la place et du rôle de l'institution matrimoniale dans la société. Ainsi que le souligne l'auteur, « (...) le fait de se marier, de ne pas se marier ou de se démarier, qui était autrefois une obligation sociale impérative et l'horizon indépassable des relations sexuées, est devenu une question de conscience personnelle »¹. La volonté n'est plus la capacité de s'engager et de faire siens les impératifs d'une institution familiale prédéfinie. Elle est le droit de se donner et de se reprendre au gré de sa conscience.

La fragilité consécutive du lien familial était, nul n'en doutait alors, un préjudice pour l'enfant. Afin de neutraliser les méfaits des vicissitudes connues par les couples, le droit a cherché à consolider le lien parental à défaut du lien matrimonial. L'enfant devait pouvoir entretenir des relations avec ses deux parents, en dépit de leur séparation. À cet égard, la force pédagogique de la loi² a contribué de façon déterminante à faire évoluer les mentalités même les plus éloignées. Le vœu du législateur n'en est pas moins, selon nous, resté un vœu pieux pour de nombreuses familles. La séparation des parents, leur mobilité géographique, les recompositions familiales rendent souvent difficiles un maintien effectif du lien parental. Nous ne sommes pas loin de penser que le droit opère artificiellement la fabrique d'un lien qui n'est plus. À ce titre, la position du droit marocain qui refuse une coparentalité juridique après la séparation est plus conforme à la réalité factuelle. Le droit de la famille ne doit pas être une sorte de « laboratoire expérimental » et si, dit-on en général, il faut légiférer en tremblant, plus encore lorsque la personne de l'enfant est en jeu. Les transformations observées du mariage et de la parenté conduisent toutes à la

¹ I. THERY, « Postface. Engendrement et filiation au temps du démariage », in *Parenté, Filiation, Origines, Le droit de l'engendrement à plusieurs*, H. FULCHIRON, J. SOSSON, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 346.

² N. MOLFESSIS, « La langue et le droit », in *Langue et droit*, E. JAYME (dir. de), XV^{ème} Congrès International de droit Comparé, Académie Internationale de droit Comparé, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 177-198.

question centrale de savoir ce qu'est aujourd'hui la famille¹ ? Qu'est ce qui fait cette dernière à l'heure où le mariage a perdu la place qui était sienne pendant des siècles ? Qu'en est-il de son nouveau fondement, et celui-ci garantira-t-il réellement la stabilité du lien familial tel que l'a assuré pendant des siècles le lien matrimonial ? À ces questions, le droit positif a apporté des réponses successives au gré de l'évolution, semble-t-il des comportements. La transformation de l'office du juge² ne consistant plus à juste « dire » le droit³, mais à réaliser effectivement les droits participe de ce mouvement. Mais le XXI^{ème} siècle marque un tournant radical par rapport à son aîné. Il apparaît que la dématrimonialisation des liens de famille entre dans la politique juridique menée en France. Il n'est plus simplement suivisme législatif, mais bien une marche en avant de la législation réformant à tout va une famille qui de naturelle, devient délibérément construite.

¹ A.-C. REGLIER, *L'appréhension de la famille européenne*, Thèse, Aix-en-provence, 2013.

² V. ÉGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Paris, Defrénois, coll. « Doctorat&Notariat », 2010.

³ H. CROZE, « Le juge doit-il dire le droit ? », in *Justices et droit du procès, Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Paris, Dalloz, 2010, pp. 225-232.

Seconde partie

LA DÉMATRIMONIALISATION DES LIENS DE FAMILLE

310. La métamorphose du droit de la famille¹. Selon le vocabulaire CORNU, l'adjectif « matrimonial » se rapporte à tout ce qui a trait au mariage. Pour le Grand Robert de la langue française, le préfixe *-dé* sert à former des mots éphémères, d'un usage souvent individuel. Il indique aussi bien l'éloignement que la négation, en mettant l'accent sur une valeur intensive dont l'objet est de renforcer, voire achever une action². Appliqué à la *dématrimonialisation*, ce dernier terme serait le processus en vertu duquel est chassée toute connotation matrimoniale des rapports familiaux. Si officiellement les premières vagues de réformes des années 60-80 avaient pour objectif affiché « de démocratiser les rouages des institutions classiques »³ sans porter atteinte ni remettre en cause le cadre familial institutionnel, il ressort des réformes engagées à l'aube du XXI^{ème} siècle des mutations beaucoup plus profondes ayant conduit à la métamorphose des institutions familiales. Bien que les objectifs de ces réformes ne reposent pas sur les mêmes fondements, force est de constater que celles-ci ne sont pas dénuées de tout lien. Le phénomène de privatisation décrit en première partie a permis, en premier lieu, de revenir sur les bases traditionnelles de la famille. Bien qu'en apparence minime, cette étape constitue le préalable incontournable à la remise en cause de l'équilibre des institutions familiales. Il aurait été impensable de procéder à un tel chambardement du droit de la famille alors que les mentalités n'y étaient pas préparées. C'est pourquoi le droit de la famille ces dernières décennies a été un chantier permanent de l'action législative. Particulièrement silencieux mais extrêmement rapide, le phénomène de dématrimonialisation trouve sa genèse dans la consécration juridique des nouvelles conjugalités (**Titre 1**), ayant mis fin à l'exclusivité du mariage comme modèle de fondation de la famille d'une part, puis détaché celui-ci de la parenté par l'admission du mariage au profit des personnes de même sexe d'autre part. Ce

¹ P. CATALA, « La métamorphose du droit de la famille », *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 342 et s.

² P. ROBERT, *Le Grand Robert de la langue française*, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Paris, 2^{ème} éd., entièrement revue et enrichie par A. REY, t. III, 1992, V^o -*dé*.

³ P. MURAT (dir. de), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz Action, 7^{ème} éd., 2016-2017, n^o 01.43, p. 18.

bouleversement de la logique matrimoniale dans les relations familiales s'est poursuivi par une définition de la parenté, dont la refondation est pensée à la lumière de la dématrimonialisation des liens de famille (**Titre 2**).

Titre premier. La consécration juridique de nouvelles conjugalités

311. Désengagement de l'État et égalité des couples. Le détachement progressif du lien matrimonial et du lien familial a permis au mariage de s'autonomiser comme mode de conjugalité distinct de l'objectif de fondation d'une famille. Dans le même temps émerge l'idée d'une indissolubilité du lien parental, laquelle semble s'être déportée du mariage vers la filiation. Telle que décrite dans notre première partie, la privatisation du lien de famille relègue la question du mariage à une affaire de conscience sur laquelle la société n'a plus de droit de regard. Ce *démariage* a été favorisé tant par l'évolution des mœurs et la baisse de la nuptialité, que par le suivisme législatif. La valeur de l'engagement s'en est trouvée affaiblie, et le lien institutionnel qui reliait autrefois horizontalement le couple n'est plus. Il est remplacé par d'autres formes de vie à deux libres de tout engagement, mais que le droit reconnaît (**Chapitre 1**). Le mariage ne fonde donc plus rien. Il est désormais question de la *conjugalité* ayant conduit à l'absorption du mariage, en en faisant un mode de conjugalité parmi les autres formes de vie à deux. Appréhendée dans toute sa factualité, c'est la notion juridique de couple qui émerge¹. Ainsi que l'a décrit Monsieur le professeur Hugues FULCHIRON, « on assiste à un double mouvement de dilatation et de contraction. Dilatation du mariage qui se dilue dans une conjugalité ouverte à toutes les formes de vie en couple ; contraction de la conjugalité qui se referme sur le couple et sur lui seul : le couple n'est plus transcendé par l'alliance »². Or, la démarche est critiquable car elle consiste, à partir d'une situation de fait commune aux couples de toute nature, de leur ouvrir des droits individuels. C'est le passage de l'institution à l'individu³ qui entraîne le modèle institutionnel dans son sillage en lui faisant perdre de sa substance. L'évolution n'est pas propre à la France, mais touche le continent européen et bien au-delà, du fait d'un libéralisme par désengagement de la norme⁴. C'est pourquoi la question qui se pose est de savoir si le modèle de familles telle que proposé aujourd'hui par le législateur français pourrait séduire outre-méditerranée et faire l'objet d'une exportation dans les législations des pays du Maghreb (**Chapitre 2**).

¹ V. en ce sens : C. BRUNETTI-PONS (dir. de), *La notion juridique du couple*, Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 1998.

² H. FULCHIRON, « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? », in *Mariage-Conjugalité, Parenté-Parentalité*, H. FULCHIRON (dir. de), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes&Commentaires », 2009, p. XI.

³ *Ibid.*, p. XII.

⁴ Pour reprendre l'expression de Monsieur le professeur MURAT. Cf. P. MURAT, « Individualisme, libéralisme, légistique », in *Mariage-Conjugalité, Parenté-Parentalité*, *op. cit.*, p. 241.

Chapitre premier. L'insertion des unions hors-mariage dans le Code civil

312. La consécration du pluralisme conjugal. Dans le prolongement des réformes amorcées depuis les années 60, l'entreprise de modernisation du droit de la famille se poursuit à l'aube du XXI^{ème} siècle. Après avoir imprimé sa spécificité au droit du divorce, l'aspiration à une tendance pluraliste et diversifiée continue en matière de couple. Le renoncement au modèle légal du mariage comme seul mode d'accès et de fondation de la famille est consommé par la loi du 15 novembre 1999. L'affirmation « à chacun sa famille, à chacun son droit » chère au doyen CARBONNIER avait permis à ce dernier d'introduire le phénomène pluraliste en droit contemporain de la famille. Au nom de ce pluralisme et de la liberté individuelle¹, le législateur offre au couple trois modes de conjugalité correspondant à trois degrés d'engagement différents : l'engagement perpétuel des conjoints fonde le mariage, tandis que la liberté gouverne les rapports des partenaires et des concubins. Pour autant, les trois formes de couples se retrouvent autour de leur volonté de mener une vie commune. Si le concubinage se révèle dénué de tout devoir ou obligation réciproque, il n'en va pas de même s'agissant des deux premiers. Calqué sur le mariage, le pacte civil de solidarité (ci après Pacs) offre des droits et des devoirs comparables (voire équivalents ?) à ceux du mariage tout au long de la vie commune. Or, si le but du législateur en 1999 était d'offrir aux couples de même sexe un cadre juridique -distinct du mariage- afin d'organiser leur vie commune, l'alignement des devoirs et obligations issus du Pacs sur ceux découlant du mariage affaiblit corrélativement ce dernier² qui se trouve désormais concurrencé (**Section 1**). Loin de s'en tenir à une simple dynamique de concurrence, les revendications en vue de l'accès au mariage et à la famille par les couples de même sexe finissent par trouver un écho favorable auprès du législateur qui procède en 2013 à la dénaturation même du modèle matrimonial par l'admission du mariage entre les couples de même sexe (**Section 2**).

¹ Sur ces notions, V. J.-L. RENCHON, « La prégnance de l'idéologie individualiste et libérale dans les récentes réformes du droit de la personne et de la famille », in *Mariage-Conjugalité, Parenté-Parentalité*, op. cit., pp. 209-236 ; V. aussi, P. MURAT, « Individualisme, libéralisme, légistique », in *Mariage-Conjugalité, Parenté-Parentalité*, op. cit., pp. 237-243.

² Sur cette idée, V. J. GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux, Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2012.

Section 1 : Le lien matrimonial concurrencé

313. Une idée nouvelle : le droit au bonheur pour tous. À la suite des Travaux des journées d'études sur le droit de la famille¹, François RIGAUX constate une généralisation de la neutralité de l'État à l'égard des modèles familiaux au sein des systèmes juridiques occidentaux². Justifiée par une prétendue poursuite du bonheur, cette tendance appelle un arrêt sur la réelle teneur de ce qu'est le bonheur, afin d'en saisir le sens dans le cadre de la vie de couple. Défini comme « l'état heureux, de pleine satisfaction et de jouissance de la personne », le bonheur fait appel à l'état d'épanouissement et au sentiment de bien-être. Appliqué à la sphère familiale, le bonheur³ suppose, en amont, de saisir le sens réel de sa propre existence afin de parvenir à une connaissance de l'universel en tant qu'abstraction. À cet égard, le mariage implique « un engagement de tout l'être (...) ; un don total de soi »⁴ en tant qu'il constitue une expérience de l'amour⁵ portée par l'idée du don⁶. Nous avons pu démontrer que si les individus ont une singularité ontologique, les êtres qu'ils constituent doivent réaliser que chaque élément de leur existence est en connexion avec les autres dans un tout harmonieux⁷. Or, le bonheur tel qu'appréhendé dans les sociétés occidentales se détache en tous points du bonheur dont la notion de Bien commun serait la finalité, son objet étant la satisfaction de la particularité et non de l'universel. Il se cantonne à la recherche du bien-être de soi, au détriment du « Soi éthique »⁸ du couple. Madame le professeur DOUCHY-LOUDOT exprime en ces termes la base sur laquelle se font et se défont les unions aujourd'hui : « mais puisqu'ils s'aiment...mais puisqu'ils ne s'aiment plus »⁹.

¹ F. RIGAUX (préface de), *Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, Travaux des VIII^{ème} Journées d'études juridiques Jean DABIN organisées par le Centre de Droit de la Famille les 25-26 mars 1976 à Woluwe-St-Lambert (Bruxelles), Paris, LGDJ, 1978.

² M. A. GLENDON, « La transformation des rapports entre l'État et la famille dans l'évolution actuelle du droit des Etats-Unis », in *Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, op. cit., p. 14.

³ J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit du mariage », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle*. Études offertes à Georges RIPERT, t. 1, Paris, LGDJ, 1950, p. 335.

⁴ E. DU PONTAVICE, « Droit de la famille et droit au bonheur » in *Mélanges offerts à Monsieur le professeur Pierre VOIRIN*, Paris, LGDJ, 1967, p. 688.

⁵ P. SOUAL, *Le drame de la liberté, Introduction aux Principes de la philosophie du droit de Hegel*, Paris, Hermann éd., 2011, p. 82.

⁶ En ce sens : M. DOUCHY-LOUDOT, « Propos impertinents sur l'amour conjugal », *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis Dalloz, 2012, pp. 81-94.

⁷ V. *supra*, n° 55 à 58.

⁸ Sur cette notion du « Soi éthique du couple », cf. l'ouvrage de P. SOUAL, op. cit., p. 83. Pour l'auteur, « entrer dans l'union demande donc d'abandonner sa personnalité séparée, isolée et égoïste, de renoncer à son être-pour-soi exclusif et de s'enchaîner avec l'autre. Cette autolimitation est en vérité une libération à l'égard du caractère indéfini du désir et de la passion, c'est le gain d'une nouvelle personnalité, déterminé et libre dans la communion des cœurs. En perdant son moi égoïste, chacun gagne son Soi éthique dans le Soi du couple ».

⁹ M. DOUCHY-LOUDOT, « Propos impertinents sur l'amour conjugal », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, Paris, Dalloz, 2012, p. 81.

Dans le prolongement de cette idée, la société considère aujourd'hui le fait d'être heureux et de vivre ensemble comme fondement suffisant de la relation familiale. Le suivisme législatif contemporain a consacré cet état des choses en reconnaissant l'existence de couples conjugaux sur la seule base de leur volonté commune de vivre ensemble : à côté de la reconnaissance du concubinage comme mode possible de fondation d'une famille, il a aussi créé le Pacs.

314. Les signes avant-coureurs de la reconnaissance du concubinage. Depuis la loi du 2 janvier 1978¹, les couples de concubins ont bénéficié –au regard des droits sociaux- de la faveur constante du législateur². Une telle démarche traduit la prise en compte -par le droit non civil de la famille³- des couples non-mariés, et repose sur l'impératif de neutralité qui consiste à ne pas porter de jugement de valeur sur le *modèle*⁴ familial choisi. C'est pourquoi la loi MALHURET⁵ leur permettra, sur simple déclaration devant le juge des tutelles, d'exercer conjointement l'autorité parentale sur l'enfant issu du couple. La faveur du législateur continue avec la loi du 6 juillet 1989⁶ qui permet la continuation du contrat de bail au profit du concubin en cas de décès ou d'abandon de son partenaire. La même année, en refusant l'assimilation des couples homosexuels et des couples hétérosexuels⁷, la Cour de cassation contribue à leur reconnaissance. Enfin, une vie commune stable de deux ans leur ouvrira le droit en 1994 à l'assistance médicale à la procréation⁸. Dès lors, c'est bien le fait de vivre ensemble et de se comporter tel un couple marié qui permet de révéler le couple (§1). L'approche factuelle qui en découle ne doit néanmoins pas occulter l'essence même du concubinage, qui demeure la liberté (§2). Or, de plus en plus, le législateur tend à rapprocher voire confondre, les effets produits par la conjugalité engageante et les conjugalités qui ne le sont pas, à tel point qu'une partie de la doctrine, après avoir pressenti l'ébauche d'un droit commun familial⁹, s'attache

¹ Loi par laquelle le législateur permet au concubin qui ne travaille pas d'être l'ayant-droit de son compagnon assuré social (Art. L. 161-14 du C. sécu. soc.). Avant cette date toutefois, la loi du 16 novembre 1912 introduit l'article 340-4 au sein du Code civil ainsi libellé : « La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée (...) », et le 4^e de cet article poursuit ainsi : « Dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu en état de concubinage notoire pendant la période légale de la conception ».

² De la même manière, le concubin victime d'un accident du travail a droit au versement d'une rente viagère (art. L. 434-8 C. sécu. soc.).

³ O. DEBAT, « Le droit social et le droit fiscal, des vecteurs de mutations familiales », in *Lien familial, lien obligationnel, lien social*, Livre II « Lien familial et lien social », E. PUTMAN, J.-P. AGRESTI, C. SIFFREIN-BLANC (dir. de), Marseille, PUAM, 2014, pp. 105-117.

⁴ Sur cette notion de modèle, V. Monsieur le professeur H. FULCHIRON, qui s'interroge sur l'existence d'un modèle familial européen : « Un modèle familial européen ? », in *Vers un statut européen de la famille*, H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON (dir. de), Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, 2014, pp. 171-185.

⁵ Sur cette loi, V. *infra*, n° 450.

⁶ L. n° 89-462 du 6 juil. 1989.

⁷ Pour de plus amples développements sur les couples de même sexe, V. notre Section 2 de ce chapitre.

⁸ Art. L. 2141-2 du C. santé pub.

⁹ J. HAUSER, « Vers un droit commun familial », *D.*, 1991, p. 56.

aujourd'hui à la réflexion sur un possible droit commun du couple¹, voire la possible mise en place d'un régime impératif conjugal (§3).

§1) Le couple non marié révélé par la vie commune

315. Une reconnaissance symbolique. L'entrée en vigueur de la loi du 15 novembre 1999² offre au législateur l'occasion de définir ce qu'est le concubinage³. Au sein du titre XII (chapitre 2) du Code civil, celui-ci est défini comme l'« union de fait⁴, 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 ». La célèbre formule attribuée à NAPOLEON, en vertu de laquelle si « les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux », n'est plus que partiellement vraie, et explique pourquoi il n'a jamais été à l'ordre du jour du législateur⁵ de doter les concubins d'un statut⁶. À l'occasion des débats parlementaires portant sur la création du Pacs⁷, la question de la reconnaissance du concubinage n'a été qu'incidemment abordée, ce qui explique que seule une définition de ses éléments constitutifs est donnée. La possibilité d'une organisation juridique du concubinage a néanmoins poussé certains auteurs à la réflexion. En 1986 déjà, un auteur s'interrogeait sur la possibilité pour le législateur de reconnaître le concubinage en lui conférant un statut harmonieux, à l'image du *modèle*⁸ du mariage. Considéré comme étant un « faux-problème »⁹ par Madame le professeur RUBELLIN-DEVICHI, cette dernière reconnaît qu'« il est impossible de traiter de façon unitaire des situations de fait aussi

¹ X. LABBEE, *Le droit commun du couple*, PUS, Septentrion, 2^{ème} éd., 2012.

² L. n° 99-944 du 15 novembre 1999, *J.O.*, 16 nov. 1999, p. 16959.

³ Pour une étude comparée, sociologique et juridique des concubinages, cf. J. RUBELLIN-DEVICHI (dir. de), *Les concubinages, Approche sociologique*, Paris, éd. du CNRS, 1986; *Des concubinages dans le monde*, Paris, éd. du CNRS, 1990; du même auteur : « Les concubinages : mise à jour », in *Mélanges HUET-WEILLER*, Paris, LGDJ, 1994, p. 389 et s.

⁴ Monsieur le professeur J.-J. LEMOULAND considère que le maintien du terme « union de fait » dans cette définition est une maladresse au vu de la place du concubinage aujourd'hui dans le droit civil et des effets qu'il produit. Cf. J.-J. LEMOULAND, *Droit de la famille*, éd. Ellipses, 2014, p. 370.

⁵ J. RUBELLIN-DEVICHI, « L'attitude du législateur contemporain face au mariage de fait », *RTD civ.*, 1983, 389 et s.

⁶ Cf. Rép. min. n° 25678 du 24 mars 1980, *JCP, G, IV*, 1980, 408 : « Il serait paradoxal d'enfermer dans un cadre rigide une situation qui repose par définition sur le liberté des intéressés » ;V. aussi, A. SERIAUX, « De l'opportunité d'un statut des concubins », in *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, Actes des Journées d'Études des 4 et 5 mai 2000, organisées par le Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé (LERADP), Université Lille II, Paris, LGDJ, pp. 29-36.

⁷ Sur la genèse du PACS, cf. H. BOSSE-PLATIERE, « Nature juridique et évolution du Pacs », in *Droit de la famille*, P. MURAT (dir. de), Paris, Dalloz Action, 7^{ème} éd., 2016-2017, pp. 559-574.

⁸ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in *Mélanges Christian MOULY*, Paris, Litec, 1998, p. 281. Sur la notion de modèle, V. TERRASSON DE FOUGERES, *Le modèle dans le droit de la famille. Notion et fonction*, Thèse, Paris II, 1994.

⁹ Pour reprendre l'expression employée par Madame le professeur RUBELLIN-DEVICHI, in *Les concubinages, Approche socio-juridique*, Paris, éd. du CNRS, 1986, p. 18.

diverses »¹, qui plus est dans des domaines différents (civil, social et fiscal). Pour Madame le professeur Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, le décloisonnement des disciplines conduit nécessairement le droit civil, à partir de la notion de vie maritale, à tenir « compte des formes de vie familiale auxquelles le droit social accorderait une reconnaissance seulement pécuniaire »². Le même constat trouve toute sa pertinence au regard de l'évolution du droit européen et de ses répercussions sur le droit interne. La diversité des objectifs et des méthodes employées par les différentes sources normatives conduisent à ce que l'auteur a qualifié de « dévoiement des modèles familiaux ». Si aujourd'hui la définition du concubinage se trouve en porte-à-faux des effets qu'il engendre, c'est très précisément en raison des effets non négligeables qu'il produit et qui conduisent parfois à assimiler les concubins aux personnes mariées. De la même manière, la rupture du concubinage génère un important contentieux -entre les concubins eux-mêmes mais aussi à l'égard des tiers- qui conduit Monsieur le professeur Jean-Jacques LEMOULAND à douter que « (...) cette situation (ne peut être) soit tenable indéfiniment »³. L'étude de la jurisprudence en la matière permet de « tracer un cadre », et la notion d'obligation naturelle permet parfois aux juges de pallier l'absence de statut juridique. Il ne serait pas inconcevable, dans ce contexte, de mener une réflexion quant à la possibilité d'un certain nombre de règles primaires au profit des couples de concubins.

316. Un changement profond du droit de la famille. La place occupée par le mariage durant des siècles a conduit le législateur, dès la promulgation du Code civil, à ignorer les concubins. Union « de seconde zone », le concubinage était inférieur à l'état de mariage et le législateur lui déniait tout effet juridique. Or, l'augmentation des divorces et la désaffection des plus jeunes vis-à-vis du mariage dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle ont conduit à une remise en cause de cette idée. L'évolution de la société et des mœurs - mise en évidence par la sociologie (notamment juridique) et les enquêtes d'opinion- a mis en lumière la nécessité d'adapter le droit aux réalités de notre temps, et des propositions ont été faites en ce sens⁴. Bien que le concubinage produisait déjà des effets - essentiellement sociaux et en matière d'autorité parentale-, sa reconnaissance par le législateur en 1999 a emporté nombre de conséquences. Il ne s'agit pas seulement de la consécration légale d'un phénomène déjà existant ou de la simple adaptation du droit à la réalité. Les conséquences qu'une telle reconnaissance ont radicalement bouleversé le paysage du droit français de la famille. En premier lieu, la perception même du couple en

¹ *Ibid.*, p. 18.

² F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », *art. précit.*, p. 281.

³ J.-J. LEMOULAND, *Droit de la famille*, Paris, éd. Ellipses, 2014, p. 373, spec. 458.

⁴ V. en ce sens le rapport de Madame le professeur F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Paris, La Documentation française, Coll. des « rapports officiels », 1999 ; I. THERY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Paris, éd. Odile Jacob&La Documentation française, 1998.

ressort profondément modifiée. Le mariage n'étant plus la seule forme légale d'union, tous les couples sont égaux et se valent dans la société, qu'ils soient de même sexe ou de sexe différent. Le couple hétérosexuel coexiste désormais avec le couple homosexuel, auquel la jurisprudence¹ a longtemps refusé la reconnaissance. En second lieu, cette loi signe l'abandon de l'exclusivité du mariage en tant que modèle de fondation de la famille. Peuvent désormais coexister à ses côtés, au sein du Code civil, des unions qui recouvrent d'autres réalités², caractérisées par la volonté de vivre ensemble et sans nécessairement s'inscrire dans la durée. Il y a là un retrait du rôle « positif » du législateur, qui déterminait autrefois ce qui était bon pour la société et le consacrait légalement. Avec cette loi, il fait œuvre de neutralité en renonçant à privilégier une union au détriment d'une autre, alors même qu'elle serait plus profitable pour la société³. En troisième lieu, il s'agit de la consécration de l'engagement privé des individus qui se passe de la société pour exister. À cet égard, Madame Clotilde BRUNETTI-PONS considère que « cette loi s'inscrit dans un courant d'idées selon lequel : il n'existe pas de famille idéale ; la loi doit rester neutre et tenir compte de la diversité des situations »⁴. Au demeurant, le législateur « refuse de reconnaître à une forme d'union plus de qualités qu'aux autres », car « rien ne vient plus justifier que le mariage conserve sa place traditionnelle de modèle »⁵. Enfin, cette loi parachève la dissociation de la vie commune du couple conjugal, « envisagée sous son aspect intimiste et personnel d'une part, et la relation parentale, envisagée sous l'angle de l'intérêt de l'enfant, d'autre part »⁶. Après avoir permis aux enfants nés hors mariage d'entrer dans la famille de leur auteur, la rupture consiste à reconnaître le couple non fondé sur le mariage, de même sexe soit-il ou de sexe différent. Corrélativement, le couple est valorisé et constitue la nouvelle matrice du droit de la famille.

317. Une situation de pur fait. Selon Monsieur le professeur ROUBIER, les situations juridiques sont « des situations individuelles et concrètes, dans lesquelles peuvent se trouver placées les personnes les unes vis-à-vis des autres, sur la base des règles juridiques »⁷. À l'inverse, les *situations de fait* « (...) ont ce caractère particulier de ressembler à des situations de droit bien précises, tout en s'en distinguant »⁸. Bien que les

¹ Cass. soc., 11 juil. 1989, *D.*, 1990, p. 582 ; Civ. 3^{ème}, 17 déc. 1997, *D.*, 1998, p. 111.

² F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « À propos du pluralisme des couples et des familles », *art. précit.*, pp. 29-36.

³ Sur l'antinominalisme du législateur dénoncé par Monsieur le professeur Y. LEQUETTE, cf. *supra*, n° 83.

⁴ C. BRUNETTI-PONS, « Couple, concubinage et Pacs, de l'émergence d'une hiérarchie des couples ? », in *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, Actes des Journées d'Études des 4 et 5 mai 2000 organisées par le Laboratoire d'Études et de Recherche appliquées au Droit Privé (LERADP) de l'Université de Lille II, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (dir. de), Paris, LGDJ, 2002, p. 37.

⁵ *Ibidem.*, p. 38.

⁶ C. BRUNETTI-PONS, « Couple, concubinage et Pacs, de l'émergence d'une hiérarchie des couples ? », *art. précit.*, p. 39.

⁷ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963.

⁸ L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, Paris, LGDJ, 1990, p. 3 ; V. aussi L. JOSSERAND, « L'avènement du concubinat », *DH*, 1932, chron. 45 ; P. ESMEIN, « Le problème de l'union libre », *RTD civ.*, 1935, 747 ;

« situations de fait soient également des situations concrètes, la structure matérielle de chacune d'elles est très proche d'une situation de droit : (...) les concubins vivent en fait comme des époux, les époux séparés de fait n'ont plus de vie commune comme ceux qui sont séparés de corps ou divorcés, etc... La différence vient de ce que les situations de fait ne sont pas établies conformément aux règles de droit (...) »¹. Pourtant, il arrive que le droit prenne en compte ces situations. Ce sont alors des situations *irrégulières* « auxquelles sont attachées certains des effets des situations de droit correspondantes »². Cette analyse se vérifie pleinement s'agissant du concubinage, pris en compte du fait de la vie commune qui le révèle.

318. Une situation fondée sur la vie commune. Les articles 515-8 et 515-1 du Code civil, issus de la loi du 15 novembre 1999 portant reconnaissance du concubinage et création du Pacte civil de solidarité (ci-après Pacs) visent tous deux la vie commune comme critère de reconnaissance des relations non fondées sur le mariage. Si la notion de vie commune ne fait pas l'objet d'une définition, le Conseil constitutionnel, s'agissant du PACS³, a érigé la vie de couple en condition d'application du statut⁴. Celui-ci a eu l'occasion de préciser 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 ; la vie commune mentionnée par la loi suppose, outre une résidence commune, une vie de couple qui seule justifie que le législateur ait prévu des causes de nullité du pacte qui, soit reprennent les empêchements à mariage visant à prévenir l'inceste, soit évitent une violation de l'obligation de fidélité découlant du mariage ; qu'en conséquence, sans définir expressément le contenu de la vie commune, le législateur en a déterminé les composantes essentielles* »⁵. Tandis que les partenaires s'engagent contractuellement à organiser leur vie commune, l'article 515-8 relatif au concubinage n'en dit mot. Pourtant, la jurisprudence n'hésitait pas auparavant à définir le concubinage en contemplation du mariage⁶ chaque fois que la vie du couple de concubins s'en rapprochait⁷. S'il n'existe pas plusieurs façons de vivre en couple, la vie commune des

M. NAST, « Vers l'union libre ou le crépuscule du mariage légal », *DH*, 1938, chron. 37; R. RODIERE, *Le ménage de fait devant la loi française*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XI, 1957.

¹ L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, *op. cit.*, p. 3.

² *Ibid.*, p. 4.

³ Sur celui-ci cf. W. BABY, *Les effets patrimoniaux du Pacs. L'invention d'une nouvelle forme de conjugalité*, Paris, Defrénois, coll. « Droit&Notariat », 2013.

⁴ Au lendemain de la loi instaurant le PACS, certains ne voyaient en la communauté de vie que le simple partage du logement commun. Ce point de vue éloignait dès lors le PACS de la sphère conjugale.

⁵ Cons. constit., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, *J.O.*, 16 novembre, V. N. MOLFESSIS, « Pacte civil de solidarité : la réécriture de la loi relative au pacs par le Conseil constitutionnel », *JCP*, G, I, 2000, p. 210.

⁶ P. MALAURIE, « Mariage et concubinage en droit français contemporain », *Arch. philo. dr.*, 1975, pp. 17-28, spec. p. 23.

⁷ Or, la définition retenue du concubinage prend le soin de dissocier nettement le concubinage -union de pur fait- du mariage.

concubins semble toujours être calquée sur celle des époux ou des partenaires¹. Révélateur de l'effectivité de la vie de couple, ce critère constitue aujourd'hui le dénominateur commun aux trois formes de conjugalité. Purement factuel, il contribue également à leur confusion² du fait que le législateur en fait le critère exclusif permettant aux conjugalités de produire leurs effets.

319. Appréciation jurisprudentielle de la durée de la vie commune. Pour produire des effets, le concubinage doit s'inscrire dans la durée et la stabilité³. Le temps⁴ est à cet égard d'une admirable vertu légitimante. Si en mariage la communauté de vie a déjà quelque chose de présumé, en concubinage elle reste à prouver. Bien qu'elle ne découle pas uniquement de la cohabitation, il semble difficile d'établir la communauté de vie en dehors de toute vie commune matérielle. Il revient donc aux tribunaux d'apprécier, au cas par cas la stabilité et la longévité de l'union⁵. La Cour de cassation a d'ailleurs rappelé que la preuve du concubinage est libre et les juges du fond l'apprécient souverainement. Il leur est par conséquent loisible de se retrancher derrière leur pouvoir souverain afin de refuser à l'union le caractère de stabilité exigé par l'article 515-8 du Code civil, en l'absence de domiciliation commune de l'intéressée et du défunt, et d'une domiciliation différente pour le compte bancaire joint⁶. La solution peut sembler sévère si l'on repense à la conception plus souple de la communauté de vie en mariage. C'est pourquoi la jurisprudence se montre assez libérale, n'hésitant pas à retenir l'existence du concubinage même lorsqu'il est établi que les individus ne partagent pas un domicile commun⁷. Néanmoins, l'appréciation au cas par cas de la durée de la vie commune demeure problématique car si ce critère est indispensable à l'établissement de l'intention concubinaire⁸, il conditionnera également l'octroi de certains droits sociaux au profit des concubins.

¹ Bien qu'il se dessine nettement avec la loi de 1999 une hiérarchisation des nouvelles formes de conjugalité, tributaire du degré d'engagement du couple : M. LAMARCHE, *Les degrés du mariage*, Marseille, PUAM, 1999.

² Cette confusion se trouve accentuée par la décision du Conseil constitutionnel qui a posé la nécessité d'une vie de couple, plus large que la simple cohabitation initialement retenue par le législateur dans le Pacs. Conseil constit., DC n° 99-419 du 9 nov. 1999, *J.O.*, 16 nov. 1999, p. 16962.

³ Ces deux critères figuraient déjà dans la jurisprudence antérieure à la loi de 1999, et ont été consacrés par elle : CA Bordeaux, 25 mars 1997, *Rev. dr. fam.*, 1997, comm. 132, note H. LECUYER ; CA Toulouse, 6 mars 2000, *Rev. dr. fam.*, comm. 106, note H. LECUYER.

⁴ La jurisprudence examine au cas par cas la réalité de la stabilité du couple « de fait ». Ainsi, une simple aventure, dénuée du caractère de stabilité, ne permet pas de retenir la qualification de concubinage au sens de l'article 515-8, cf. CA Toulouse, 23 janvier 2001, *JurisData*, n° 2001-137248.

⁵ R.-M. ROLAND, *Le couple et l'artifice. Droit des néo-conjugalités : mariages fictifs, concubinages, pacs*, Lyon, éd. L'Hermès, 2000, p. 362.

⁶ Cass. crim. 5 oct. 2010, n° 10-81.743, *Rev. dr. fam.*, 2011, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE, comm. 1.

⁷ CA Paris, 19 janv. 1989, *D.*, 1989, p. 42 ; CA Bordeaux, 25 mars 1997, *Rev. dr. fam.*, 1997, comm. 132, H. LECUYER ; CA Douai, 12 déc. 2002, n° 01/03255, *Rev. dr. fam.*, 2003, comm. 86, H. LECUYER. V. plus récemment : CA Lyon, 2^{ème} ch. A, 2 juill. 2013, n° 13/03189, *Rev. dr. fam.*, n° 10, oct. 2013, comm. 132, J.-R. BINET.

⁸ R.-M. ROLAND, *Le couple et l'artifice, op. cit.*, p. 358.

320. La vie commune suppose une vie de couple. La prise en compte de la communauté de vie comme critère de reconnaissance du concubinage conduit à considérer le couple comme une entité autonome, perçue principalement sous l'angle de ses relations intimes. À cet égard, la loi de 1999 reconnaît les concubins comme formant un couple, tandis que jusqu'à cette date, ils ne représentaient qu'une situation de fait mettant en cause deux individus pris isolément. C'est la consécration expresse du couple conjugal de sexe différent ou de même sexe, distinct du couple parental. Pour la doctrine, il s'agit de la consécration juridique de la notion de couple en droit civil¹.

Bien que le texte ne formule pas expressément l'exigence de relations sexuelles, la vie de couple telle que visée les implique. Or, mettre sous l'éclairage du droit un aspect aussi intime de la relation témoigne d'une intrusion au sein d'une sphère considérée par le doyen CARBONNIER comme étant une zone de *non-droit*. C'est pourquoi il ne semble pas opportun de définir le concubinage comme étant une situation de pur fait, le droit s'étant immiscé dans les moindres recoins de la vie privée du couple. Désormais, Monsieur le professeur Francis CABALLERO souligne que le concubinage est « ouvert à toutes les formes d'union sexuelle sans être borné par les empêchements au mariage (...) qui en interdisent l'accès à certaines catégories de personnes », dont les fratries². Néanmoins, l'auteur relève une limite importante à cette liberté tenant au fait qu'il ne peut réunir que deux personnes vivant ensemble, ce qui exclut le concubinage à plusieurs³. Or, certains auteurs ont pu élargir le champ de la réflexion quant à l'opportunité du maintien d'un couple réduit à deux personnes, dès lors que les individus le composant bénéficient d'une entière liberté pour l'organiser. Si l'aspect intime de la relation est davantage pris en compte⁴, la vie commune en Pacs et en concubinage suppose des relations intimes. Pourtant, « il n'est aucune conséquence juridique attachée à cet élément dit constitutif du Pacs, ni fidélité pour les partenaires, ni lien avec des enfants potentiels. Rien n'empêcherait, sous réserve du respect des interdictions de l'article 515-2 du Code civil, d'utiliser le contrat de PACS en simple contrat d'organisation de la vie "communautaire", simplement fraternelle »⁵. Il est donc évident que seule une volonté de rapprocher le Pacs du mariage a conduit le législateur à utiliser des termes similaires mais qui n'ont pas vocation à recouvrir les mêmes notions dès lors que les sanctions ne sont pas les mêmes⁶.

¹ C. BRUNETTI-PONS (dir.), *La notion juridique de couple*, *op. cit.*

² D'ailleurs, les propositions de loi de Messieurs Jean-Pierre MICHEL et Jean-Marc HAYRAULT prévoyaient d'étendre à deux frères, deux sœurs, un frère et une sœur, la plupart des effets découlant de la conclusion du Pacs, excepté aux conséquences relatives aux droits successoraux et aux donations, ceux-là étant jugés plus favorables sur le plan fiscal au profit des collatéraux.

³ F. CABALLERO, *Droit du sexe*, Paris, LGDJ, Lextenso éd., 2010, p. 248, spec. n° 287.

⁴ C. ADAM, « La sexualité comme puissance de démesure et de dérèglement du droit », in *Droit des familles, genre et sexualité*, Paris, LGDJ, coll. « Anthémis », 2012, pp. 25-33.

⁵ I. BARRIERE-BROUSSE, M. DOUCHY-LOUDOT, *Les contentieux familiaux. Droit interne, international et européen*, Paris, Lextenso éd., 2013, p. 50.

⁶ J. HAUSER, J.-L. RENCHON (dir. de), *Le statut juridique du couple marié et du couple non marié en droit belge et français, Les statuts légaux des couples*, Vol. 1, Bruxelles, éd. Larcier, 2012, p. 514.

En outre, Madame Clotilde BRUNETTI-PONS déplore que ce critère favorise la séparation entre « couple conjugal » et « couple parental », en appauvrissant la référence familiale au détriment de la relation parentale. Celle-ci souligne que « la référence à la notion de couple peut sembler préférable en ce qu'elle permet de les associer (concubinage et mariage) par la mise en évidence d'un autre dénominateur commun : l'union »¹.

§2) Le couple non marié gouverné par le principe de liberté

321. Le recul du principe de liberté en concubinage. Les concubins ne sont tenus entre eux à aucune obligation expressément prévue par la loi. Bien que réglementé, le Pacs n'en demeure pas moins une forme de concubinage institué, dont l'essence est la liberté. Pourtant, l'étendue de la liberté dans le cadre de ces deux formes de conjugalité mérite l'attention à l'heure où leurs effets tant durant la vie de couple (A) que lors de la rupture (B), se rapprochent de plus en plus de ceux du mariage².

A) La liberté encadrée durant la vie de couple

322. Les conjugalités non engageantes : quel degré d'immixtion du législateur ? Si le statut des couples mariés repose sur des règles juridiques protectrices, l'émergence de nouvelles formes de conjugalités reconnues par le droit a conduit le législateur à élaborer un certain nombre d'« obligations génériques »³ au profit des couples non mariés. La démarche aboutit à l'assimilation des couples non mariés aux époux -ce qui n'est guère souhaitable- ou à l'élaboration de règles propres prenant en compte la vocation des concubins et partenaires à la liberté. Le respect de cet équilibre sera vérifié tant sur le plan de la vie personnelle du couple (1) que sur le plan patrimonial (2).

1- Sur le plan personnel

323. Une seule façon de vivre en couple. Complet et protecteur, c'est en contemplation des règles issues du statut du mariage que le législateur s'inspire pour réglementer les autres formes de conjugalité. Néanmoins, la liberté constitutive du Pacs et du concubinage commande que la règle de droit n'y interfère qu'avec parcimonie, ou qu'elle soit à tout le moins respectueuse du degré d'engagement diminué du couple. Sans

¹ C. BRUNETTI-PONS, « Couple, concubinage et Pacs, de l'émergence d'une hiérarchie des couples ? », *art. précit.*, p. 40, note 17.

² J.-J. LEMOULAND, « La diversité du droit contemporain de la famille : un trompe l'œil », in *Mélanges en l'honneur de Jerry SAINTE-ROSE*, C. PUIGELIER (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 729-750.

³ Pour reprendre l'expression utilisée par Madame Gaëlle RUFFIEUX in *Les sanctions des obligations familiales*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2014.

cette précaution, le risque est d'aboutir à un monolithisme contraire au pluralisme institué. La vie du couple marié ne diffère pas, au plan factuel, de celle des couples non mariés¹, et certains principes « moraux » commandent de traiter de manière identique les couples mariés et les couples non mariés. C'est notamment le cas lorsque sont en cause les exigences de respect (α), d'assistance (β) voire de fidélité (Γ).

α) L'exigence de respect

324. Indifférence quant à la nature du lien unissant le couple. L'obligation de respect résulte du devoir général de ne pas nuire à autrui. Ce principe gouverne les rapports entre les personnes et, au-delà des dispositions du Code pénal, trouve sa traduction dans l'article 1382 du Code civil (article 1240 du Code civil à compter du 1^{er} octobre 2016)² condamnant à réparation celui dont la faute cause un dommage à autrui. Dans ce cadre, le phénomène des violences, perpétré dans un cadre conjugal, suppose une protection particulière et originale car il s'agit de s'immiscer dans l'intimité du couple afin de sanctionner les débordements occasionnés, notamment en présence d'enfants³. L'expulsion du conjoint violent du domicile conjugal a dans un premier temps été prévu dans le cadre d'une procédure de divorce⁴. En même temps qu'elle renforçait la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006⁵ introduisait le devoir de respect dans le Code civil en tête de liste des obligations nées du mariage. Désormais, aux côtés de la fidélité, du secours et de l'assistance, les époux se doivent aussi le respect⁶. Réservée aux seuls couples mariés, la protection contre les violences conjugales ne pouvait valablement demeurer tributaire de la qualité du lien qui unit la victime à son agresseur. L'atteinte à l'intégrité des personnes qui en découle dépasse le cadre des relations conjugales et la Cour européenne ne manque de le rappeler⁷. C'est dans ce contexte que la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010¹ relative aux

¹ Pour Monsieur le professeur Xavier LABBEE, il n'y a pas « différentes manières de mener une vie commune mais il n'y en a qu'une », c'est pourquoi ce dernier invite à une possible « définition unique de la vie de couple », car les articles 215, 515-1 et 515-8 du Code civil disent au fond la même chose. En ce sens : X. LABBEE, *Le droit commun du couple*, PUS, Septentrion, 2^{ème} éd., 2012, pp. 99-100.

² Cf. ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *J.O.*, 11 fév. 2016.

³ Cf. à ce sujet le dossier consacré par l'*AJ fam.*, 2013, n° 5, « Enfant et conflit conjugal ».

⁴ L. n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, ainsi que son décret d'application n° 2004-1158 du 29 octobre 2004 portant réforme de la procédure en matière familiale.

⁵ L. n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *J.O.*, 5 avril 2006 p. 5097.

⁶ Article 212 du Code civil.

⁷ P. LAMBERT, « La violence conjugale et la Convention européenne des Droits de l'Homme », in *Le droit de la famille à l'épreuve de la CEDH*, F. KRENC, M. PUECHAVY (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 47-53. V. aussi la condamnation d'États dont la protection contre les violences conjugales fait défaut : CEDH, 12 juin 2008, n° 71127/01, *Bevacqua c/ Bulgarie* ; CEDH, 15 sept. 2009, n° 8227/04, *E.S. c/ Slovaquie* ; CEDH, 30 nov. 2010, n° 2660/03, *Hajduová c/ Slovaquie* ; CEDH, 24 avr. 2012, n° 57693/10, *Kalucza c/ Hongrie* ; CEDH, 26

violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants constitue la traduction de l'intérêt porté par le législateur à cette problématique. Ainsi, la victime des violences conjugales peut être la personne vivant en couple, peu importe le lien actuel ou ancien l'unissant à l'autre membre du couple. L'originalité de la protection mise en place consiste en l'instauration d'un dispositif généralisé et autonome de protection au profit de tous les couples conjugaux.

325. La mise en place d'une protection judiciaire sur le plan civil. L'article 515-9 dispose que « lorsque les violences exercées au sein du couple ou par un ancien conjoint, un ancien partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou un ancien concubin mettant en danger la personne qui en est victime, un ou plusieurs enfants, le juge aux affaires familiales (JAF) peut délivrer en urgence à cette dernière une ordonnance de protection ». Outre cette ordonnance de protection délivrée par le JAF, dont la durée de vie ne peut être supérieure à 6 mois² – sauf pour le conjoint qui peut demander la prorogation de ces mesures si une requête en divorce est introduite-, les mesures civiles de protection permettent au juge d'éloigner³ l'auteur des violences de la victime ou de ses proches, d'attribuer au bénéficiaire de la victime le logement du couple⁴, de statuer sur l'exercice de l'autorité parentale⁵ lorsqu'existent des enfants, de se prononcer sur les sorties de territoire du membre du couple ou des enfants⁶ et, depuis l'adoption de la loi relative à la protection de l'enfance⁷, retirer l'autorité parentale « lorsque l'enfant est témoin de pressions ou de violences, à caractère physique ou psychologique, exercées par l'un des parents sur la personne de l'autre ». Le non respect de l'ordonnance de protection par l'auteur présumé des violences peut donner lieu à deux ans d'emprisonnement et 15000 euros d'amende. De façon similaire, le seul fait de ne pas communiquer son changement de domicile au membre du couple créancier dans le cadre d'une mesure relative au paiement de subsides ou de contribution expose l'auteur présumé des violences à 6 mois d'emprisonnement et 7500 euros d'amende. Autant de prérogatives permettent incontestablement au JAF de se positionner comme étant l'acteur central de la défense des personnes et de la famille. Récemment, une proposition de loi a été déposée devant l'Assemblée nationale⁸ en vue de

mars 2013, n° 33234/07, *Valiuliené c/ Lituanie* ; CEDH, 28 mai 2013, n° 3564/11, *Eremia et a. c/ République de Moldavie*.

¹ M. DOUCHY-OU DOT, « Quelle protection contre les violences au sein du couple ? », *Rev. Procédures*, 2010, n° 10, 37 ; I. CORPART, « Intensification de la lutte contre les violences conjugales. Commentaire de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 », *Rev. dr. fam.*, n° 11, nov. 2010, étude 28.

² Art. 515-12 C. civ.

³ Art. 515-11, 3° C. civ.

⁴ Art. 515-11, 4° C. civ.

⁵ Art. 515-11, 5° C. civ.

⁶ Art. 375-2, 375-3, 375-5 C. civ.

⁷ Art. 25 de la L. n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, *J.O.*, 15 mars 2016, modifiant l'article 378-1 du Code civil.

⁸ Proposition de loi n° 2686 visant à déchoir de leur bail les locataires sociaux auteurs de violences conjugales, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 25 mars 2015.

déchoir de leur droit au maintien dans le logement le conjoint ou le concubin violent, lorsque celui-ci est titulaire du bail du logement social occupé par le couple. L'objectif étant de renforcer la protection des femmes victimes de violences, en leur transférant le droit au maintien dans les lieux, afin de permettre à la victime, lorsqu'elle le décide, d'engager une procédure d'expulsion à l'égard du conjoint ou concubin violent¹.

La faiblesse du dispositif réside en outre dans le fait que la saisine du juge n'a lieu qu'à la demande de la victime ou du ministère public. Or, le plus souvent, les victimes en état de choc ne saisissent pas elles mêmes le JAF mais passent par l'intermédiaire du ministère public qui, avec leur accord, le fera. Ainsi que l'a si justement souligné un auteur, « l'ordonnance de protection, en tout état de cause, suppose que la victime soit apte à se dégager de l'emprise de son conjoint, partenaire ou concubin et donc qu'elle adhère *a minima* à la procédure déclenchée. Là sera sans doute l'un des grands obstacles au succès de la nouvelle protection légale (...) »². Cette situation prouve aussi que l'ordonnance de protection se situe en dehors du champ de l'ordre public pour ne se situer que dans le domaine de la protection privée des personnes.

326. Une protection renforcée par des mesures de répression pénale. Le lien de proximité existant entre la victime et l'auteur des violences constitue, en matière répressive, une circonstance aggravante de l'infraction commise³. Les violences⁴, l'administration de substances nuisibles à la santé⁵, ainsi que les tortures et actes de barbarie⁶ sont punis d'une peine plus élevée lorsqu'ils sont commis par un conjoint, partenaire ou concubin⁷. Quant au viol, il a déjà été reconnu par la jurisprudence pénale entre époux et figure, aujourd'hui, à l'article 222-24, 11° du Code⁸. De façon générale, les mesures pénales relatives à la répression des violences au sein du couple entérinent et renforcent les mesures existantes. Certaines d'entre elles, comme la téléprotection⁹, le

¹ Un article L. 442-3-4 sera inséré dans le Code de la construction et de l'habitat, ainsi libellé : « Le droit au maintien dans les lieux du locataire s'éteint lorsque le titulaire du bail est auteur de violences conjugales, attestées par décision judiciaire, à l'encontre de son conjoint ou concubin cooccupant des lieux et également domicilié dans ce logement; l'extinction du droit au maintien dans les lieux du conjoint violent est notifiée par lettre recommandée avec accusé de réception ; elle prend effet immédiatement et le bail est transféré au conjoint victime ».

² I. BARRIERE BROUSSE, M. DOUCHY-LOUDOT (dir. de), *Les contentieux familiaux. Droit interne, international, et européen, op. cit.*, p. 102-103.

³ *Ibid.*, p. 106.

⁴ Art. 222-8 6°, 222-10 6°, 222-12 6°, 222-13 6° du CP.

⁵ Art. 222-15, al. 1^{er} CP.

⁶ Art. 222-3 6° du CP.

⁷ J. LEBLOIS-HAPPE, « L'appréhension par le droit pénal de la solidarité au sein du couple », *AJ fam.*, 2004, p. 17.

⁸ Selon cet article, « le viol est puni de vingt ans de réclusion criminelle lorsqu'il est commis par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité ».

⁹ V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Le dispositif de télésurveillance destiné à la protection des victimes de violences au sein du couple est opérationnel », *Rev. dr. fam.*, 2010, n° 5, comm. 73.

bracelet électronique¹ ou le fichier automatisé² des auteurs de violences conjugales constituent autant de moyens visant une répression efficace des violences commises au sein du couple. Au titre des violences qu'un membre du couple peut exercer à l'encontre de l'autre figure également le harcèlement moral. Se rapportant initialement au droit social³, cette infraction est définie à l'article 222-33-2-1 du Code de procédure pénale et consiste en « des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de vie se traduisant par une altération de sa santé physique ou mentale », et peut être imputable à un « ex »⁴. Autant de mesures permettent donc de faire cesser le conflit conjugal et protéger la victime. Néanmoins, la présence d'enfants au conflit peut rapidement faire basculer celui-ci et prendre une ampleur parentale. C'est pourquoi l'action doit être efficace et rapide⁵, car la présence de l'enfant en tant que témoin⁶ contrevient à son droit de bénéficier d'un environnement sain et équilibré auprès de ses deux parents.

β) Le devoir d'assistance

327. Une notion hors la sphère juridique. « Fondu dans l'intimité de la vie du couple »⁷, le devoir d'assistance est par excellence l'apanage du *non-droit*. Celui-ci est défini comme « l'aide personnelle que les époux doivent s'apporter d'un point de vue moral, psychologique ou matériel »⁸. Concrètement, il consiste à s'aider mutuellement à porter le poids de la vie⁹ tant que la communauté de vie dure. Madame le professeur Mélina DOUCHY-LOUDOT le qualifie ainsi : « le devoir d'assistance consiste pour un époux à être présent auprès de l'autre pour l'aider à porter toutes les difficultés personnelles qu'il pourrait rencontrer. Elle est fondée sur l'idée que dans le mariage, ce qui arrive à l'autre arrive à soi-même et, pour cette raison, il n'est pas excessif de dire que le mariage est un

¹ Cette mesure résulte de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, et peut être étendue au membre du couple violent afin de protéger l'autre membre et les enfants (CPP. art. 142-12-1).

² Ce mécanisme permet de s'assurer de l'effectivité de l'interdiction faite à une personne condamnée ou mise en examen de rentrer en contact avec une personne faisant l'objet d'une protection contre les violences de celle-ci. Le décret n° 2012-268 du 24 février 2012 permet une expérimentation de ce dispositif dans le ressort de tribunaux de grande instance d'Amiens, d'Aix-en-Provence et de Strasbourg jusqu'au 9 juillet 2013.

³ Art. 222-33-2 Code proc. pén.

⁴ Art. 222-33-2 al. 2 Code proc. pén.

⁵ Sur ce point, V. l'arrêt de condamnation de l'État hongrois par la Cour européenne faite pour les autorités hongroises d'avoir pris les mesures nécessaires pour préserver la requérante des violences exercées contre elle par son ex-compagnon : CEDH, 24 avr. 2012, n° 57/693/10, *Kaluczka c/ Hongrie*, *Rev. dr. fam.*, 2012, n° 6, comm. 95, M. BRUGGEMAN.

⁶ Sur la question du témoignage de l'enfant (commun), la CA de Bordeaux a jugé que celui-ci était recevable en l'instance qui ne tend qu'à la protection d'un conjoint victime de violence de la part de l'autre conjoint : CA Bordeaux, ch. civ. 6, 16 janv. 2013, n° 11/06198; *Rev. dr. fam.*, 2013, n° 4, comm. 62, comm. P. BONFILS.

⁷ Pour reprendre l'expression de Monsieur le professeur MURAT *in Droit de la famille*, Paris, Dalloz Action, 7^{ème} éd., 2016-2017, n° 116.111, p. 200.

⁸ J. HAUSER, J.-L. RENCHON (dir. de), *Le statut juridique du couple marié et du couple non marié*, *op. cit.*, p. 505.

⁹ G. CORNU, *La famille*, 9^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2006, n° 30.

joug, qui est cette pièce de bois où l'on est attelé, par hypothèse, à deux »¹. Par conséquent, ce devoir trouve davantage son origine dans l'affection qui cause et maintient la communauté de vie entre les époux que dans la loi. De fait, chaque degré d'affection aura pour corollaire un degré d'assistance, d'où un contenu « flou et plastique »², ainsi que des « contours fuyants »³. Pour cette raison, un certain nombre d'auteurs l'ont inclus, avec le devoir de secours, au sein d'un devoir plus général d'entraide⁴, faute de pouvoir en donner une définition uniforme.

328. Dilution du devoir d'assistance au sein d'un devoir général d'entraide. Le devoir d'assistance prend tout son sens lorsque l'un des membres du couple a besoin de l'autre, notamment en cas de maladie⁵. Il ne s'agit nullement d'obliger l'époux, le partenaire ou le concubin à une quelconque exécution contre sa volonté car il en va de sa liberté individuelle. Sous cet angle, le devoir d'assistance relève d'une sorte d'obligation morale⁶, bien qu'il soit possible de réfléchir sur la portée d'une liberté⁷ qui permettrait à une personne (mariée ou non) de laisser dans le besoin la personne avec laquelle elle a tout (ou presque) partagé ?

En consacrant le devoir d'assistance à l'article 212 du Code civil, le droit en assure le prolongement dans les articles 217 et 219, évitant ainsi au conjoint hors d'état d'exprimer sa volonté de faire l'objet d'une mesure de protection. De façon similaire, les règles relatives à la protection des majeurs désignent en priorité, en cas de placement sous tutelle ou sous curatelle, le conjoint comme tuteur ou curateur⁸. Eu égard aux exigences modernes de rapidité, d'individualisme mais surtout de manque de temps, ce devoir aura de plus en plus tendance à être exécuté sous la forme patrimoniale. L'aide se confondra alors avec le devoir de secours et la contribution aux charges du mariage⁹. De plus, très peu de

¹ I. BARRIERE-BROUSSE, M. DOUCHY-LOUDOT (dir.), *Les contentieux familiaux. Droit interne, international et européen, op. cit.*, 2013, p. 40.

² A. BENABENT, « La liberté individuelle et le mariage », *RTD civ.*, 1973, p. 440.

³ J. GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux, Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 61, spec. n° 69 et s.

⁴ C. PHILIPPE, *Le devoir de secours et d'assistance entre époux, Essai sur l'entraide conjugale*, Paris, LGDJ, 1981; C. LEFRANC-HAMONIAUX, « L'entraide entre époux à l'épreuve du temps », *Rev. dr. fam.* 1999, chron. p. 13.

⁵ M. CULIOLI, « La maladie d'un époux, entre idéalisme et réalisme en droit matrimonial français », *RTD civ.*, 1968, p. 253.

⁶ Madame PHILIPPE souligne que « l'assistance, obligation essentiellement morale et strictement personnelle, symboliserait l'aspect affectif du mariage. Elle consisterait alors en une aide "intuitu personae", c'est-à-dire apportée par une personne déterminée, choisie (...) ». Cf. C. PHILIPPE, *Le devoir de secours et d'assistance entre époux. Essai sur l'entraide conjugale*, Paris, LGDJ, 1981, p. 37.

⁷ Il suffit à ce titre de penser au divorce pour cause d'altération des facultés mentales qui a fait disparaître une grande partie de la raison d'être du devoir d'assistance en 1975, puis en 2004 à l'occasion de divorce pour altération du lien conjugal, et la diminution corrélative de la durée de la séparation afin que l'autre conjoint refasse plus rapidement sa vie.

⁸ Art. 449 c. civ.

⁹ J. ROCHE-DAHAN, « Les devoirs nés du mariage. Obligations réciproques ou obligations mutuelles ? », *RTD civ.*, 2000, pp. 735-758.

décisions¹ font état d'une violation du devoir d'assistance en tant que tel, mais elles se situeront plus, dans le cadre d'un divorce, sous l'angle d'un reproche général d'abandon et de rupture de vie commune.

329. Le devoir d'assistance des partenaires. En Pacs, la loi du 15 novembre 1999 avait initialement soumis les partenaires à un devoir d'« aide mutuelle et matérielle » maladroitement copié des devoirs issus du mariage. Dans un mouvement d'institutionnalisation du Pacs et de rapprochement avec le mariage, la loi du 23 juin 2006² fait désormais clairement référence au devoir d'assistance entre partenaires³, créant ainsi des devoirs d'ordre personnel⁴ entre partenaires. Or, purement contractuel⁵, le non-engagement caractérise le PACS tandis que le devoir d'assistance suppose non seulement une affection mais aussi l'engagement, qui ne saurait se matérialiser que sur du long terme. Une décision de la Cour d'appel de Montpellier⁶ a offert aux juges du fond l'occasion d'apprécier la portée de cette exigence en cas d'abandon de la partenaire malade. Contre toute attente, les juges du fond affirment qu'il « est de principe constant que face à l'absence d'obligation d'assistance entre personnes unies par un Pacs, l'abandon de la compagne malade n'est pas constitutif de faute, en l'absence d'autre circonstance ». Si cette position traduit la volonté non équivoque de ne pas assimiler le Pacs au mariage, quitte pour cela à aller à l'encontre même de l'article 515-4 du Code civil, la Cour d'appel relève néanmoins que le partenaire avait en l'espèce assumé ses responsabilités à l'égard de la partenaire quittée, notamment sur le plan matériel.

330. Inexistence de ce devoir en concubinage ? S'il n'y a pas de devoir d'assistance en concubinage faute d'un statut, le Code pénal de façon générale, réprime « l'omission de porter assistance à personne en péril », et qui mieux que le concubin, du fait de sa proximité avec son concubin en péril, peut lui porter assistance ? Par ailleurs, la

¹ V. néanmoins CA Metz, ch. famille, 17 avr. 2007, *K. Z. c/ Z.*, JurisData n° 2007-340692; *Rev. dr. fam.*, n° 10, oct. 2007, V. LARRIBAU-TERNEYRE, comm. 187. Dans cette espèce, la Cour d'appel de Metz a jugé que le mari qui prend le parti de leur fille commune, contre son épouse, dans le conflit qui oppose ces deux dernières, commet un manquement au devoir d'assistance, constitutif d'une faute cause de divorce.

² S'agissant de la réforme de 2006, cf. : H. FULCHIRON, « Le nouveau PACS est arrivé ! », *Deffrénois*, 2006, p. 1621; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « L'amélioration du PACS : un vrai contrat d'union civile », *Rev. dr. fam.*, 2007, étude 1; P. SIMLER, « Le nouveau visage du PACS : un quasi-mariage », *JCP, G, I*, 2006, p. 161; J. ROCHEFELD, « Réforme du PACS », *RTD civ.*, 2006, p. 624.

³ Art. 515-4 c. civ.

⁴ Le groupe de travail sur la réforme du Pacs a longuement débattu de la question de l'extension aux partenaires d'un Pacs du devoir d'assistance entre époux (article 212 du Code civil), manifestation de l'entraide conjugale extrapatrimoniale. Il a finalement été retenu que la solidarité entre partenaires et l'aide qu'ils s'apportaient devaient aller au-delà de la simple contribution aux charges de la vie courante et revêtir un caractère à la fois plus large sur le plan pécuniaire et extrapatrimonial.

⁵ Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs récemment réaffirmé sa nature purement contractuelle : Cons. constit., 21 oct. 2015, n° 2015-9 LOM, *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 12, comm. 213, J.-R. BINET.

⁶ CA Montpellier, 1^{ère} ch., 4 janv. 2011, n° 10/00781; *Rev. dr. fam.*, 2011, n° 6, comm. 89, LARRIBAU-TERNEYRE.

notion d'obligation naturelle peut permettre aux juges de sanctionner le manquement à cette obligation.

Ω) Un devoir de fidélité ?

331. Une conception plus indulgente de l'adultère en mariage. En mariage, l'article 212 du Code civil dispose expressément que « les époux se doivent (...) fidélité (...) ». Par conséquent, constitue une faute cause de divorce toute forme d'infidélité –même intellectuelle¹- et la jurisprudence ne manque de le rappeler². En théorie, les devoirs et obligations nées du mariage perdurent tant que celui-ci n'est pas dissous. La jurisprudence rappelle d'ailleurs quasi-systématiquement que « l'introduction d'une demande en divorce ne confère pas aux époux, encore dans les liens du mariage, une immunité destituant de leurs effets normaux les offenses dont ils peuvent se rendre coupables l'un envers l'autre »³. Pour autant, on constate une réelle atténuation de l'intensité de ce devoir pendant la procédure de divorce⁴. Tout d'abord l'infidélité peut trouver une excuse dans le comportement fautif de l'autre époux⁵. Ensuite, les juges du fond prennent de plus en plus en considération la date à laquelle l'infidélité a été commise. Ainsi, certaines juridictions ont estimé que « l'adultère commis après l'ordonnance de non conciliation ne peut généralement être considéré comme une cause de divorce, la fidélité ne pouvant être imposée au-delà de ladite ordonnance »⁶, ou encore « le constat d'adultère établit plus de deux années après l'ordonnance ayant autorisé les époux à vivre séparément et alors que le devoir de fidélité est nécessairement moins contraignant du fait de la longueur de la procédure », il n'y avait pas violation d'une obligation du mariage⁷.

¹ CA Paris, 13 fév. 1986, *Gaz. Pal.*, 1986, p. 216, note JGM.

² Cass. civ. 2^{ème}, 23 avr. 1980, *Gaz. Pal.*, 1981, 1, 89, note MASSIP ; CA Chambéry, 29 mai 1984, *JCP*, G, II, 1985, p. 347, note R.L ; CA Aix-en-provence, 7 nov. 2006, *JCP*, G, IV, 2007, p. 1494.

³ Cass. civ. 2^{ème}, 14 déc. 1983, *Bull. civ.*, II, n° 200, *Gaz. Pal.*, 1984, 1, obs. M. GRIMALDI, pan. 201 ; Cass. civ. 2^{ème}, 12 juin 1987, *D.*, 1987, IR, 160 ; Cass. civ. 2^{ème}, 27 oct. 1993, *JCP*, G, II, 1994, note P. LEMASSON-BERNARD p. 22260 ; Cass. civ. 2^{ème}, 29 avr. 1994, *RTD civ.*, 1994, p. 571, obs. J. HAUSER ; Cass. civ. 2^{ème}, 3 mai 1995, *Bull. civ.*, II, n° 130 ; Cass. civ. 2^{ème}, 6 mars 1996, *Bull. civ.*, II, n° 60 ; Cass. civ. 2^{ème}, 4 juin 1997, n° 95-19401 (inédit), *Rev. dr. fam.*, 1998, comm. 176, obs. H. LECUYER ; Cass. civ. 2^{ème}, 15 juin 2000, *Rev. dr. fam.*, 2000, comm. 111, obs. H. LECUYER ; CA Paris, 4 oct. 2000, *Rev. dr. fam.*, 2001, comm. 28, obs. H. LECUYER.

⁴ V. BALESTRIERO, « Le devoir de fidélité pendant la procédure de divorce », *LPA*, 8 nov. 1995, p. 18 ; C. CHABAULT, « De la relativité de l'adultère dans le divorce pour faute », *Rev. dr. fam.*, 1998, chron. 11 ; A. MIGNON-COLOMBET, « Que reste-t-il du devoir de fidélité entre époux ? », *LPA*, 31 janv. 2005, p. 6.

⁵ Art. 245 al. 1^{er} du c. civ.

⁶ CA Toulouse, 18 nov. 1991, *RTD civ.*, 1993, obs. J. HAUSER, p. 104, *contra* Cass. civ. 1^{ère}, 8 mars 2005, n° 03-20.235 ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 juill. 2008. La Cour considère que « l'introduction de la demande en divorce ne confère pas aux époux une immunité destituant de leurs effets normaux les offenses dont ils peuvent se rendre coupable l'un envers l'autre ». Plus récemment : CA Pau, 2^{ème} ch., 21^{ème} sect., 29 mai 2012, n° 12/2366 ; *Rev. dr. fam.*, 2013, n° 3, comm. 36, V. LARRIBAU-TERNEYRE.

⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 29 avr. 1994, *Bull. civ.*, II, n° 123, *RTD civ.*, 1994, obs. J. HAUSER, p. 571 ; *LPA*, 1995, n° 134, note V. BALESTRIERO, p. 17 ; *Gaz. Pal.*, 25-29 août 1995, obs. H. VRAY, p. 14 ; *LPA*, 1996, n° 2, obs. J. MASSIP, p. 7. V. plus récemment un arrêt n'ayant pas retenu l'adultère : CA Douai, 14 mars 2013, n° 11/06457, pour une durée de deux ans écoulée depuis l'ordonnance de non-conciliation. Dans une autre affaire, la courte durée entre

Plus récemment, la Cour d'appel de Douai a considéré que le fait pour une femme d'avoir un enfant avec un autre homme que son époux ne saurait être regardé comme fautif, dès lors que le mari a reconnu avoir toujours refusé d'avoir un enfant avec sa femme¹, sans démontrer qu'une telle décision ressortit d'un choix de couple. Une telle souplesse dans le traitement des infidélités conjugales² pose la question, pour les époux, de la possibilité de s'affranchir conventionnellement de ce devoir par le biais d'un accord - exprès ou tacite³. Le tribunal de grande instance de Lille a reconnu que dans le cadre d'un divorce sur demande conjointe des époux, il était possible d'attribuer force exécutoire à la convention temporaire que ceux-ci ont présentée, les dispensant du devoir de fidélité⁴. Plus audacieuse est toutefois la décision qui reconnaît que l'octroi d'une libéralité favorisant le maintien d'une relation adultère n'est pas contraire aux bonnes mœurs⁵. Dans le même ordre d'idées, a été censurée la décision⁶ qui augmente le montant de la contribution d'un père à l'entretien et à l'éducation de ses trois enfants, au motif que ce dernier a contracté de nouvelles charges, notamment par la venue d'un enfant « conçu au mépris de l'obligation de fidélité entre époux et dont les droits ne sauraient préjudicier à ceux des enfants légitimes ». Au titre du préjudice moral, la Cour de cassation considère que l'épouse victime d'adultère peut demander réparation au juge, qui appréciera *in concreto* le bien fondé de la demande au regard de l'article 242 du Code civil, et lui allouer d'éventuels dommages-intérêts. Plus récemment, la Cour d'appel de Douai a affirmé que « *le fait pour une femme d'avoir un enfant avec un autre homme ne saurait être regardé comme fautif* », dès lors que le mari reconnaît avoir toujours refusé d'avoir un enfant avec sa femme, sans démontrer que cela ressortait d'un choix commun du couple⁷. Le devenir de l'obligation de fidélité en mariage semble avoir trouvé son épilogue avec une décision de la Cour de cassation, dans laquelle elle a considéré que « *l'évolution des mœurs comme celle des conceptions morales ne permettaient plus de considérer que l'imputation d'une infidélité conjugale serait à elle seule de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la*

le constat de l'infidélité et l'ordonnance de non-conciliation a permis de la retenir : CA Douai, 7e ch., sect. 1, 28 févr. 2013, n° 12/02395.

¹ CA Douai, 19 déc. 2013, n° 13/00009; *Rev. dr. fam.*, 2014, n° 2, comm. 22, J.-R. BINET. Cf. également la décision de la Cour d'appel de Rouen, retenant que l'adultère du mari, ayant souffert d'un réel isolement affectif de la part de son épouse infidèle, et intervenu à une date nettement postérieure à la séparation du couple et à l'ordonnance de non-conciliation, ne présente pas le caractère de gravité susceptible d'en faire une cause de divorce. L'adultère du mari est donc excusé par la faute de l'épouse : CA Rouen, ch. fam., 22 oct. 2015, n° 14/04627 ; *Rev. dr. fam.*, 2016, n° 2, comm. 21, A.-C. REGLIER.

² G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2014.

³ M.-T. CALAIS-AULOY, « Pour un mariage à effets conventionnellement limités », *RTD civ.*, 1988, p. 255.

⁴ TGI Lille, 26 nov. 1999, *D.*, 2000, note X. LABBÉE, p. 254.

⁵ M. LAMARCHE, « Sexe, bonnes mœurs et libéralités », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2004, p. 33. Cf. la jurisprudence : Cass. ass. plén., 29 oct. 2004, n° 03-11238; *D.*, 2004, note D. VIGNEAU, p. 3175 ; *RTD civ.*, 2005, obs. J. HAUSER, p. 104 ; *JCP, G*, II, 2005, note F. CHABAS, p. 10011 ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, n° 96-19878, *Bull. civ.*, I, n° 35 ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 1999, n° 96-11946, *Bull. civ.*, I, n° 43.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 16 avr. 2008, n° 07-17652, *Bull. civ.*, I, n° 111.

⁷ CA Douai, 19 déc. 2013, n° 13/00009; *Rev. dr. fam.*, n° 2, fév. 2014, J.-R. BINET, comm. 22.

considération »¹. Rappelant la dépénalisation de l'adultère intervenue plus tôt, la Cour de cassation banalise –de manière contestable- l'obligation de fidélité en considérant comme négligeable l'accusation publique d'adultère d'une personne, celle-ci ne portant plus atteinte ni à son honneur², ni à sa considération. Or, le devoir de fidélité figure encore parmi les obligations du mariage telles qu'énoncées à l'article 212 du Code civil lequel, rappelons le, constitue le régime primaire impératif des personnes mariées et relève, dès lors, de l'ordre public³. Cette décision contribue à n'en pas douter à précipiter la chute du mariage sous prétexte –très contestable- d'« évolution des mœurs ». Comme l'exprime parfaitement Madame le professeur DOUCHY-OUUDOT, « le moins que l'on puisse dire est que le droit défend difficilement ce devoir entre époux et ne lui donne aucune assise solide »⁴. Un véritable processus de privatisation de ce devoir s'opère dans les rapports au sein du couple, et le juge ne saurait en être le garant. Il peut tout au plus suggérer et avaliser des aménagements conventionnels.

332. Un devoir de fidélité⁵ en option s'agissant du PACS. Alors qu'en mariage l'exigence de fidélité semble être en abandon, il est saisissant de constater que les juridictions du fond s'emploient à dégager un devoir de fidélité⁶ s'agissant des partenaires pacsés. L'essence du Pacs est de demeurer libre, la possibilité de le rompre de façon unilatérale en témoigne. Les partenaires peuvent cependant s'obliger mutuellement à respecter ce devoir dans leur convention initiale, mais rien dans la loi ne les y astreint. En dépit de cette liberté, certains juges ont pu laisser planer le doute quant à l'existence d'un tel devoir. Une première décision retentissante du tribunal de grande instance de Lille⁷ avait fait droit à la requête d'un homme pacsé de commettre un huissier de justice en vue de faire constater l'adultère de son compagnon. Le président du TGI, afin d'autoriser ce constat, se fonde sur l'article 1134 alinéa 3 du Code civil (article 1104 du Code civil à compter du 1^{er} octobre 2016) afin de retenir que « *l'obligation de devoir exécuter loyalement le devoir de communauté de vie commune commande de sanctionner toute forme d'infidélité entre partenaires (...). Que le manquement à l'obligation de vie commune justifie une procédure en résiliation de PACS aux torts du partenaire fautif* ». Probablement irréprochable sur le plan de la technique juridique, cette décision demeurait isolée et n'a jamais été consolidée. Le législateur, à l'occasion de la création du Pacs en

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 2015, n° 14-29549 ; *AJ fam.*, 2016, B. DE BOYSSON, p. 109.

² B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, Paris, LGDJ, 1995, spec. pp. 433-466. Si l'auteur considérait que le droit protégeait le sentiment d'honneur en reconnaissant l'existence d'une « loi de l'honneur » dans les rapports familiaux, cette décision semble aujourd'hui y mettre fin.

³ P. MURAT (dir. de), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz Action, 7^{ème} éd., 2016-2017, n° 116.95, p. 197.

⁴ I. BARRIERE-BROUSSE, M. DOUCHY-OUUDOT, *Les contentieux familiaux. Droit interne, international et européen, op. cit.*, p. 39, spec. n° 67.

⁵ Sur cette notion, voir la thèse de Madame S. BEN HADJ YAHIA, *La fidélité et le droit*, Paris, LGDJ, 2013.

⁶ L. ANTONINI-COLIN, « Le paradoxe de la fidélité », *D.*, 2005, p. 23.

⁷ TGI Lille, 5 juin 2002, *D.*, 2003, note X. LABBEE, p. 514 ; *RTD civ.*, 2003, obs. J. HAUSER, p. 270 ; *Rev. dr. fam.*, 2003, B. BEIGNIER, comm. 57.

1999, n'a pas entendu mettre en place un quelconque devoir de fidélité, et le Conseil constitutionnel a fortement insisté sur la liberté au stade la rupture¹. La Cour d'appel de Montpellier² a eu à statuer sur la même question en 2011. Celle-ci affirme qu'il n'existe pas de devoir de fidélité, sauf à ce que les partenaires l'aient prévu eux-mêmes dans leur convention. Plus récemment, la Cour d'appel de Rennes a rappelé la spécificité du devoir de fidélité, lequel est propre au mariage, en qualifiant le concubinage même formalisé par la conclusion d'un Pacs d'union précaire³. Cette décision se situe donc dans le courant lequel refuse d'étendre le devoir de fidélité aux nouvelles conjugalités, car il relève de l'essence même du mariage et dénote sa singularité. Toutefois, une partie de la doctrine évoque l'existence d'un devoir de fidélité implicite, « observant que la loi sur le Pacs qui interdit la bigamie, ferait la promotion de la monogamie et donc de l'exclusivité sexuelle »⁴. Pour d'autres, la nature contractuelle du Pacs implique la loyauté⁵ dans l'exécution du contrat, et donc une certaine forme de fidélité. En effet, Monsieur le professeur Bernard BEIGNIER souligne que « rien n'est dit sur le devoir de fidélité. On rétorquera que ce contrat est précisément inspiré du désir de "libérer" les conjoints de la fidélité. C'est oublier que qui dit contrat dit nécessairement fidélité. Conclure un contrat pour ne pas y être fidèle est une contre-vérité. Surtout, c'est passer sous silence que la jurisprudence, dans son dernier état, tend tout à la fois à imposer une certaine fidélité aux concubins et assouplir celle des époux (...) »⁶. La confusion vient d'autant plus de la décision du Conseil constitutionnel pour lequel la vie commune correspond bien à une vie de couple, laquelle suppose une exclusivité sexuelle. Monsieur le professeur Xavier LABBEE s'interrogeait à juste titre sur le sens de l'engagement conjugal, simple coquille vide faute de fidélité⁷. Bien que la reconnaissance de ce devoir n'entraîne aucun lien avec de potentiels enfants, l'exigence de loyauté, -prise au sens moral du terme- évoque le devoir de fidélité qui existe en mariage et commande par conséquent sa prise en compte dans le pacte.

333. L'essence du concubinage : la liberté. À l'inverse du mariage, engagement durable de deux époux, le concubinage est un état inorganisé de deux personnes qui décident de mener une vie commune en dehors de tout cadre juridique. Sa rupture tout comme sa formation et son organisation étant libres, il n'y a par conséquent pas de devoir de fidélité. Il semblerait d'ailleurs contraire à sa nature de l'imposer aux concubins.

¹ Cons. constit. 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, *J.O.*, 16 nov. 1999, p. 16962.

² CA Montpellier, 1^{ère} ch., 4 janv. 2011, *déc. précit.*, *Rev. dr. fam.*, 2011, n° 6, juin 2011, V. LARRIBAU-TERNEYRE, comm. 89.

³ CA Rennes, 5 mai 2015, n° 211, 14/01737, *Rev. dr. fam.*, n° 7-8, comm. 140, note J.-R. BINET.

⁴ X. LABBEE, *Le droit commun du couple*, *op. cit.*, p. 101. V. aussi : T. REVET, « La loi n° 99-944 du 15 novembre 1999, relative au pacte civil de solidarité », *RTD civ.*, 2000, p. 173.

⁵ L. AYNES, « L'obligation de loyauté », *Arch. philo. dr.*, 2000, t. 44, p. 195.

⁶ B. BEIGNIER, « Une nouvelle proposition de loi relative au contrat d'union sociale. Copie à revoir », *Rev. dr. fam.*, 1997, chron. p. 5.

⁷ X. LABBEE, *op. cit.*, p. 102.

Néanmoins, il est admis que la rupture abusive du concubinage peut ouvrir droit à réparation sur le fondement de la responsabilité délictuelle. S'agissant d'un concubinage stable, la Cour d'appel d'Aix-en-provence¹ a pu relever l'atteinte à l'honneur de la concubine par son concubin, ce dernier vivant à leur domicile avec une autre femme². S'il n'est en l'espèce pas question de fidélité, « fruit d'un engagement contractuel », il s'agit néanmoins de la notion d'honneur, son « substitut subjectif individuel »³. C'est pourquoi la vie à deux suppose, ainsi que le souligne Monsieur le professeur LABBÉE, un minimum de règles de savoir vivre à respecter⁴. Par conséquent, la présupposée liberté des couples non mariés se heurte nécessairement à une organisation minimale dont le respect, l'assistance et la loyauté sont les principes de base. Si les concubins se sont jadis désintéressés de la loi, et continuent pour nombre d'eux à s'en détourner, la loi ne les ignore plus et considère qu'un socle minimal de règles de vie doit exister.

2- Sur le plan patrimonial

334. La vie de couple suppose le partage. La vie à deux génère nécessairement une confusion d'intérêts patrimoniaux. La contribution aux charges de la vie commune⁵ (α) et la solidarité à l'égard des dettes (β) constituent les assises matérielles primaires de la vie du couple qui permettent de suggérer un rapprochement des devoirs patrimoniaux dans les nouvelles formes de conjugalité⁶.

α) La contribution aux charges de la vie commune

335. Inexistence en concubinage. L'essence du concubinage est d'être une union libre de contraintes. Par conséquent, et en dépit de sa reconnaissance par le législateur, aucun statut ne l'accompagne. La vie de couple des concubins est donc caractérisée par un vide juridique, que la CEDH ne juge pas discriminatoire⁷. Il est acquis que quelle que soit la durée de la vie commune, celle-ci n'est, en principe, jamais source d'obligation alimentaire entre les concubins. Cette solution est classique⁸ et la Cour de cassation la

¹ CA Aix-en-provence, 22 juin 1978, *D.*, 1978, p. 192, note PREVAULT.

² Rapp. avec Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 2015 *precit.*, où la Cour de cassation considère, dans le cadre du mariage, l'absence d'atteinte à l'honneur du fait de la divulgation d'un adultère.

³ X. LABBÉE, *op. cit.*, p. 102-103.

⁴ *Ibidem.*, p. 103.

⁵ V. en ce sens le dossier à l'*AJ famille* 2015 « Charges du ménage », pp. 316-336.

⁶ J. GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux, Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 95, n° 119 et s.

⁷ CEDH, 3 avr. 2012, *Van der Heijden c/ Pays-Bas*, n° 42857/05.

⁸ La solution est fermement rappelée par la Cour de cassation : chacun des concubins supporte les dépenses de la vie commune issues de son fait. Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 1991, *Bull. civ.*, I, 1991, n° 92 ; *Defrénois*, 1991, obs. J. MASSIP, p. 942 ; Cass. civ. 1^{ère}, 17 oct. 2000, *Rev. dr. fam.*, 2000, comm. 139, note B. BEIGNIER ; *D.*, 2001, note R. CABRILLAC, p. 497, et *D.*, 2002, p. 612, obs. J.-J. LEMOULAND ; *JCP, N*, 2001, note T. GARE, p. 1822 ;

réitère à chaque fois que celle-ci est saisie soit d'une demande relative soit à la contribution aux charges de la vie commune, ou lorsque la solidarité du couple est recherchée à l'égard des tiers en matière de dettes. Pour autant, la jurisprudence ne se montre pas complètement indifférente. Certains juges du fond tentent de dégager un véritable devoir pour les concubins de participer aux dépenses de la vie courante, en se fondant notamment sur l'idée d'une obligation naturelle¹ qui existerait entre eux du fait de la vie commune. En effet, l'égalité entre les membres du couple commande que les deux concubins participent ensemble, selon leurs facultés, aux charges inhérentes à leur vie commune². Sur le fondement de l'action de *in rem verso*, le concubin, s'il ne rapporte pas la preuve d'une contribution « excédant une participation normale aux dépenses de la vie passée ensemble »³, ne saurait obtenir gain de cause. Il y a donc là un minimum de participation jugée nécessaire qui semble se dessiner en creux dans la jurisprudence⁴.

336. Légalement définie en Pacs. En tant que contrat, le Pacs devrait permettre aux personnes qui le contractent la liberté dans l'organisation de leur vie de couple. Il n'en est pourtant rien car le législateur a tenu à y attacher certains effets impératifs. Si lors de sa création en 1999, le législateur a refusé d'employer la même terminologie que celle inhérente au mariage, il a néanmoins qualifié l'aide que devaient s'apporter les partenaires en une aide mutuelle et matérielle⁵, semant le trouble sur la nature même du contrat de Pacs. En 2006, « toute pudeur législative a disparu »⁶ si bien que « les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproque. Si les partenaires n'en disposent autrement, l'aide matérielle est proportionnelle à leurs facultés respectives »⁷. La formulation de l'obligation rejoint dans

Deffrénois, 2001, obs. J. MASSIP, p. 93; *RTD civ.*, 2001, obs. J. HAUSER, p. 565. V. aussi, Cass. civ. 1^{ère}, 19 avr. 2005, *Rev. dr. fam.*, comm. 127, note V. LARRIBAU-TERNEYRE. Si l'un d'eux subvient aux besoins de l'autre, c'est en principe de son plein gré et à titre totalement bénévole : CA Amiens, 2 fév. 1976, *JCP, G, IV*, 1978, p. 324.

¹ CA Bordeaux, 17 juin 1998, *Rev. dr. fam.*, 1999, obs. H. LECUYER, n° 1 ; CA Pau, 4 avr. 2005, *Rev. dr. fam.*, 2005, comm. 152, note V. LARRIBAU-TERNEYRE; CA Aix-en-Provence, 28 juin 2005 et 27 sept. 2005, *Rev. dr. fam.*, 2006, comm. 24, note V. LARRIBAU-TERNEYRE; mais surtout CA Montpellier, 11 oct. 2004, *Rev. dr. fam.*, 2005, comm. 49, note V. LARRIBAU-TERNEYRE, dans laquelle un concubin a été rendu débiteur d'une obligation alimentaire à l'égard de l'autre sur le fondement d'une obligation naturelle en constatant l'existence d'un engagement unilatéral, librement consenti par celui-ci, de subvenir au coût du placement de sa concubine dans une maison de retraite, après quarante ans de vie commune.

² Contrairement à certains droits positifs (le droit marocain notamment) dans lesquels le mari doit entretenir son épouse.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 18 janv. 2012, n° 10-23267.

⁴ I. BARRIÈRE-BROUSSE, M. DOUCHY-LOUDOT, *Les contentieux familiaux, droit interne, international et européen, op. cit.*, 2013, p. 53.

⁵ Selon le Conseil constitutionnel, l'aide matérielle prévue à l'article 515-4 du Code civil est d'ordre public. Cons. constit., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, *J.O.*, 16 nov. 1999, p. 16962, considérant n° 31. Cf. pour les commentaires : J. HAUSER, « Aujourd'hui et demain le PACS », *RJPF*, 1999, nov.-déc., p. 6 ; H. LECUYER, « Le PACS désormais sous toutes ses coutures », *Rev. dr. fam.*, 2000, chron. p. 1 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Présentation de la loi adoptée le 13 octobre 1999 », *JCP, G*, 1999, actu. p. 1909.

⁶ I. BARRIÈRE-BROUSSE, M. DOUCHY-LOUDOT, *op. cit.*, p. 50.

⁷ Art. 515-4 c. civ.

son esprit l'obligation faite aux époux de contribuer aux charges de la vie commune. Pour preuve, le rapport remis le 30 novembre 2004¹ au Garde des Sceaux de l'époque, visant à formuler certaines propositions afin de réformer le Pacte civil de solidarité tel qu'issu de la loi du 15 novembre 1999 insistait sur la nécessité de définir cette aide par référence à l'article 214 du Code civil. Si le caractère alimentaire de l'aide a pu être mis en évidence par certains auteurs², le défaut de sanction de son inexécution empêche de le retenir. De la même manière, la modification de l'article L. 212-3 du Code de l'organisation judiciaire par la loi du 12 mai 2009³ a offert au juge aux affaires familiales la compétence en matière d'action visant « la contribution aux charges du mariage et du pacte »⁴. Or, la rupture étant libre, celui-ci risque fort d'être rompu avant même qu'une demande d'aide matérielle ne parvienne au juge, rendant toute procédure sans objet. En tout état de cause, la césure nette qui existait auparavant entre les personnes mariées et les concubins s'en trouve perturbée⁵, car la teneur des termes employés afin de définir l'obligation d'aide matérielle ne peut que renvoyer à celle issue des textes applicables aux époux, bien qu'elle ne soit pas expresse. La confusion ne doit pourtant pas exister car, si d'une part la contribution aux charges du mariage s'insère dans la partie du Code civil relative au régime primaire impératif⁶, celle-ci trouve son prolongement dans le devoir de secours qui en constitue le pendant, mais surtout l'expression la plus achevée de la solidarité qui doit exister entre les personnes mariées. D'autre part, la contribution entre époux revêt une dimension collective, laquelle s'étend à l'entretien et à l'éducation des enfants. Tel n'est pas le cas du PACS qui ne porte pas en son germe cette vocation familiale. L'entraide matérielle mutuelle des partenaires se referme par effet de « contraction »⁷ sur les partenaires afin d'organiser leur seule vie de couple.

¹ Rapport remis au Garde des Sceaux le 30 nov. 2004, *Le pacte civil de solidarité : réflexions et propositions de réforme. Pour une présentation de ces propositions* ; cf. également F. GRANET-LAMBRECHTS, « Trente deux propositions pour une révision de la loi du 15 novembre 1999 », *Rev. dr. fam.*, 2005, étude 9.

² X. LABBEE, « L'aide matérielle a-t-elle un caractère alimentaire ? », *JCP, G, I*, n° 42, 15 oct. 2008, 197.

³ L. n° 2009-516 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, *J.O.*, 13 mai 2009, p. 7920.

⁴ Les expressions sont désormais confondues au sein du même article, qui permet l'exécution forcée de la contribution aux charges du pacte, au même titre que la contribution aux charges du mariage.

⁵ J. HAUSER, J.-L. RENCHON (dir. de), *Le statut juridique du couple marié et du couple non marié, Les statuts légaux des couples*, Vol. 1, Bruxelles, éd. Larcier, 2012, p. 531.

⁶ Sur son caractère obligatoire même en cas de séparation de fait, alors que l'épouse la réclamant est mise en examen du chef de tentative d'homicide sur son conjoint. Pour la CA, « le secret de l'instruction et la présomption d'innocence s'opposent, tant que la culpabilité de l'épouse ne sera pas définitivement établie, à ce que l'exception d'indignité soit retenue sur le fondement de l'infraction pour laquelle elle a été mise en examen » : CA Nancy, 3^{ème} ch. civ., 29 mai 2015, n° 15/01173 et n° 14/01854; *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 10, comm. 182, A.-C. REGLIER.

⁷ H. FULCHIRON, « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? », in *Mariage-Conjugalité, Parenté-Parentalité*, H. FULCHIRON (dir. de), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes&Commentaires », 2009, p. XI.

β) La solidarité à l'égard des dettes

337. Absence de solidarité en concubinage. L'article 220 du Code civil pose le principe selon lequel un acte passé par un des conjoints engage l'autre solidairement à l'égard des tiers¹. Le principe est donc que toute dette née pendant la durée du mariage, lorsqu'elle a pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, obligera le conjoint solidairement. Pour le professeur MIGNOT, cette solidarité a pour base « un rapport interne d'appartenance à un groupe social, et plus spécifiquement pour les époux, sur la communauté patrimoniale d'intérêts qui les unit »². C'est pourquoi la vie en commun suppose nécessairement des dépenses communes³, et implique inévitablement une confusion d'intérêts patrimoniaux.

La solidarité des concubins à l'égard des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie commune n'est pas retenue du fait de l'absence d'engagement. La solution est toutefois ambiguë si l'on part du postulat que c'est bien la vie commune qui est à l'origine de cette solidarité, ce qui a pu pousser certains juges du fond à raisonner par analogie. Il a par exemple été jugé que « si l'union libre confère des droits de plus en plus nombreux qui rapprochent cette situation du statut du mariage, il convient alors de faire application aux concubins des mêmes obligations que celles des époux quant aux dépenses d'entretien »⁴. La même attitude avait été adoptée afin de condamner un concubin au remboursement de la moitié des dépenses effectuées par sa compagne sur son bien immobilier au titre du paiement des loyers, des charges et des achats de mobilier⁵. Le sentiment de justice a sans doute animé les juges du fond dans l'une et l'autre de ces décisions. Néanmoins, l'orthodoxie juridique a conduit la Cour de cassation à censurer un tel raisonnement, estimant qu'aucune disposition légale ne règle la contribution des concubins aux charges de la vie commune⁶. En tant qu'obligation faisant partie du régime primaire impératif des époux, d'ordre public pour les partenaires, son extension par analogie⁷ aux couples de concubins est donc sanctionnée par la Cour de cassation⁸. Un concubin qui effectue un

¹ La Cour de cassation ne cesse en effet de rappeler que l'article 220 du Code civil n'est pas destiné à régler une question de contribution à la dette entre les époux, mais une question d'obligation à la dette à l'égard des tiers. Elle le rappelle ce faisant dans un arrêt inédit de cass. civ. 1^{ère}, 26 sept. 2007, n° 05-17.076.

² M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2002, spec. n° 405.

³ I. DAURIAC, « Les couples à l'épreuve de la solidarité ménagère », *Gaz. Pal.*, 11 déc. 2008, p. 18.

⁴ CA Bourges, 8 déc. 1997, JurisData n° 046157, *Rev. dr. fam.*, 1998, n° 6, n° 89, note B. BEIGNIER. Il s'agissait en l'espèce de factures de fourniture d'électricité.

⁵ CA Dijon, 20 mai 1998, cassé par Civ. 1^{ère}, 17 oct. 2000, *D.* 2001, note R. CABRILLAC, p. 497.

⁶ Civ. 1^{ère}, 17 oct. 2000, *Bull. civ.*, I, n° 244; *D.*, 2001, note R. CABRILLAC, p. 497; *JCP*, G, II, 2001, 10568, note T. GARÉ.

⁷ A. GOGOS-GINTRAND, « Du raisonnement par analogie à la théorie de l'apparence : les résistances à la solidarité ménagère entre concubins », *Rev. dr. fam.*, 2012, n° 4, étude 10 ; V. aussi : G. CORNU, « Le règne discret de l'analogie », in *Mélanges offerts à André COLOMER*, Litec, LexisNexis, 1993, p. 129.

⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 11 janv. 1984, *Gaz. Pal.*, 1985, 1, note J. M., p. 133; *Defrénois*, 1984, p. 933, obs. G. CHAMPENOIS et p. 1003, obs. J. MASSIP ; *RTD civ.*, 1985, obs. J. MESTRE, p. 171. Cass. civ. 1^{ère}, 17 oct. 2000, JurisData n° 2000-006289; Cass. civ. 1^{ère}, 2 mai 2001, *Rev. dr. fam.*, 2001, comm. 79, note L. PERROUIN; *D.*,

achat est donc présumé le faire seul. Cette situation ne saurait pour autant signifier que toute solidarité est à exclure en matière de dettes ménagères entre concubins.

338. Une absence de solidarité pouvant être tempérée par la jurisprudence. La théorie de l'apparence a, dans certaines situations, permis d'étendre aux concubins la solidarité ménagère bien qu'aucun texte ne la prévoit expressément, aux fins notamment de protéger les tiers qui auraient en toute bonne foi cru contracter avec un couple marié¹. C'est pourquoi il convient de ne pas hâtivement conclure à une absence totale d'obligations dans le cadre du concubinage. Il appartient en principe aux concubins qui le souhaitent, de s'organiser en dehors de toute intervention législative, en optant pour les mécanismes conventionnels qui leur permettront de mettre en place des contrats de concubinage² relatifs à leurs obligations alimentaires et, plus largement, leur vie patrimoniale. À défaut, la jurisprudence *peut*, sur le fondement de l'obligation naturelle, remédier à cette absence de règles en protégeant la partie la plus faible. La protection jurisprudentielle s'effectue néanmoins au cas par cas, ce qui accentue l'idée de précarité liée à cette forme de conjugalité.

339. Une solidarité en Pacs calquée sur celle des époux. Quasiment identique à l'article 220³, la version actuelle de l'article 515-4 du Code civil a nécessité pas moins de trois interventions législatives⁴. Sur cette question, le législateur n'a pas hésité à opérer une analogie entre mariage et Pacs. Alors que le Pacs n'engendre qu'une simple solidarité ménagère conçue en considération de l'intérêt des tiers, la solidarité en mariage voit son champ d'application s'étendre aux dépenses relatives à l'éducation des enfants. La réforme de 2006, bien qu'elle ait exclu la solidarité des partenaires pour les dépenses manifestement excessives, a été suivie en 2010 par la loi du 1^{er} juillet⁵ réformant la législation sur le crédit. Cette loi a permis d'écarter les achats à tempérament ainsi que les emprunts du champ de la solidarité conjugale, à moins qu'ils ne portent sur des sommes

2002, obs. J.-J. LEMOULAND, p. 612; *Deffrénois*, 2001, obs. J. MASSIP, p. 1003; *RTD civ.*, 2001, obs. J. HAUSER, p. 565, et p. 556, obs. B. VAREILLE; Cass. civ. 1^{ère}, 27 janv. 2004, n° 02-16.291, *Bull. civ.*, I, n° 113; Cass. civ. 1^{ère}, 27 avr. 2004, JurisData n° 2004-023427, *Bull. civ.*, I, 2004, n° 113; *Rev. dr. fam.*, 2004, comm. 140, note V. LARRIBAU-TERNEYRE; *D.*, 2004, p. 268, obs. D. VIGNEAU; *Deffrénois*, 2004, p. 1232, obs. J. MASSIP. Pour un rappel plus récent : Cass. civ. 1^{ère}, 23 mars 2011, inédit. V. aussi, M.-C. RIVIER, « La solidarité entre concubins », in *Des concubinages, Droit interne. Droit international. Droit comparé*, Études offertes à J. RUBELLIN-DEVICHI, Litec, p. 97.

¹ F. DAHAN, « Le créancier d'un concubin », *Gaz. Pal.*, 21 nov. 2000, p. 7.

² Sur ces contrats de concubinage, cf. notamment : J. CHARLIN, « Le contrat de concubinage : formule », *JCP, N*, I, 1991, p. 459.

³ Pour une étude comparée, cf. A. SOULEAU-TRAVERS, « Solidarité légale entre époux et entre partenaires d'un PACS », *Deffrénois*, 15 mai 2002, art. 37533.

⁴ La réforme du PACS en 2006 a supprimé la solidarité relative au seul logement commun, au profit d'une règle plus générale. Bien qu'aujourd'hui calqué sur l'article 220 applicable aux époux, le législateur en 2006 avait consacré une solidarité nettement plus réduite que celle applicable aux personnes mariées. Cette approche du texte était d'autant plus logique que le régime de la séparation de biens devenait le régime commun du pacte civil.

⁵ L. n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, entrée en vigueur le 1^{er} mai 2011, *J.O.*, 2 juil. 2010, p. 12001.

modestes nécessaires aux besoins de la vie courante. Dans le prolongement de cette mesure, la loi HAMON du 17 mars 2014¹ a restreint la solidarité des époux et des partenaires pour les emprunts de sommes modestes. Celle-ci ajoute à la fin du troisième alinéa des articles 220 et 515-4 du Code civil : « 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 réalisme du législateur quant au surendettement des ménages a directement inspiré cette mesure.

Bien que louable en soi, la mesure laisse néanmoins perplexe quant à son efficacité. En effet, il semble assez malaisé pour les créanciers de connaître la situation exacte des couples quant à leur taux d'endettement lorsqu'ils contractent avec eux. C'est davantage *a posteriori* qu'ils pourront découvrir l'absence de solidarité qui protège désormais chacun des époux et des partenaires². Toujours est-il que les textes qui délimitent les contours de la solidarité à l'égard des dettes sont aujourd'hui si proches entre couples mariés et couples pacsés qu'il serait possible de les soumettre à un régime identique. On semble assister, ainsi que le souligne depuis quelques années la doctrine, à l'émergence d'un véritable droit patrimonial du couple. Seul le concubinage occupe aujourd'hui une place en retrait, et fait l'objet d'une protection jurisprudentielle ponctuelle.

340. L'étendue de la solidarité des partenaires et des conjoints. La jurisprudence, sur ce point, ne distingue pas selon que l'entretien du ménage est actuel ou futur. C'est ainsi qu'elle a pu retenir que les dettes légales, telles les cotisations sociales obligatoires à un régime d'assurance maladie³, ouvrant droit à diverses prestations -notamment au droit de réversion en faveur des époux- entrent dans le champ d'application de l'article 220, car elles ont vocation à entretenir le ménage, que ce soit de manière actuelle ou future. Dès lors, la séparation de fait des époux -même prolongée- ne fait pas obstacle au principe de solidarité. Les juges du fond ont également pu estimer que les dettes de cotisations sociales, notamment de retraite, relèvent de la solidarité instituée à l'article 220⁴ car elles ont pour objet d'assurer après la cessation de l'activité professionnelle de l'intéressé l'entretien du ménage au moyen d'une pension, et que le régime institué en faveur du conjoint survivant un droit à réversion. Pour autant, que ce soit en matière de pacte ou de mariage, la solidarité n'est pas absolue. Tant l'alinéa 2 de l'article 220, que l'article 515-4 disposent que cette solidarité n'a pas lieu pour les dépenses excessives, eu égard au train de vie du ménage. L'article 220 demeure néanmoins beaucoup plus précis⁵ quant aux

¹ Loi n° 2014-344 relative à la consommation, 17 mars 2014, *J.O.*, 18 mars 2014, art. 50.

² M. LAMARCHE, « Couples, consommation, crédits : le ménage un peu (préservé) du surendettement. La loi Hamon et la solidarité des dettes ménagères », *Rev. dr. fam.*, 2014, n° 5, alerte 19.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 2011, n° 10-16.925; *JCP, G*, II, 2011, n° 39, p. 1017.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 17 nov. 2010, n° 09-11.979, *Rev. dr. fam.*, 2011, comm. 2, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE. Voir déjà, Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2009, n° 07-13.122, *D.*, 2009, obs. J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU, p. 1610 ; *AJ fam.*, 2009, obs. F. CHENEDE, p. 303 ; *RTD civ.*, 2010, obs. B. VAREILLE, p. 800

⁵ Les juges du fond pourront apprécier ces dépenses « eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant ».

dépenses jugées excessives, à l'inverse de l'article 515-4 qui ne dit mot dessus¹. Il reviendra par conséquent aux juges d'apprécier au cas par cas, en matière de pacte, ladite dépense eu égard au train de vie du couple. Or, la rareté des décisions publiées en la matière ne permet pas d'apprécier la manière dont les juridictions accueillent le contentieux. Lorsqu'elles en sont saisies, c'est particulièrement dans le domaine concernant la répétition de l'indu en matière d'aide personnalisée au logement (APL). Il a en effet été jugé que, « *compte tenu de la finalité de cette réglementation, lorsqu'une APL est versée à tort, les concubins ou les pacsés qui en ont bénéficié sont solidairement tenus à sa restitution, quand bien même elle n'aurait été attribuée qu'à un seul d'entre eux* »².

Ω) Le logement du couple

341. L'absence de protection autonome du logement des partenaires. Le logement des partenaires a essentiellement été abordé sous l'angle du décès d'un des partenaires. Or, le logement du couple³ est important à deux égards : il représente, symboliquement, le lieu de l'exécution de la communauté de toit et de lit, élément constitutif tant du Pacs que du concubinage, et représente un bien (voire le bien) du patrimoine du couple⁴. Bien que les partenaires pacsés bénéficient d'un statut juridique, celui-ci ne prévoit pas de protection autonome de leur logement lors de la séparation. Pour preuve, les juges lillois ont pu affirmer que le logement commun ne pouvait être assimilé au domicile conjugal⁵. Prévu au profit des couples mariés, le référé violence visé à l'article 220-1 alinéa 3 du Code civil a également été exclu par les magistrats à cette occasion au motif que celui-ci ne s'appliquait pas par analogie au concubinage. Le refus des juridictions d'étendre l'application de l'article 215 du Code civil aux partenaires s'explique par la situation de cette disposition au sein du régime primaire impératif des époux. Elle ne saurait donc s'appliquer aux simples concubins.

342. L'ébauche d'un statut du logement des partenaires. Pourtant, la vie commune telle qu'exigée par le législateur entre partenaires ne peut s'exécuter que si la communauté de toit est effective et protégée. Du fait de l'importance de ce bien tant pour le couple qu'au regard de l'obligation de vie commune⁶, « on peut s'étonner que le logement des partenaires ne fasse l'objet d'aucune mesure protectrice pendant la durée du Pacs »⁷. Ce vide législatif signifie purement et simplement que « si le logement de la

¹ L'alinéa 2 se contente d'exclure le principe de la solidarité lorsque la dépense est excessive.

² CE 9 juil. 2003, n° 255110; *D.*, 2004, somm. 2967, obs. J.-J. LEMOULAND; *RTD civ.*, 2004, obs. J. HAUSER, p. 69.

³ J. RUBBELIN-DEVICHI, « La famille et le droit au logement », *RTD civ.*, 1991, p. 246.

⁴ V. J. LEPROVAUX, *La protection du patrimoine familial*, Paris, Defrénois, coll. « Doctorat&Notariat », 2008.

⁵ TGI Lille, 21 fév. 2006, *D.*, 2006, 1350, note X. LABBEE ; *Rev. dr. fam.*, 2006, comm. 141, note I. CORPART.

⁶ En ce sens : J.-M BRIGANT, « Vers un bail conjugal d'habitation ? », *Rev. dr. fam.*, 2011, n° 1, étude 3.

⁷ P. SIMLER, P. HILT, « Le nouveau visage du pacte civil de solidarité : un quasi-mariage », *JCP, G*, 2006, n° 30.

famille est la propriété de l'un d'entre eux, celui-ci peut le vendre, le léguer, le louer, le prêter, l'échanger sans avoir à obtenir l'accord de l'autre »¹. Si le législateur s'est - accessoirement - intéressé à la protection du logement des couples non mariés, c'est seulement à l'occasion de la loi relative aux violences conjugales², tant et si bien que le logement des partenaires aujourd'hui ne bénéficie pas, à l'instar du logement familial, d'une protection spécifique propre. En 2014 pourtant, à l'occasion de la loi pour l'accès au logement et à l'urbanisme rénové (ALUR)³, le législateur a remédié à ce vide législatif en permettant aux partenaires d'un Pacs de devenir de plein droit cotitulaires du bail lorsque leur logement est assuré au moyen d'un bail d'habitation. Longtemps réservé aux seuls couples mariés⁴, l'article 1751 du Code civil leur offre désormais le droit à la cotitularité du bail dès lors qu'ils en font la demande. Si le Pacs est dissout, l'attribution judiciaire du contrat de bail est également prévue par un nouvel article 1751-1 du Code civil. En cas de dissolution du Pacs, l'un des partenaires pourra donc saisir le juge compétent afin de se voir attribuer le droit au bail. En revanche, le partenaire non-signataire du contrat de bail ne peut être qualifié de preneur et n'est pas titulaire du droit au bail à défaut d'en avoir fait la demande. Ses droits à une jouissance paisible⁵, au renouvellement du bail⁶ ou encore de préemption⁷ ne peuvent, dans ces conditions, être protégés. Simple occupant, il ne peut non plus se prévaloir du droit au maintien dans les lieux. Comme cela a été souligné, « parce qu'elle est conventionnelle, la cotitularité n'est ni automatique, ni obligatoire »⁸, par conséquent seule une clause expresse du contrat de bail peut l'instituer.

343. Les droits sur le logement du partenaire survivant. Le logement des partenaires a essentiellement été abordé, initialement, sous l'angle du décès d'un des partenaires. Avant l'adoption de la loi du 23 juin 2006, le partenaire survivant ne bénéficiait d'aucune protection particulière du logement qu'il partageait avec son partenaire décédé. Plusieurs dispositions applicables au conjoint survivant ont, depuis, permis d'étendre au partenaire survivant certains avantages matrimoniaux⁹. Désormais,

¹ C. COUTANT-LAPALUS, « Pacs et logement, dix ans après », *Rev. dr. fam.*, 2010, étude 9, spec. n° 21.

² V. *supra*, n° 325.

³ Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, *J.O.*, 26 mars 2014.

⁴ CA Versailles, 29 mai 1998, *Gaz. Pal.*, 1998, 2, somm. p. 626 ; CA Versailles, 22 juin 2001, *D.*, 2002, somm. p. 1720 ; CA Besançon, 14 janv. 2003, *Rev. Loyers et copr.*, 2003, comm. 124, obs. B. VIAL-PEDROLETTI ; CA Paris, 5 janv. 2006, *Rev. Loyers et copr.*, 2006, comm. 49, obs. B. VIAL-PEDROLETTI ; CA Toulouse, 3 juin 2008, *Rev. Loyers et copr.*, 2008, comm. 179, obs. B. VIAL-PEDROLETTI ; CA Aix-en-Provence, 9 avr. 2009, *Rev. Loyers et copr.*, 2009, comm. 231, obs. B. VIAL-PEDROLETTI ; Cass. civ. 3^{ème}, 28 avr. 2009, n° 08-12.424, inédit.

⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} avr. 2009, n° 08-15.929, *JurisData* n° 2009-047671, *Rev. dr. fam.*, 2009, comm. 70, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE.

⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} avr. 2009, n° 08-15.929, *Rev. Loyers et copro.*, 2009, comm. 140, obs. B. VIAL-PEDROLETTI ; *D.*, 2009, p. 1090, obs. G. FOREST.

⁷ CA Paris, 20 mars 1996, *Rev. dr. fam.*, 1996, comm. 1.

⁸ C. COUTANT-LAPALUS, « Pacs et logement, dix ans après », *art. précit.*, spec. n° 22.

⁹ L'écriture de l'article 515-6 du Code civil en ressort grandement influencée, notamment par les dispositions des articles 831, 831-2, 832-3, 832-4, et enfin les deux premiers alinéas de l'article 763 applicables aux époux.

celui-ci peut se prévaloir du bénéfice du droit temporaire au logement ou demander à bénéficier de l'attribution préférentielle de ce dernier. Depuis le 1^{er} janvier 2007, que le logement soit occupé en vertu d'un titre de propriété ou d'un contrat de bail, le partenaire survivant bénéficie pendant l'année qui suit le décès de son partenaire d'un droit de jouissance gratuit du logement ainsi que des meubles qui le garnissent. Pour cela, le partenaire doit, à l'époque du décès, occuper de manière effective le logement à titre d'habitation principale, le bien devant appartenir aux deux partenaires soit en indivision, soit occupé par eux en vertu d'un contrat de bail. Pour autant, ces dispositions ne sont pas d'ordre public et le partenaire survivant peut en être privé par testament. Quant au bénéfice de l'attribution préférentielle du logement commun au partenaire survivant, celui-ci doit avoir été expressément prévu par testament.

3- Hors du droit civil

344. L'octroi aux couples d'avantages sociaux. Si à l'égard du conjoint la qualité d'ayant-droit est automatique, celle-ci demeure variable pour les couples non mariés. L'existence du couple est certes déterminante, mais le bénéfice des droits sociaux s'est fait par étapes, voire par des lois de circonstance¹. Le plus souvent, les dispositions du Code de la sécurité sociale profitent de façon égale à l'assuré qu'il soit marié, concubin ou pacsé². Il en va de même s'agissant des dispositions du Code de l'Action sociale et des familles³. Néanmoins, si l'existence du couple n'ouvre pas droit automatiquement aux avantages sociaux, de nombreux effets juridiques sont subordonnés à l'existence de la vie commune⁴.

Le développement des couples hors mariage a conduit la loi à attribuer la qualité d'ayant-droit à la personne (de même sexe ou de sexe différent) qui partage la vie d'un assuré social. Aujourd'hui, au regard de la protection sociale⁵, la situation des concubins est quasiment⁶ identique à celle des époux, mais sans que celle-ci relève du même texte. En

¹ En 2004 par exemple, le législateur a élargi, suite à une explosion survenue dans une entreprise chimique, la liste des ayants-droit pour les risques professionnels afin d'y inclure le concubin ainsi que le partenaire, pour permettre aux personnes vivant en couple avec les victimes décédées de bénéficier de rentes de survivants.

² Art. L. 434-8 et R. 434-10 (rente viagère en cas d'accident du travail), L. 815-4, L. 815-9, L. 815-13, R. 815-18 et R. 815-28 (allocation solidarité personnes âgées), L. 815-5 (avantages de vieillesse), L. 821-3 (allocation adulte handicapé)...

³ Art. L. 232-7 (allocation personnalisée d'autonomie), L. 232-10 (ressources du couple)...

⁴ Y. FAVIER, « Les concubins et leurs droits sociaux », in *Des concubinages, droit interne, droit international, droit comparé*. Mélanges J. RUBELLIN-DEVICHI, Litec, 2002, p. 241; G. VACHET, « Concubinage et vie maritale dans le droit de la sécurité sociale », in *Les concubinages, approche socio-juridique*, t. II, CNRS, 1986, p. 185. G. BUCHET, « Concubinage, vie maritale, vie commune », *Rev. dr. soc.*, 1997, p. 288 ; A. BENOIT, « Protection sociale et concubinage », *Rev. dr. fam.*, 1997, chron. n° 8 ; X. PRETOT, « Quelle famille est prise en compte dans notre système de protection sociale », *Rev. dr. sanit. soc.*, 1991, n° 3 ; Y. SAINT-JOURS, « Le statut social du concubinage », *JCP, N, I*, 1993, 138.

⁵ J.-F. LUSSEAU, « Vie maritale et droit de la Sécurité sociale », *Rev. dr. soc.*, 1980, p. 203.

⁶ En effet, l'assimilation entre le mariage et le concubinage n'est pas absolue. Le versement de certaines prestations reste subordonné à l'existence d'un lien de droit. Il en est ainsi en matière de rentes versées en cas d'accidents du travail (CSS, art. L. 434-8), en matière d'assurance invalidité de veuf ou de veuve (CSS, art. L.

effet, les personnes mariées se voient appliquer l'article L. 313-3 visant les membres de la famille, alors que les concubins doivent remplir l'exigence de vie maritale visée à l'article L. 161-14 du Code de la sécurité sociale. Ensuite, toute personne qui vit en couple avec un assuré social depuis 12 mois et se trouve à sa charge effective, totale et permanente, est l'ayant-droit de cet assuré¹. Elle peut prétendre aux prestations en nature de l'assurance maladie-maternité, c'est-à-dire au remboursement des frais médicaux². Tout récemment, la Cour de cassation a jugé que « le concubin d'une victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle a droit à une rente viagère égale à une fraction du salaire annuel de cette dernière, lorsque le décès de la victime est survenu à compter du 1^{er} septembre 2001 »³. Pour les décès survenus avant cette date, la théorie du mariage posthume permet de faire remonter les effets du mariage à la date du jour précédant le décès de l'époux⁴ afin d'accorder au concubin le statut de conjoint survivant, et lui ouvrir le bénéfice de certains droits réservés aux seuls époux. C'est notamment le cas pour le droit à indemnisation du préjudice⁵ prévu par les articles L. 437-7 et L. 434-8 du Code de la sécurité sociale dans leur rédaction antérieure à la loi du 21 décembre 2001. Il en est de même du capital décès⁶ prévu à l'article L. 362-1 du Code de la sécurité social ainsi que de l'allocation veuvage⁷. Un décret est récemment intervenu⁸ afin de tirer les conséquences réglementaires en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles de trois lois de financement de la sécurité sociale. Désormais, les droits des concubins et des partenaires pacsés sont alignés sur ceux du conjoint pour ce qui est des conditions d'attribution, de calcul et de retrait des rentes d'accidents du travail.

La loi portant création du PACS permet au partenaire de l'assuré social de devenir son ayant-droit⁹, sans qu'aucune durée de vie commune ne soit requise, et lui permet de bénéficier des assurances invalidité et décès, fermées aux concubins. Il bénéficie également d'autres prestations spécifiques comme le capital décès¹⁰, dont le versement est effectué suivant un ordre de priorité qui place le partenaire après le conjoint survivant, mais avant les descendants et ascendants. La législation relative à l'assistance médicale à la

342-1 et s.), de pension de retraite ou de réversion (CSS, art. L. 353-1 et s.) ou encore d'assurance veuvage (CSS, art. L. 356-1 et s.).

¹ Art. L. 161-14, al. 2, cf. aussi: Cass. soc., 22 févr. 1978, *Bull. civ.*, V, n° 142, p. 106.

² Art. L. 161-14 CSS.

³ Cass. civ. 2^{ème}, 4 avr. 2013, n° 10-19.233, *AJ fam.* 2013, note G. RAOUL-CORMEIL p. 300.

⁴ Art. 171 al. 2 C. civ.

⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 10 juill. 2008, n° 07-15.390; *Rev. dr. fam.*, 2008, n° 10, comm. 137, V. LARRIBAU-TERNEYRE.

⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 22 mai 2007, n° 05-18.582; *Rev. dr. fam.*, 2007, comm. 160, note A. DEVERS ; *JCP, S*, 2007, 1524, G. VACHET.

⁷ Cass. soc., 15 févr. 2001, n° 99-17.199 ; *D.*, 2001, somm. 2449, obs. X. PRETOT; *D.*, 2002, somm. p. 535, obs. J.-J. LEMOULAND; *RTD civ.*, 2001, obs. J. HAUSER, p. 563; *Rev. dr. soc.*, 2001, note B. GAURIAU, p. 463.

⁸ D. n° 2015-653, du 10 juin 2015, *J.O.*, 13 juin 2015, p. 9973.

⁹ Art. L. 161-14, al. 1^{er} CSS.

¹⁰ Art. L. 361-4 CSS.

procréation, si elle exigeait auparavant une vie commune de deux ans afin de caractériser l'infertilité du couple, est désormais supprimée.

L'évolution est donc caractérisée par une prise en charge des risques indépendamment du choix de la structure conjugale. Bien qu'il n'y ait pas d'identité des droits sociaux, les risques couverts par le régime général de la sécurité sociale ne promeuvent pas une conception particulière de la famille, mais leur objet se réduit à la seule couverture des risques, donné exclusif pris en considération¹. Pourtant, ce dernier dépend étroitement des structures familiales et sociales qui ne cessent de se renouveler. La diversité actuelle des formes de conjugalité impose donc une prise en compte et une adaptation à ces nouvelles configurations familiales, sans pour autant procéder à une transposition indifférenciée des règles applicables aux uns et aux autres.

345. Le refus d'ouvrir la pension de réversion aux concubins. Il est revenu au Conseil d'État de se prononcer en premier sur l'attribution d'une pension de réversion au concubin survivant. Il a exclu, dans un arrêt du 6 décembre 2006², l'idée d'une discrimination quant au bénéficiaire du droit à la pension de réversion visée aux articles 39 et 47 du Code des pensions civiles et militaires. Par un autre arrêt du 18 juin 2010³, il a jugé que les dispositions de l'article L. 45 du Code des pensions civiles et militaires de retraites qui organisent le partage de la pension de réversion entre les ex-conjoints d'un fonctionnaire ne sont pas applicables aux concubins car il existe une différence de situation entre les personnes mariées et les personnes vivant en concubinage. La même solution a été reprise au profit des personnes pacsées. Dans une question prioritaire de constitutionnalité⁴, le juge constitutionnel a estimé que « réserver le bénéficiaire de la pension de réversion aux couples mariés et ne pas reconnaître ce droit aux couples non mariés n'est pas contraire aux droits et libertés protégés par la Constitution, et ne porte donc pas atteinte au principe d'égalité ». Plus récemment encore, la Cour de cassation⁵ a estimé qu'il n'y avait pas de discrimination sur le fondement de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'agissant de la différence de traitement entre le conjoint marié et le partenaire lié par un Pacte civil de solidarité au regard de la pension de réversion. En droit de l'Union européenne, il a pu être jugé qu'une réglementation nationale qui ne prévoit pas de prestation de survie équivalente à celle octroyée à un époux après le décès du partenaire de vie viole le droit

¹ J. HAUSER, J.-L. RENCHON (dir. de), *Le statut juridique du couple marié et du couple non marié en droit belge et français, Les statuts légaux des couples, op. cit.*, p. 561.

² CE, 6 déc. 2006, n° 262096, *D.*, 2007, p. 155 ; *AJ fam.*, 2007, obs. F. CHENEDE, p. 34 ; *RTD civ.*, 2007, obs. J. HAUSER, p. 86 ; *JCP, G, II*, 2007, note A. DEVERS, p. 10096.

³ CE 18 juin 2010, n° 315076, *AJDA*, 2010, p. 1237 ; *RTD civ.*, 2010, obs. J. HAUSER, p. 764 ; *Rev. dr. fam.*, 2010, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE, comm. 123.

⁴ QPC n° 2011-155 du 29 juil. 2011, *Rev. dr. fam.*, 2011, note V. LARRIBAU-TERNEYRE, comm. 143.

⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 23 janv. 2014, n° 13-11.362 ; *Rev. dr. fam.*, 2014, n° 4, comm. 63 ; L. ANDREU, « Vers un alignement du régime du Pacs sur celui du mariage ? À propos d'un arrêt étonnant relatif à la pension de réversion », *D.*, 2014, p. 968 ; T. TAURAN, *Rev. dr. sanit. et soc.*, 2014, p. 392.

communautaire dérivé¹. La question portant sur la durée de la résistance des juridictions françaises ne manque d'être soulevée.

346. En procédure civile. La loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit a permis aux parties de se faire assister ou représenter devant le tribunal d'instance², la juridiction de proximité ou en matière prud'homale³ par le concubin ou la personne avec laquelle elles ont conclu un Pacs. La même faculté leur a été reconnue devant le tribunal du contentieux de l'incapacité, le tribunal des affaires de la sécurité sociale, la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance et des accidents du travail⁴ ainsi que devant le juge de l'exécution⁵. Plus récemment, la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009⁶ de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures a transféré au juge aux affaires familiales la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux de tous les couples conjugaux alors que, jusqu'à cette date, seuls les couples mariés saisissaient le juge aux affaires familiales des difficultés nées de la liquidation de leur régime matrimonial⁷. Faisant suite à la proposition doctrinale de Monsieur le Recteur GUINCHARD dans le cadre du rapport *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, cette extension du bloc de compétences juridictionnelles du JAF lui permet de devenir l'acteur central des intérêts patrimoniaux de l'ensemble des couples. Pour Monsieur le professeur ÉGÉA, hautement procédurale, la question de « la compétence matérielle des juridictions reflète parfaitement le pluralisme des formes juridiques de couple et le mouvement de rapprochement du pacte civil de solidarité du mariage »⁸, à tel point qu'il est permis de penser que la convergence des formes de conjugalité opère par la procédure civile.

B) La liberté dans la rupture

347. Dénominateur commun des conjugalités non-engageantes. Un sentiment d'injustice peut naître au stade de la rupture du couple de concubins. En effet, pas plus que le Code ne régleme la l'entrée en concubinage, il n'en régleme la sortie. Là où la solidarité conjugale se montre efficace, le concubinage révèle sa précarité lorsqu'il prend

¹ CJUE, 1^{er} avr. 2008, *Tadao Maruko c/ Versorgungswerk der deutschen Bühnen*, affaire C 267-06. Il s'agissait en l'occurrence de la violation de la directive 2007/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; CJUE, gde chb., 10 mai 2011, affaire C-147/08, *Jürgen Römer c/ Freie und Hansestadt Hamburg*.

² Art. 828 CPC.

³ Art. R. 1453-2 C. travail.

⁴ Art. L. 144-3 Code sécu. soc.

⁵ Art. 12 du décret n° 92-755 du 31 juil. 1992 modifié par le décret n° 2008-484 du 22 mai 2008.

⁶ L. n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, *J.O.*, 13 mai 2009, p. 7920.

⁷ V. ÉGÉA, *precit.*, p. 248, n° 610.

⁸ *Ibid.*, p. 249, n° 611.

fin. C'est pourquoi au-delà de la supposée liberté, nombre de concubins n'hésitent pas à recourir au juge au moment de la rupture. Dans ce contexte, la jurisprudence a envisagé certains mécanismes inspirés du droit commun afin de compenser les aspects les plus bruts de la rupture (1). L'identité des problématiques soulevées à ce stade a conduit le législateur à ériger le droit à indemnisation, en cas de rupture fautive du Pacs, en un droit d'ordre public, mettant ainsi en balance les impératifs de liberté de la rupture et de protection de la partie la plus faible (2). Par conséquent, un processus de rapprochement des conséquences de la rupture hors-mariage semble se dessiner au moment de la rupture en mariage. Louable, cette approche est animée par la volonté de réduire au maximum les disparités dues au statut juridique choisi.

1- La rupture du concubinage

348. Le recours à la responsabilité civile délictuelle. La liberté de rompre¹ constitue l'essence du concubinage. Il n'entraîne aucun droit à indemnité en l'absence de devoir d'un concubin à l'égard de l'autre². En revanche, le droit admet, lorsque les circonstances de la rupture révèlent une faute³ détachable de la rupture elle-même⁴, que la responsabilité de l'auteur de la rupture soit engagée sur le plan délictuel en application de l'article 1382 du Code civil⁵ (article 1240 du Code civil à compter du 1^{er} octobre 2016).

349. Le recours aux mécanismes de rééquilibrage patrimonial de droit commun. Deux principales techniques permettent à l'imprévoyance du concubin ou de la concubine qui estime avoir été abandonné, de contraindre son ancien compagnon (ou compagne) à lui venir en aide. Il s'agit essentiellement de la société créée de fait, subsidiairement, la technique de l'enrichissement sans cause⁶. La première technique suppose l'existence d'une société non statutaire⁷ créée entre les concubins. Elle est donc soumise à des

¹ Le principe étant que la rupture du concubinage ne saurait, en elle-même, ouvrir droit à une quelconque indemnisation. V. en ce sens R. SAVATIER, « Le droit, l'amour et la liberté », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 oct. 1957, *D.*, 1958, 493.

² V. ÉGEA, « Les régimes patrimoniaux », in *Les contentieux familiaux. Droit interne, européen et international*, I. BARRIERE-BROUSSE, M. DOUCHY-LOUDOT (dir. de), Paris, éd. Lextenso, 2013, p. 244, spec. n° 602.

³ V. récemment : CA Metz, 1^{ère} ch., 8 janv. 2015, n° 13/01099 et n° 15/00007 ; *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 4, comm. 70, A.-C. REGLIER.

⁴ V. ÉGEA, « Les régimes patrimoniaux », in *Les contentieux familiaux. Droit interne, européen et international*, *op. cit.*, n° 603.

⁵ En ce sens : CA Metz, 8 janv. 2015, n° 13/01099, *D.*, 2015, pan., J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU, p. 1408.

⁶ V. notamment A. GOUTTENOIRE, « Collaboration familiale et enrichissement sans cause », *Rev. dr. fam.*, 1999, chron. n° 19.

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 2 oct. 1974, *Bull. civ.*, I, n° 249; Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1989, *Bull. civ.*, I, n° 130; *JCP*, IV, 1989, 193; *Gaz. pal.*, 1989, 2, 765, note J. MASSIP; Cass. civ. 1^{ère}, 11 fév. 1997, *Bull. civ.*, I, n° 46; *JCP*, II, 1997, 22820, note T. GARÉ; *JCP*, 1997, I, obs. M. FARGE, p. 4045; même revue, 4074, n° 1, obs. VIANDIER et CAUSSAIN ; *Rev. dr. fam.*, 1997, n° 56, note H. LECUYER; *Defrénois*, 1997, 923 (2^{ème} esp.), note MILHAC ; *LPA*, 7 juil. 1997, note GIBRILA ; Cass. civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, n° 98-16490, *Rev. dr. fam.*, 2002, n° 28, note H. LECUYER.

conditions très strictes. Les juges ne l'admettent que de manière très restrictive¹ et la Cour de cassation ne manque de le leur rappeler. Il faut, de manière séparée, établir l'existence de chaque élément constitutif de la société² : des apports mutuels, en nature ou en travail, *un affectio societatis* ou la volonté et l'intention de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun, et enfin, l'existence non équivoque d'une participation effective aux bénéfices et aux pertes. Une fois ces trois éléments prouvés distinctement et cumulativement, les juges peuvent souverainement admettre l'existence d'une telle société entre les concubins, notamment pour permettre aux créanciers du couple, qui en démontrent l'existence³, d'exercer une action en paiement à l'encontre du concubin du débiteur. Elle constitue dès lors un véritable substitut, dans certains cas, à l'inapplicabilité de l'article 220 du Code civil instituant une solidarité à l'égard des dettes entre époux⁴. Ne serait-il pas préférable, dans l'intérêt des créanciers, de consacrer une solidarité entre concubins, dès lors que celle-ci se trouve aujourd'hui applicable aux partenaires ? En tout état de cause, si c'est bien la vie commune du couple qui est à l'origine de certains droits et obligations, il ne nous semble pas inconcevable d'harmoniser, ne serait ce que par souci de cohérence, certains effets inhérents à la vie de couple. Une sorte de socle, de SMIC (statut minimum inter-conjugal) tel que le suggérait un auteur⁵.

¹ Cass. com., 30 juin 1970, *Bull. civ.*, IV, n° 222.

² Cass. com., 25 juil. 1949, n° 49-39306, *Bull. com.*, n° 307; *D.*, 1949, somm., p. 41; *JCP*, 1950, II, 5798; Cass. civ. 1^{ère}, 4 nov. 1976, *Bull. civ.*, I, n° 328; Cass. com., 9 nov. 1981, n° 80-12477, *Bull. civ.*, IV, n° 385; Cass. civ. 1^{ère}, 5 mars 1985, *Bull. civ.*, I, n° 85; Cass. civ. 1^{ère}, 23 juin 1987, *Bull. civ.*, I, n° 205; Cass. civ. 1^{ère}, 18 juil. 1995, *Bull. civ.*, I, n° 320; *RTD civ.*, 1996, 133, obs. J. HAUSER; Cass. civ. 1^{ère}, 15 oct. 1996, *Bull. civ.*, I, n° 357; *D.*, 1997, somm., 177, obs. R. LIBCHABER; *RTD civ.*, 1997, obs. J. HAUSER, p. 102; *Defrénois*, 1997, (1^{ère} esp.), note MILHAC, p. 923; *LPA*, 5 sept. 1997, note ENAMA; Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juil. 1997, *Rev. dr. fam.*, 1997, n° 153, note H. LÉCUYER; Cass. com., 9 oct. 2001, *Bull. civ.*, IV, n° 165; *Defrénois*, 2002, obs. J. HONORAT, p. 620; *Rev. dr. fam.*, 2002, n° 18 et 55, note H. LÉCUYER; *RTD civ.*, 2002, obs. J. HAUSER, p. 489; Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 2004, n° 01-03909, *Bull. civ.*, I, n° 131; *D.*, 2004, obs. E. LAMAZEROLLES, p. 2928; *même revue*, obs. D. VIGNEAU, p. 2969; *JCP, E*, 2004, n° 8, obs. CAUSSAIN, DEBOISSY et WICKER, p. 1510; *RTD civ.*, 2004, obs. J. HAUSER, p. 487; *Rev. dr. fam.*, 2004, n° 168, note V. LARRIBAU-TERNEYRE; *RTD com.*, 2004, 743, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET; *Rev. sociétés*, 2005, note F.-X. LUCAS, p. 131; Cass. com., 23 juin 2004, *Bull. civ.*, IV, n° 135; *D.*, 2004, obs. D. VIGNEAU, p. 2969; *AJ fam.*, 2004, obs. F. BICHERON, p. 324; *JCP*, 2005, I, n° 3, 116, obs. Y. FAVIER; *JCP, E*, 2004, n° 9, obs. CAUSSAIN, DEBOISSY et WICKER, p. 1510; *Rev. dr. fam.*, 2004, n° 168, note V. LARRIBAU-TERNEYRE; *RJPF*, 2004, n° 10, p. 22, note F. VAUVILLE; *Rev. dr. et patrim.*, 2004, n° 12, p. 96, obs. D. PORACCHIA; *RTD civ.*, 2004, 487, obs. J. HAUSER; *RTD com.*, 2004, 740, obs. C.-L. CHAMPAUD et D. DANET; Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2007, n° 06-15.249; *D.*, 2008, pan., obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, p. 1793; *JCP*, 2008, I, 102, n° 2, obs. C. COUTANT-LAPALUS; *Rev. dr. fam.*, 2007, n° 185, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

³ M. BRUGGEMAN, « La solidarité familiale », in *Les États généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité* C. NEIRINCK (dir. de), Marseille, PUAM, 2008, pp. 171-187.

⁴ Comme en matière de contribution aux charges du mariage, les concubins ne sont pas solidaires à l'égard des dettes. Cf. civ. 1^{ère}, 2 mai 2001, *Bull. civ.*, I, n° 111; *D.*, 2002, somm. 612, obs. J.-J. LEMOULAND; *RTD civ.*, 2001, 565, obs. J. HAUSER; mais aussi civ. 1^{ère}, 27 avr. 2004, *Bull. civ.*, I, n° 113; *D.*, 2004, 2968, obs. D. VIGNEAU; *RTD civ.*, 2004, 487, obs. J. HAUSER; *Rev. dr. fam.*, 2004, n° 140, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE. En outre le Conseil d'Etat n'est pas si catégorique puisqu'en matière d'APL, celui-ci condamne solidairement les concubins à restituer le trop perçu : CE, 9 juil. 2003, *D.*, 2004, 2967, obs. J.-J. LEMOULAND; *RTD civ.*, 2004, 69, obs. J. HAUSER.

⁵ X. LABBEE, *Le droit commun du couple*, PUS, Septentrion, 2^{ème} éd., 2012.

Il est assez fréquent, lorsque la société créée de fait n'a pu être démontrée, que l'action fondée sur l'enrichissement sans cause prenne le relais. Cette alternative semble intéressante si l'un des concubins a contribué à la bonne marche du ménage en s'occupant du foyer, ou en travaillant dans l'entreprise de l'autre sans rémunération, en ayant abandonné sa propre activité professionnelle. Lorsque l'union vient à cesser, le(a) concubin(e) se rend compte que son concubin s'est enrichi, et qu'il (elle) s'est corrélativement appauvri(e). Dans ce cas de figure, l'enrichissement sans cause peut être un bon moyen de compenser des disparités trop flagrantes entre les ex-concubins. Néanmoins, certaines conditions cumulatives sont requises par la jurisprudence. Il faut prouver l'enrichissement du concubin, en apportant corrélativement la preuve de son propre appauvrissement, tout en démontrant l'absence de lien de causalité. En d'autres termes, le requérant doit pouvoir établir l'absence d'avantages pour lui, qui trouveraient leur cause dans le travail qu'il aurait fourni. Or, les juges relèvent bien souvent une contrepartie matérielle tel que l'hébergement¹, la volonté d'améliorer son propre cadre de vie² ou l'intention libérale³. Les décisions ayant eu à se prononcer sur ce fondement prennent soin de vérifier que l'activité déployée par la concubine est allée au-delà de la simple entraide conjugale⁴ et, en général, les juges n'hésitent pas à rétablir l'équité lorsqu'un déséquilibre trop prononcé est avéré lors de la rupture.

L'utilisation de ces mécanismes pourrait suggérer une protection proche de celle conférée par l'état d'époux par le recours, en l'absence d'un statut spécifique, aux règles du droit commun. Cependant, celles-ci n'ont rien d'automatique et ne satisfont pas, de surcroît, à l'exigence de prévisibilité propre au statut des personnes mariées. Il ne s'agit bien souvent que d'un « pis-aller »⁵. La jurisprudence, bien qu'elle s'avère aléatoire en la matière, a le mérite de remédier, sur le fondement du droit commun et au cas par cas, à certaines situations d'iniquité.

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, *Rev. dr. fam.*, 1999, n° 12, obs. H. LÉCUYER.

² Cass. civ. 1^{ère}, 24 sept. 2008, n° 06. 11924, *Bull. civ.*, I, n° 212 ; *D.*, 2008, A.J, 2430, obs. I. GALLMEISTER ; *LPA*, 24 nov. 2008, note BOUSSARD ; *AJ fam.*, 2008, 431, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *RJPF*, 2008-12/19, obs. F. VAUVILLÉ ; *Defrénois*, 2008, 2516, obs. E. SAVAUX ; *Rev. Lamy dr. civ.*, 2008/54, n° 3198, obs. JEANNE ; *RTD civ.*, 2008, 660, obs. J. HAUSER ; *JCP*, 2008, art. 597, obs. H. BOSSE-PLATIERE.

³ CA Aix-en-provence, 20 juin 2006, *Rev. dr. fam.*, 2006, n° 202, note V. LARRIBAU-TERNEYRE. Plus récemment : Cass. civ. 1^{ère}, 2 avr. 2014, n° 13-11.025, *D.*, 2015, pan. p.1408, J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 2010 : dans cette espèce il a été jugé que l'assistance apportée sur le plan administratif par la concubine à la bonne marche de l'entreprise artisanale constituée avec son concubin n'excédait pas une simple entraide, et ne donnait donc pas lieu à indemnisation sur le fondement de l'enrichissement sans cause ; ou encore le concubin qui, dans son intérêt personnel, a financé les travaux de rénovation avec l'intention de s'installer dans l'immeuble avec sa concubine, cf. civ. 1^{ère}, 24 sept. 2008, *Bull. civ.*, I, n° 212. V. néanmoins *contra*, la Cour qui « a souverainement estimé que ces travaux qui excédaient sa nécessaire participation aux charges de la vie commune, ne pouvaient être considérés comme une contrepartie de l'amélioration du cadre de vie et de l'hébergement gratuit dont M. X. avait profité pendant la période du concubinage » : Cass. civ. 1^{ère}, 23 janv. 2014, n° 12-27.180.

⁵ V. ÉGÉA, « Les régimes patrimoniaux », *op. cit.*, p. 251, n° 619.

2- La rupture du Pacs

350. Les dangers du principe de la libre rupture du Pacs. La possibilité de résilier unilatéralement le Pacs, sans motivation ni préavis est, à côté des avantages fiscaux et sociaux qu'il offre, la principale cause de son succès¹. Or, la doctrine s'est fait l'écho - depuis la création du Pacs- des dangers inhérents à la liberté de rupture². En effet, aucune autorité judiciaire n'assure ni le contrôle des motifs, ni les conséquences de la rupture. Les acteurs saisis à l'occasion de la rupture -huissier, greffier du tribunal d'instance et officier d'état civil- prennent uniquement acte de la décision de rompre, et de sa signification au partenaire subissant la rupture³. À l'heure de la création du PACS, Madame le professeur Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ soulignait qu' « (...) une telle formule n'a de sens que si l'on est persuadé que les personnes qui la choisiront le feront en connaissance de cause (...); il faut espérer qu'à l'expérience, le choix de cette formule ne se révèle pas être la source d'injustices. Certains auteurs ont déjà émis la crainte que ces ruptures désinstitutionnalisées ne soient le siège d'une violence individuelle qui alimente la violence sociale »⁴. Le partenaire, tout comme le concubin, est soumis au bon vouloir de l'autre, à celui qui n'est pas assiégé par la force de ses sentiments, et la loi lui dénie tout droit à l'instar de ce que prévoit le système de protection patrimoniale conféré par le mariage. C'est pourquoi le Pacs -dans sa dimension factuelle- n'est qu'un simple concubinage qui n'offre aucun avantage à sa dissolution. Il peut être résilié « du jour au lendemain, sur simple caprice »⁵, de la même manière que, du jour au lendemain, le partenaire abandonné peut se retrouver sans rien. La liberté constitutive du Pacs se paie fort cher à la rupture, et cette situation a pu être qualifiée par la doctrine comme une hypocrisie de la loi qui consacre des inégalités là où le droit est censé les supprimer ou, à tout le moins, les atténuer. Comme l'ironise le même auteur, « j'ai le droit d'épouser une autre personne que mon partenaire que je n'ai même pas besoin de prévenir et qui se trouve, du fait de la loi, automatiquement destitué. Je peux donc avoir dans le même temps une fiancée et une (ou un) partenaire de service, qui disparaîtra du fait du mariage » car « c'est bien la loi qui considère mon partenaire comme un être inférieur à celui que j'épouse »⁶. Qualifié comme étant une « défaite de la raison juridique »⁷, le Pacs est loin de constituer ce pacte civil de *solidarité* car il est tout, sauf solidarité entre les partenaires. Il se caractérise par la précarité, l'irresponsabilité et la loi du plus fort. Pour l'auteur, la

¹ En 2007, 101992 PACS ont été conclus contre 173728 en 2014, dont 96% le sont entre personnes de sexe différent. Cf. Statistiques du Ministère de la justice.

² F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « À propos du pluralisme des couples et des familles », *LPA*, 1999, n° 84, pp. 29-36 ; X. LABBEE, « PACS : l'injustice de la dissolution conventionnelle », *JCP, G*, 2012, n° 1-2, pp. 6-7.

³ Cf. TI Lille, 7 sept. 2009, *D.*, 2010, n° 1, pp. 6970, note, A. KOUMDADJI.

⁴ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « À propos du pluralisme des couples et des familles », *art. précit.*, p. 35.

⁵ X. LABBEE, « PACS : l'injustice de la dissolution conventionnelle », *art. précit.*

⁶ *Ibid.*, p. 7.

⁷ P. MURAT, « Chronique d'une défaite de la raison juridique », in *Mélanges Pierre CATALA*, Paris, Litec, 2001, pp. 109-116.

défaite consiste à « légiférer à la légère (...), d'introduire le désordre là où avec quelques efforts supplémentaires (...) l'harmonie et le sens pouvaient être mieux atteints. Car le désordre aura ses victimes : ceux qui ne verront pas les pièges du pacte, ceux qui par attrait du neuf ou de la mode auront trop vite cédé à l'engouement collectif, ceux qui auront mal été conseillé (...) »¹. Une autre partie de la doctrine y voit « une crise individuelle face aux grands choix existentiels, et plus spécifiquement une crise du couple, marié ou non, confronté à l'immense fragilité de l'amour comme soutien exclusif d'une union désormais principalement destinée à l'épanouissement personnel »². Face à autant de critiques, des propositions ont été formulées par la commission présidée par Monsieur le recteur Serge GUINCHARD, dont le rapport a été remis au Garde des sceaux le 30 juin 2008. Ce dernier préconisait la judiciarisation du PACS, notamment par l'intervention du juge au stade de la rupture³. Des efforts en ce sens ont été faits, notamment par l'adoption de la loi du 12 mai 2009⁴ qui fait du juge aux affaires familiales le personnage incontournable de la séparation de tous les couples quant à leurs effets patrimoniaux⁵.

§3) Vers un régime impératif conjugal

351. Une nette distinction du Pacs et du concubinage. Le groupe de travail chargé de présenter des propositions de réforme en 2004 a estimé que l'encadrement juridique renforcé du Pacs « était de nature à faire naître un mode de conjugalité nouveau, distinct du concubinage. Dès lors, toute disposition applicable aux concubins ne pourrait à l'avenir être d'office transposée aux pacsés. Il a donc été décidé de lever toute difficulté d'interprétation et de rédiger un texte aussi lisible que possible en distinguant bien les deux notions de "Pacs" et de "concubinage" ». Le concubinage « sauvage » prévu à l'article 515-8 du Code civil se distingue donc du concubinage « institué ». Par conséquent, le concubinage tel que connu jusqu'à l'adoption de la loi du 15 novembre 1999 se voit abaissé à un rang inférieur, en s'éloignant du mariage qui, jusque là, l'inspirait. Ceci témoigne bien de l'existence et d'une volonté de hiérarchisation des conjugalités.

352. Vers une confusion du Pacs avec le mariage. Si le Pacs a initialement été créé comme un instrument d'organisation de la vie commune de deux personnes, il tend aujourd'hui de plus en plus à se « matrimonialiser ». D'un contrat organisant la vie

¹ *Ibidem*.

² M-T. MEULDERS-KLEIN, « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique*. Écrits en hommage à Gérard CORNU, Paris, PUF, 1994, p. 317.

³ X. LABBEE, « Le PACS et le rapport GUINCHARD », *D.*, 2008, Point de vue, 2354-2355.

⁴ L. n° 2009-526, 12 mai 2009, *J.O.*, 13 mai 2009, p. 7920.

⁵ V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Le juge aux affaires familiales devient le juge des intérêts patrimoniaux des concubine et des partenaires », *Rev. dr. fam.*, 2009, n° 6, pp. 20-21 ; X. LABBEE, « PACS, la dernière longueur », *AJ. fam.*, 2009, n° 9, pp. 345-346 ; Dossier *AJ. fam.*, mars, 2010, « Judiciarisation du PACS et du concubinage », pp. 106-125.

commune, l'évolution de celui-ci en a fait un partenariat enregistré à l'état civil¹, en renforçant la dimension personnelle. Dans le même mouvement, la loi du 17 mai 2011² a complété l'article 79 du Code civil³ en faisant figurer dans l'acte de décès les nom et prénom du partenaire. Il en découle une confusion, voire une uniformisation⁴ des effets personnels et patrimoniaux du Pacs et du mariage. Le groupe de travail chargé de présenter des propositions de réforme avait conclu à la « nécessité de renforcer le régime primaire des pacsés en s'inspirant des dispositions du régime primaire des époux »⁵. Cette volonté affirmée du groupe de travail reposait sur la nécessité « de définir précisément les relations pécuniaires entre partenaires ». C'est pourquoi il a été conclu « qu'un parallélisme avec les dispositions applicables aux époux ne modifiait pas, en cette matière, la nature contractuelle du Pacs et ne portait pas atteinte à la spécificité du mariage ». Si la nature contractuelle du Pacs a bel et bien été soulignée et renforcée, la promesse tenant à la préservation de la spécificité du mariage ne semble pas avoir été tenue, à tel point qu'un auteur a pu inviter à en redécouvrir les avantages en tant que service public⁶, tandis qu'un autre évoquait « le symbolisme » des sanctions et des obligations qui lui sont attachées⁷. Il semblerait y avoir une réelle ambivalence entre la volonté législative de maintenir une hiérarchisation entre les formes de conjugalité et l'attraction qu'opère l'institutionnalisation du concubinage sur l'ensemble du droit de la famille. Paradoxalement, la contrainte s'est emparée des unions hors mariage par le biais des « obligations génériques qui défendent les valeurs sociales élémentaires »⁸. Le raisonnement du législateur qui consiste à faire découler des droits et des obligations à partir d'un élément de pur fait -la vie commune- empêche de raisonner en termes de statuts particuliers. Il conduit à l'inverse à la confusion des statuts conjugaux, en abandonnant le mariage à sa réalité factuelle⁹. Monsieur le professeur Yves LEQUETTE l'a parfaitement exprimé dans son article sur le pluralisme en droit de la famille, lorsqu'il fait observer que,

¹ Art. 515-3-1 du Code civil issu de la loi du 23 décembre 2006, en vertu duquel il est désormais fait mention en marge de l'acte de naissance de chaque partenaire de la déclaration de Pacs avec indication de l'identité de l'autre personne.

² L. n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, *J.O.*, 18 mai 2011, p. 8537.

³ Dans un alinéa 4° bis.

⁴ A. LEBORGNE, « Réflexion sur la diversité des modes de conjugalité », in *Mélanges en l'honneur de JERRY Sainte-Rose*, C. PUIGELIER (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 676.

⁵ *Le pacte civil de solidarité, Réflexions et propositions de réforme*, Rapport remis à Monsieur Dominique PERBEN, Garde des Sceaux, Ministre de la justice, le 30 novembre 2004, p. 14.

⁶ A. MIRKOVIC, « Le mariage, un service public à redécouvrir », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2012, n° 94, pp. 55-58.

⁷ G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2014, n° 337, p. 327

⁸ G. RUFFIEUX, *op. cit.*, n° 337, p. 327.

⁹ Cf. J. GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux, Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2012.

du point de vue de l'utilité sociale, « la “mauvaise” famille chasse la “bonne” »¹. En fin de compte, ce sont les trois formes de conjugalité qui s'influencent réciproquement. Ce sentiment de confusion est davantage accentué lorsque l'on songe à la réponse de la Cour de justice de l'Union européenne, saisie d'une question préjudicielle² portant sur la question de savoir si les avantages sociaux conventionnels ouverts aux seuls couples mariés à l'exclusion des partenaires pacsés poursuivaient un objectif légitime au regard de l'article 2 paragraphe 2 de la directive³ du Conseil, laquelle met en place un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Pour la Cour, « *une différence de traitement fondée sur l'état de mariage des travailleurs et non expressément sur leur orientation sexuelle reste une discrimination directe, dès lors que, le mariage étant réservé aux personnes de sexe différent, les travailleurs homosexuels sont dans l'impossibilité de remplir la condition nécessaire pour obtenir l'avantage revendiqué* »⁴. Par conséquent, la convention collective instituant des primes salariales et des congés spéciaux au profit des seuls couples mariés est contraire à ladite directive, et la Cour de cassation n'a pas manqué de tirer les conséquences de cette contrariété dans sa jurisprudence⁵.

353. Un traitement de la rupture orienté vers la protection du plus faible. Si le couple est désormais abandonné à sa réalité factuelle⁶, le législateur a bien pris soin, à l'occasion de la rupture, de ne pas procéder par assimilation de tous les couples conjugaux. Bien que l'identité des problématiques posées à ce stade ait pu, en apparence, conduire à une certaine confusion⁷, la question n'a pas lieu de se poser du point de vue du statut juridique⁸. La distinction entre les trois formes de conjugalité perdure afin de distinguer le processus encadré et protecteur du droit du divorce –bien que libéralisé–, des situations plus précaires que sont le concubinage et le Pacs. Au demeurant, si la finalité de protection et de prévisibilité est assurée dans le cadre du mariage, celle-ci est appréciée au cas par cas

¹ Y. LEQUETTE, « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur de Gérard CHAMPENOIS*, Paris, Defrénois, pp. 523-550.

² Cass. soc., 23 mai 2012, n° 10-18.341, *Bull. civ.*, V, n° 161 ; *D.*, 2012, p. 1765, obs. P. B. ; *Rev. dr. fam.*, 2012, comm. 114, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *RJPF*, 2012-07-08/11, obs. E. PUTMAN ; *JCP*, S, 2012, p. 1383, comm. A. DEVERS.

³ Directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000, *JOCE*, 2 déc. 2000, n° L 303.

⁴ CJUE, 12 déc. 2013, aff. C-267/12, *Frédéric Hay c/ Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, *AJ fam.*, 2014, obs. H. ROBERGE, p. 127.

⁵ Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 10-18.341 et n° 12-20.864, *Rev. Lamy dr. civ.*, 2014, n° 119, note K. D.-P.

⁶ J. GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux, Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, op. cit.

⁷ Madame RUFFIEUX relève que l'attrait des nouvelles conjugalités pour le modèle matrimonial est freiné tant en raison « du souci de préservation du pluralisme conjugal et de la singularité matrimoniale (...) que dans la faiblesse de la sanction, tantôt dans l'absence d'obligation ». L'auteur poursuit en relevant que « la rupture du pacs ne présente pas de coloration punitive et que la responsabilité du fautif n'est que rarement retenue. Il en va de même de l'aide matérielle, qui ne peut être contrainte qu'à l'aide des sanctions de droit commun, non adaptées à la sphère familiale, alors qu'il s'agit d'un impératif impérieux ». Pour l'auteur, la précarité de l'union hors mariage explique, pour partie, la faiblesse des sanctions. *Thèse précit.*, n° 244.

⁸ L. PIZARRO, *Le traitement juridique de la rupture du couple, Réflexion sur l'émergence d'un droit commun de la rupture du couple*, Thèse, Aix-Marseille, 2014.

dans les autres situations. Toujours est-il que la méthode employée par le législateur -dont le raisonnement en termes de statuts spécifiques est abandonné¹ au profit d'une approche factuelle du couple- ne favorise pas la lisibilité du droit de la rupture et accentue l'idée de confusion des statuts. La question qu'il convient de se poser est celle de savoir s'il pourrait en aller autrement aujourd'hui ? Autrement dit un changement de perspective du droit de la famille serait-il pour l'heure envisageable ? Nous ne le pensons pas. Le droit de la famille tire aujourd'hui les conséquences d'une longue évolution², mais qui s'est particulièrement accélérée à partir de 1999, et dont le cap a été franchi avec la loi du 17 mai 2013. Une meilleure structuration du droit de la famille est aujourd'hui davantage souhaitable, et à laquelle la doctrine appelle de ses vœux³.

354. Un socle commun de règles minimales pendant la vie commune. La doctrine s'est attachée ces dernières années à dégager un SMIC (statut minimum inter-conjugal)⁴. Tel que décrites⁵, certaines exigences morales, bien qu'initialement non reconnues par le législateur, ont semblé suffisamment importantes à tel point que ni le statut du couple, ni le *privilege* tiré de la qualité de conjoint ne pouvaient en limiter l'extension au concubin ou au partenaire pacsé. C'est notamment le cas lorsque l'exigence de respect est en cause, particulièrement dans le cadre conjugal, mais aussi lorsqu'il s'agit de porter assistance à son partenaire de vie lorsque ce dernier se porte mal et que la vie commune les a un temps rassemblés. *L'humanité* du législateur commandait, sous cet angle, de ne pas réserver un traitement différencié aux couples selon leur statut juridique. De la même manière, s'il ne convient pas d'imposer aux concubins et partenaires une obligation de fidélité, la loyauté commande de ne pas tromper celui avec lequel nous lie le contrat de Pacs, le législateur ayant insisté sur la dimension contractuelle de cet instrument d'organisation de la vie de couple. Autant d'obligations tirent leur raison d'être du simple savoir-vivre ensemble, indépendamment de la notion de fidélité. Il ne serait pas inconcevable d'imaginer un seul et même article -à l'instar de l'actuel article 212 du Code civil- réunir ces devoirs communs à toute vie en couple⁶. Une éventuelle éviction du devoir de secours ne

¹ Cf. A. GOGOS-GINTRAND, *Les statuts des personnes, étude de la différenciation des personnes en droit*, Paris, Bibliothèque de l'Institut de Recherche juridique de la Sorbonne - André TUNC, 2011, p. 429.

² V. *supra*, notre Partie I, Titre I, Chapitre 1.

³ Notamment en cas de rapprochement des modes de conjugalité, Madame Gaëlle RUFFIEUX s'interroge dans son travail de thèse sur la question de savoir si « les sanctions suivent le même courant que les obligations ». En d'autres termes, les sanctions des obligations du modèle matrimonial seraient-elles étendues au pacs et au concubinage ? Et en cas de réponse affirmative, celle-ci s'interroge sur le devenir du pluralisme ? G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales, thèse précit.*, spec. n° 171, p. 185.

⁴ Puisque la vie de couple ne se vit pas différemment selon les statuts, et se résume globalement à une communauté de toit et de lit, pourquoi distinguer là où le fait est identique ? Tel est la résultante du raisonnement en termes de prise en compte des situations de fait. Monsieur le professeur LEVENEUR l'a d'ailleurs clairement exprimé lorsqu'il qualifie la prise en compte des situations de fait comme « irrégulières » et « perturbatrices » de l'ordre juridique. Cf. L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, Paris, LGDJ, 1990.

⁵ V. *supra*, n° 324-342.

⁶ *Contra*, cf. C. BRUNETTI-PONS, « Protéger l'enfant et satisfaire la justice en droit de la famille après la loi du 17 mai 2013 », in *Le Mariage&La Loi, Protéger l'Enfant*, Institut Famille&République, 2016, pp. 281-298, spec.

constituerait que l'aboutissement de sa progressive éviction tout au long des réformes relatives au divorce, à l'heure où les compensations patrimoniales prennent de plus en plus le relais¹.

355. La nécessaire restructuration du Code civil². En préservant l'exigence de neutralité du législateur mais aussi la finalité de protection du plus faible, il conviendrait pourtant de raisonner en termes de spécificité des statuts³, en s'attachant à faire ressortir ce qui les distingue. Cette idée satisfait à la diversité initialement établie des modes de conjugalité, en offrant aux couples différents statuts juridiques selon l'intensité de leur engagement. Cette hiérarchisation préserverait aussi les avantages liés à l'engagement durable que constitue le mariage, et permettrait une meilleure structuration du concubinage. Ceci est d'autant plus souhaitable que les termes mêmes de la loi s'attachent toujours à distinguer le mariage, du Pacs et du concubinage, au sein de dispositions qui leur sont spécifiques. La distance formelle qui les sépare au sein du Code civil permet sans doute de mieux les distinguer, par dissociation textuelle. Néanmoins, ne serait-il pas envisageable, par souci de lisibilité et de cohérence, d'envisager une refonte du titre V du livre I^{er} du Code civil comme étant relatif au couple, en distinguant un sous-titre I^{er} relatif au régime impératif conjugal, englobant l'ensemble des devoirs et obligations propres à la vie de couple, tant dans sa dimension personnelle que patrimoniale ? Ceci serait d'autant plus souhaitable qu'un certain nombre de travaux relèvent un net recul du rayonnement du Code à l'étranger dû à son « vieillissement »⁴ et l'émergence de modèles régionaux concurrents. La conséquence directe sur le Code en est son caractère « moins compétitif, en retrait par rapport aux exigences contemporaines ». Il a été souligné que l'« éclipse du

pp. 283-284. Entre autre propositions, l'auteur préconise une éviction du concubinage du Code civil, « la définition d'une situation de fait ne trouv(ant) pas sa place dans le Code civil ». Le Pacs, « sorte de contrat de fiançailles », serait exclusivement réservé aux couples de sexe différent, le renforcement des obligations et avantages qui en découlent serait exclu, exception faite du volet patrimonial.

¹ Cf. G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, op. cit., spec. n° 168 et 169. L'auteur affirme, à juste titre, que la sanction du contenu obligationnel des devoirs statutaires du mariage devient « politiquement incorrect ». Si les devoirs conjugaux subsistent toujours, leur sanction est, pour partie, reléguée à la sphère individuelle. La contrainte a perdu de sa légitimité et la pression exercée sur les comportements conjugaux relève davantage du non-droit. Au demeurant, la sanction est recentrée sur les devoirs patrimoniaux en cours d'union.

² L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, « La réforme du Code civil », *D.*, 1948, chron. XXVIII, pp. 117-124.

³ *Contra*, V. E. MATUTANO, « Légalité et conjugalité : le législateur doit épuiser sa compétence », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2016, n° 133. Pour l'auteur, « il ne paraît pas concevable, en effet, de laisser perdurer un régime législatif incohérent et préférentiel, (...) à l'heure où tombent les barrières, en ce domaine, à propos de la parentalité. Il n'est pas séant de conserver deux ou trois gradations, installant une hiérarchie entre les personnes, qui n'émane ni de leurs mérites ni de leurs talents respectifs et qui forge des distinctions mal comprises et donc sources de conflits et de contentieux ». Par conséquent, l'auteur considère, de manière contestable, que la seule solution qui vaille serait « l'alignement des règles » du droit non civil de la famille, sans affecter la définition de chaque régime dans le Code civil.

⁴ B. FAUVARQUE-COSSON, S. PATRIS-GODECHOT, *Le Code civil face à son destin*, Paris, La Documentation française, Ministère de la Justice, 2006, p. 51. V. aussi, R. CABRILLAC, « Recodifier », *RTD civ.*, 2001, p. 833-846.

Code civil »¹ de la scène internationale et l'éclatement dont il fait l'objet au plan interne ne sont que la conséquence directe de l'inflation législative qu'a connue la France à partir de la III^{ème} République², et contre laquelle le doyen CARBONNIER avait déjà mis en garde.

Sur le plan interne, l'éclatement du droit civil, particulièrement le développement du droit des obligations en dehors du Code nuit particulièrement à un des objectifs majeurs de la codification : l'accessibilité du droit³. C'est pourquoi sa réhabilitation est vivement souhaitée⁴. Monsieur le professeur Philippe REMY souligne, à juste titre, que le Code civil devient de plus en plus « une collection de lois chaque jour moins complète »⁵. Le droit de la famille semble pourtant être un des domaines les moins affectés par cet éclatement⁶. Pour autant, le désordre et la similitude de la plupart des textes applicables aux couples appellent un meilleur ordonnancement et un toilettage des règles applicables.

356. Le rôle du droit européen dans la restructuration. Ce qui est aujourd'hui discuté est la question de la réhabilitation directe du Code, particulièrement sous l'influence grandissante des sources supra-nationales que sont le droit européen et le droit communautaire⁷. Si une des préoccupations des juges de Strasbourg est la prise en compte des besoins individuels, le législateur national n'est pas en reste de cette tendance, et la loi du 15 novembre 1999 en est un bel exemple. Loin d'être négligeable, l'influence directe de la Cour européenne sur l'initiation de réformes à la suite d'une condamnation reste néanmoins rare⁸. C'est pourquoi son impact devrait être circonscrit à une source d'enrichissement du droit national⁹, sans en faire un « instrument complet de réécriture du droit civil »¹⁰. Par ailleurs, la fonction stabilisatrice du droit inhérente à l'existence d'un Code devrait à l'avenir, davantage être préservée. C'est pourquoi le législateur national est

¹ Pour reprendre l'intitulé de la II^{ème} partie du rapport précité, FAUVARQUE-COSSON, S. PATRIS-GODECHOT, *Le Code civil face à son destin, rap. précit.*

² *Ibidem.*, p. 94.

³ En ce sens : J.-P. DUNAND, « Entre tradition et innovation. Analyse historique du concept de code », in *Le Code civil français dans le droit européen*, J.-P. DUNAND, B. WINIGER (dir. de), Actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français organisé à Genève les 26-28 février 2004, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 3-43.

⁴ FAUVARQUE-COSSON, S. PATRIS-GODECHOT, *Le Code civil face à son destin, rapp. précit.*, p. 93 et s.

⁵ P. REMY, « La recodification civile », *Droits*, 1997, n° 26, p. 3 et s.

⁶ En effet, entre autres exemples, la législation relative à l'assistance médicale à la procréation ou l'accouchement sous X n'y sont pas intégrés.

⁷ À l'inverse de la réhabilitation indirecte -thèse peu probable et peu souhaitée- qui suggère l'élaboration d'un Code européen, cf. M.-A. LATOURNERIE, « Regards croisés : le Code civil est-il un modèle adapté à l'état de la société et du droit ? », in *Journée d'étude à l'occasion du bicentenaire du Code civil. Le rayonnement du droit codifié*, Journée du 26 novembre 2004, vol. 2, éd. JO, p. 323, p. 337.

⁸ FAUVARQUE-COSSON, S. PATRIS-GODECHOT, *Le Code civil face à son destin, rap. précit.*, p. 112.

⁹ V. J.-P. DUNAND, B. WINIGER (dir. de), *Le Code civil français dans le droit européen*, Actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français organisé à Genève les 26-28 février 2004, Bruxelles, Bruylant, 2005.

¹⁰ *Ibidem.*, p. 112.

appelé à adopter une « conception plus rigoureuse du droit, sans courir derrière les moeurs »¹.

357. Une restructuration globale ou partielle ? Au sein de la doctrine, les avis sont mitigés quant à une refonte globale du Code civil ou une révision partielle. S'il est vrai que les exemples étrangers de refonte globale révèlent que l'entreprise a pu, parfois, être menée à bien (notamment au Québec), les résultats demeurent nuancés. Le cas de la recodification en Louisiane permet de constater que le législateur, ayant préféré conserver « l'ossature initiale et s'engager dans une recodification progressive »² a abouti à un résultat dénué de toute logique d'ensemble. Parmi les partisans d'une révision globale du Code civil français, Monsieur le professeur Denis TALLON est d'avis que la reprise de l'ossature du Code napoléon a succombé à l'usure du temps pour qu'elle puisse faire peau neuve. L'alternative d'une refonte partielle constitue pour l'auteur le chemin vers un *patchwork* juridique³. Dans le même ordre d'idées, constatant l'étendue de l'éclatement du droit civil et le caractère *vieillissant* de l'ancien Code⁴, Monsieur le professeur Jean-Luc AUBERT préconise également une refonte globale. Plus modestes⁵, les partisans d'une refonte partielle du Code civil arguent du préalable de deux conditions devant être de mise dans toute tentative de restructuration. L'existence en premier lieu d'une volonté politique forte⁶, déterminante de toute entreprise de codification⁷. À cet égard, Monsieur Le professeur Jean-Louis HALPERIN relève la spécificité du contexte présidant à l'adoption du Code napoléon en 1804 : « La stabilisation monétaire et financière, le rétablissement du culte avec le concordat de 1801, la pacification intérieure et pour quelques années (1802-1804) extérieures, le retour en force et le ralliement au régime des juristes formés sous

¹ *Ibidem.*, p. 112.

² *Ibidem.*, p. 113.

³ D. TALLON, « L'avenir du Code civil en présence des projets d'unification européenne du droit civil », in *1804-2004, Le Code civil un passé, un présent, un avenir, Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz-Litec, 2004, p. 997, spec. 1003.

⁴ J.-L. AUBERT, « La recodification et l'éclatement du droit hors le Code civil », in *Livre du Bicentenaire, op. cit.*, p. 123 et s.

⁵ Et pour lesquels une telle refonte partielle a le plus de chances de se solder par un succès. Au soutien d'une telle thèse, le modèle allemand du droit des obligations est cité en exemple, à l'occasion de la transposition de la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et de la garantie des biens de consommation. La refonte dans les années 70 du droit des personnes et de la famille est également citée car elle constitue un bel exemple de refonte partielle réussie. En ce sens : J. FOYER, « Le Code civil est vivant. Il doit le demeurer ! », *JCP, G, I*, 2004, p. 120.

⁶ FAUVARQUE-COSSON, S. PATRIS-GODECHOT, *Le Code civil face à son destin, rapp. precit.*, p. 114.

⁷ Aussi convient-il de rappeler l'échec des deux tentatives de recodification en France. La première, en 1904, avait été demandée par le ministre de la justice à une commission extraparlamentaire, afin de réfléchir à une révision du Code, laquelle ne déboucha sur aucun projet concret (un des arguments avancés pour justifier cela avait été le décès de SALEILLES en 1912, membre phare de la Commission). La seconde tentative intervient au lendemain de la seconde Guerre mondiale. Le gouvernement provisoire de la République institue alors par décret auprès du ministre de la justice une commission extraparlamentaire présidée par le doyen JULLIOT DE LA MORANDIERE, laquelle fut également un échec. Plusieurs raisons avaient été avancées : instabilité gouvernementale de l'époque, manque d'homogénéité de la commission, absence de souffle novateur, défaut de volonté politique. V. en ce sens : L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, « La réforme du Code civil », *D*, 1948, p. 117.

l'Ancien Régime, enfin l'affaiblissement des assemblées et le déclin des querelles idéologiques peuvent être considérées comme autant d'éléments propices à la réalisation du Code civil »¹. Rien de tel actuellement. Pour Monsieur le professeur Jean FOYER, « la reprise et l'achèvement d'une codification véritable supposent une volonté à la tête de l'État et une plume digne de toucher à la loi »². En second lieu, la dimension symbolique³ du Code⁴ « représente pour les Français tout à la fois le ciment de l'unité nationale, le repère de la citoyenneté, le moteur de l'intégration, l'âme de la cohésion sociale, la protection contre les risques de la vie collective, le support de l'activité économique, la référence de la pratique juridique... »⁵. C'est dire que le symbolisme attaché au Code civil demeure fort et sa valeur inestimable. Pour autant, cette valeur hautement symbolique ne doit pas conduire à creuser sa tombe⁶, et conduire à le figer : « le contenant doit être conservé et le contenu modifié »⁷. Entre autres éléments dont le contenu a été grandement modifié figure la notion d'ordre public familial.

358. La transformation de l'ordre public familial. Les mutations contemporaines⁸ de la famille et du couple remettent profondément en cause les fonctions qui sont traditionnellement dévolues à l'ordre public⁹. À ceci s'ajoute l'attachement du législateur à la protection de la volonté individuelle, dont l'effet corrosif direct conduit à interroger sur son contenu exact¹⁰. Dans ce contexte, l'immixtion d'un ordre public européen¹¹ dans

¹ J.-L. HALPERIN, *Le Code civil*, Paris, Dalloz, 1996, spec. p. 16.

² J. FOYER, « Le Code civil après le Code : la réforme du Code civil sous la Vème République », in *La codification*, B. BEIGNIER (dir. de), Paris, Dalloz, 1996, p. 63, spec. p. 67.

³ FAUVARQUE-COSSON, S. PATRIS-GODECHOT, *Le Code civil face à son destin, rap. précit.*, p. 115.

⁴ R. CABRILLAC, « Le symbolisme des Codes », in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à François TERRE, Paris, Dalloz, 1999, p. 211 et s. V., pour une étude complète : F. EWALD (extraits choisis et présentés par) *Naissance du Code civil, travaux préparatoires du Code civil*, Paris, éd. Flammarion, 2004.

⁵ G. CANIVET, à l'occasion de l'audience solennelle du début de l'année judiciaire, in *JCP, G*, 2995, p. 69.

⁶ Pour reprendre une expression : FAUVARQUE-COSSON, S. PATRIS-GODECHOT, *Le Code civil face à son destin, rap. précit.*, p. 105.

⁷ FAUVARQUE-COSSON, S. PATRIS-GODECHOT, *Le Code civil face à son destin, rap. précit.*, p. 115.

⁸ Sur ces mutations, V. particulièrement : J.-L. RENCHON, « Les causes des mutations de l'ordre public », *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 9, 46.

⁹ G. LEBRETON, « Critique républicaine des droits fondamentaux de la personne humaine », in *Le droit entre tradition et modernité*, Mélanges à la mémoire de Patrick COURBE, Paris, Dalloz, 2012, p. 361. L'auteur souligne que la théorie des droits fondamentaux issue de la Loi fondamentale allemande s'explique par le contexte historique de leur naissance, c'est-à-dire en réaction au totalitarisme nazi. Par conséquent, ceux-ci reposent sur « une anthropologie de l'individu qui s'inspire manifestement beaucoup de la pensée de John LOCKE. Profondément marqués par l'expérience nazie, ils ont en effet pour priorité d'assurer la "propriété de soi". La personne humaine à laquelle ils se réfèrent n'est donc pas un sujet mixte, mais un individu dont l'autonomie est volontairement surévaluée ». Or, le contexte historique français étant différent de son homologue allemand, les droits fondamentaux aujourd'hui se caractérisent davantage par leur individualisme radical.

¹⁰ J. HAUSER, « Rapport français » in *L'ordre public*, Travaux de l'Association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique, Journées libanaises, 1998, LGDJ, 2001, p. 477.

¹¹ V. en ce sens, J. FOYER, « L'ordre public international est-il toujours français ? », in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Paris, Dalloz, 2010, pp. 267-280.

l'ordre public interne à travers « l'armée conquérante »¹ des droits fondamentaux participe de ce mouvement. Si le rôle perturbateur qui en déteint sur l'ordre public est patent, force est de constater que les droits fondamentaux de la personne en ont seulement déplacé l'objet. Fortement présent autrefois dans la dimension personnelle du couple, l'ordre public semble de plus en plus déployer ses effets dans la sphère des relations patrimoniales du couple. Abandonnant sa vocation directive au nom de la liberté des individus à s'autodéterminer, l'ordre public est davantage protecteur. Monsieur le professeur Jean HAUSER le souligne parfaitement lorsqu'il explique que, « replié d'un modèle familial qu'il maîtrise de plus en plus mal, l'ordre public familial pourrait bien être en train de refaire le chemin séculaire en sens inverse. Parti de la famille définie préalablement pour y inclure l'individu, il serait peut être en train de repartir de l'individu pour en redéfinir la famille. À l'ordre public de la famille-État ou de l'État-famille, on opposerait l'ordre public de l'humain, de la protection, de l'autre, en redéfinissant le cadre fondamental qui reste la famille »². Parmi les éléments de cette définition, la protection s'étend depuis la loi du 17 mai 2013, au nom de l'humain, à la famille homosexuelle.

¹ B. FAUVARQUE-COSSON, « L'ordre public », in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir (1804-2004)*, Paris, Dalloz, 2004, p. 475.

² J. HAUSER, « Rapport français », *art. précit.*, p. 478.

Section 2. Le lien matrimonial dénaturé

359. Une reconnaissance inachevée. La reconnaissance légale du concubinage homosexuel en 1999 brise une jurisprudence constante de la Haute juridiction qui refusait la reconnaissance des couples de même sexe. En effet, la Cour de cassation refusait de voir le couple comme pouvant être l'association de deux personnes du même sexe. Malgré cette reconnaissance légale, le concubinage, -même institué par un Pacs- ne répondait pas à la revendication des personnes de même sexe d'accéder à une vie familiale, cette conjugalité ne portant pas en son germe la vocation familiale (§1). À la suite d'une longue saga jurisprudentielle, l'ouverture du mariage entre personnes de même sexe est décidée par le législateur, seul à même à pouvoir trancher un tel débat de société (§2). Il en résulte, entre autres conséquences, une indifférence du droit tenant au sexe dans la fondation de la famille (§3).

§1) La revendication d'un droit à la vie familiale par les couples de même sexe

360. La diversité des revendications. Face au refus réitéré des juridictions internes de donner une suite favorable aux demandes portant sur l'accès au mariage des couples de même sexe (A), l'homoparentalité -particulièrement l'adoption de l'enfant du concubin- a constitué l'autre fer de lance des revendications homosexuelles en vue d'accéder à une vie familiale (B).

A) Les revendications d'accès à la conjugalité

361. Une position jurisprudentielle constante. Saisies à plusieurs reprises de la question de l'accès des couples de même sexe au mariage, les juridictions françaises ont toujours suivi la même ligne jurisprudentielle. Le Conseil constitutionnel, saisi d'une QPC¹ faisant valoir l'inconstitutionnalité² des articles 75 et 144 du Code civil, a conclu à

¹ Cons. const., 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC, *D.*, 2011, 297, édito F. ROME, 1040, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, et 1713, obs. V. BERNAUD ; *D.*, Actualité, 7 février 2011, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *D.*, 2011, 1793, obs. V. BERNAUD ; *AJ fam.*, 2011, 157, obs. F. CHENEDE ; *D.*, 2012, 1033, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *RTD civ.*, 2011, obs. J. HAUSER, p. 326 ; *AJ fam.*, 2011, obs. F. CHENEDE, p. 157 ; *JCP, G*, 2011, n° 29, obs. A. GOUTTENOIRE, et n° 6, 250, Libres propos, obs. A. MIRKOVIC ; Voir aussi : A. LEBORGNE, « Les dispositions du Code civil dont il résulte que le mariage est l'union d'un homme et d'une femme sont conformes à la Constitution », *RJPF*, 2011, n° 3, pp. 20-23 ; *Rev. dr. fam.*, 2011, comm. n° 32, note GUEDRAOGO.

² L'article 66 de la Constitution de 1958 confie à l'autorité judiciaire la protection de la liberté individuelle, dont la liberté du mariage constitue une composante (Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, § 107). Toutefois, en 2003, le Conseil constitutionnel fait de la liberté du mariage une composante de la liberté personnelle, protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, et non plus uniquement une composante de la liberté

l'absence de contrariété à la Constitution des dispositions relatives à l'altérité sexuelle en mariage et a rappelé, à cette occasion, les différences notables entre chaque forme de conjugalité. De la même façon, la Cour européenne des droits de l'homme n'imposait pas aux États parties à la convention d'établir une stricte équivalence entre les différents statuts organisant la vie du couple¹ (2). Au-delà du débat de société suscité, il s'agissait de se prononcer sur la question de savoir si la condition tenant à la différenciation sexuelle au sein du couple (1) constituait ou non un but légitime, justifiant de réserver le mariage aux seuls couples de sexe opposé.

1- La problématique de la différenciation sexuelle au sein du couple²

362. Le mariage des personnes de même sexe : un abus de langage. En tant que liberté, le mariage est ouvert au profit de tous. Le droit ne nie cette liberté ni aux personnes homosexuelles ni aux personnes hétérosexuelles, car celui-ci ne distingue pas les individus selon leur orientation sexuelle dans le bénéfice des droits. Dès lors, la polémique autour d'une présumée discrimination n'a pas lieu d'être. Madame Aude MIRKOVIC nous livre à ce sujet une réflexion nourrie. L'auteur considère le débat portant sur l'ouverture du mariage au profit des couples de même sexe comme un « abus de langage » et de « confusion »³. Dans le même sens, la philosophe Sylviane AGACINSKI⁴ souligne que « la catégorie juridique des homosexuels n'existe pas, pas plus que celle des hétérosexuels (...) la revendication du mariage homosexuel n'a pu se formuler qu'à partir de la construction ou de la fiction de sujets de droit qui n'ont jamais existé : "les hétérosexuels". C'est en posant comme une donnée réelle cette classe illusoire de sujets que la question de l'égalité des droits entre "homosexuels et hétérosexuels" a pu se poser »⁵. Monsieur le professeur Yves LEQUETTE, en citant CAMUS au sujet du « nominalisme législatif », considère que « mal nommer les choses, c'est introduire du désordre dans le monde », d'autant plus que « lorsque le nom tombe d'en haut, il prend dans la loi souveraine une valeur singulière. Le nom de la loi contribue à créer ou à recréer le droit. La forme donne à la chose son paraître

individuelle afin de soustraire au juge judiciaire l'exclusivité de la protection du droit au mariage (Cons. constit., 20 nov. 2003, n° 2003-484 DC, § 94). V. à ce sujet : A. PENA-SOLER, « Le renouveau constitutionnel de la liberté du mariage au regard de la liberté personnelle », in *La liberté fondamentale du mariage*, PUAM, 2009, p. 49.

¹ V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Libres propos sur le jeu de rôle des juridictions suprêmes en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire NEIRINCK*, Paris, LexisNexis, 2015, pp. 279-308.

² J. ROCHE-DAHAN, « La différenciation sexuelle au sein du couple, approche de droit comparé : droit canonique, droit hébraïque, évolution du droit français », *Annuaire droit et religions*, vol. 4, 2009-2010, pp. 307-328.

³ A. MIRKOVIC, « Les revendications des personnes de même sexe en matière familiale », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2011, n° 23, pp. 42-48; I. CORPART, « Les revendications parentales des couples homosexuels : de l'homoparentalité à l'homoparenté », *RJPF*, 2012, n° 4, pp. 6-11.

⁴ V. en ce sens l'article de Madame AGACINSKI sur le monde.fr du 21 juin 2007: « L'homoparentalité en question ».

⁵ A. MIRKOVIC, « Les revendications des personnes de même sexe en matière familiale », *art. précit.*, p. 42.

et son être »¹. Ainsi en est-il au sujet de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe, qui n'a pas lieu d'être sous cet angle et relève par conséquent du faux débat. Ses implications semblent être beaucoup plus profondes, car elles touchent à la distinction anthropologique des hommes et des femmes. C'est pourquoi le débat mériterait d'être posé sous l'angle du bénéfice que la société pourrait tirer à reconnaître un mariage entre personnes de même sexe.

363. Le rôle joué par la théorie du *gender*. Les études relatives à la théorie du *gender*² ont, dans ce contexte, beaucoup nourri le débat. Si l'objectif de cette théorie est d'emblée idéologique, Madame Marguerite PEETERS n'hésite pas à affirmer que, « dès le départ (...), le *gender* a été créé, non pas pour distinguer les différences anatomiques des différences anthropologiques non anatomiques et constitutives de la féminité et de la masculinité (...) mais au contraire pour casser l'unité ontologique de la personne en la divorçant pour ainsi dire d'avec son propre corps, masculin ou féminin »³. Le postulat de départ consiste donc à affirmer l'indifférence des sexes afin de parvenir à une égalité parfaite. Notion purement subjective, « qui intègre des connotations psychologiques et sociales » la théorie du *gender* reposerait sur « une construction personnelle, par essence mouvante, qui prend en compte la manière dont la personne construit et vit son appartenance sexuée »⁴. Selon ses tenants, son objet est d'expliquer culturellement la différence des sexes –résultat au demeurant, d'une identité sociale construite indépendamment du sexe biologique. À cette fin, il est procédé à une déconstruction de la structure ontologique de la femme, sous prétexte affiché de l'existence d'une opposition à partir de laquelle « l'homme domine et asservit la femme »⁵, d'où la nécessité de la *libérer*. Madame Martine GROSS, en réponse à l'étude de Mme AGACINSKI⁶, avance l'idée que « l'équilibre et la pérennité de notre société ne reposent pas sur la frontière surveillée qui sépare les femmes des hommes », mais que cette dernière « n'est ni figée, ni fermée »⁷.

¹ Y. LEQUETTE, « Observations sur le “nominalisme législatif” en matière de filiation », in *Études offertes à Geneviève VINEY*, Paris, LGDJ, 2008, p. 647.

² Les études relatives au *gender* voient le jour la première fois aux USA avant d'arriver en Europe, en 1955. Les français ne se saisirent de la question que tardivement, en 2001. Dans cette perspective, l'individu se retrouve au cœur de la réflexion, et il s'agit d'expliquer la façon dont la société attribue à chacun de l'homme et de la femme un sexe. De façon plus générale, il va s'agir de réfléchir à la conception de l'homme par rapport à la création. Sur cette théorie, V. les Actes du Colloque des 17 et 18 septembre 2011 organisé par l'Observatoire socio-politique du diocèse Fréjus-Toulon, *La théorie du Gender. Vers une nouvelle identité sexuelle ?*, Lethiellieux, 2012.

³ M. PEETERS, « La théorie du gender, une norme politique mondiale », in « *La théorie du Gender* ». *Vers une nouvelle identité sexuelle ?*, op. cit., p. 25.

⁴ C. NEIRINCK, « Le sexe, le genre et l'état civil », *Rev. dr. fam.*, 2012, n° 2, p. 1 ; V. aussi : M. LAMARCHE, « “Gender studies”...Au-delà des manuels scolaires...Le droit des personnes et de la famille », *Rev. dr. fam.*, 2011, Alerte 81.

⁵ M. DOUCHY-LOUDOT, « Les expressions visibles de la théorie du *gender* en droit », in « *La théorie du Gender* ». *Vers une nouvelle identité sexuelle ?*, op. cit., p. 34.

⁶ *Étude précit.*

⁷ Voir l'étude de Mme Martine GROSS et Gilles BON-MAURY « Homoparentalité : l'ignorance ne peut conduire qu'à la violence », sur le monde.fr, 16 nov. 2009.

Soutenir qu'il existerait un ordre social, culturel et moral postule, pour l'auteur, un certain déterminisme et « conservatisme social par référence aux lois inexorables de la biologie » qu'elle qualifie comme étant des « butoirs de la pensée ». Or, un tel raisonnement militant conduit non seulement à nier la distinction existante entre hommes et femmes, mais il aboutit au surplus à la négation de la spécificité de chacun d'eux. C'est donc toute une construction millénaire qui est jugée erronée et qu'il va s'agir de déconstruire afin de permettre aux individus, dès leur plus jeune âge¹, de choisir entre l'un des deux sexes². Comme le souligne Monsieur le professeur RENCHON, « faire droit à pareille revendication, ce n'est effectivement pas banal, parce que c'est déconstruire radicalement, du jour au lendemain, ce que l'homme avait patiemment et longuement, au fil des siècles, élaboré... »³. S'ils sont anatomiquement différents, l'homme et la femme n'en sont pas pour autant inégaux en tant que personnes humaines. Selon les opposants à cette idéologie, l'objectif de déconstruction de la réalité « pour que l'individu puisse acquérir le pouvoir de s'autodéterminer "librement" » et indépendamment « des contraintes que lui imposeraient la réalité et la vérité au sujet de son être et sa destinée »⁴ repose sur une logique existentialiste⁵ qui s'engage dans la négation de ce qui existe en dehors de soi et de ce qui est posé comme donnée créée⁶. Pour Madame le professeur Méлина DOUCHY-LOUDOT, cette idéologie a pour « conséquence immédiate en droit la disparition des modèles comme éléments culturels de contrainte empêchant chacun de devenir non pas ce qu'il est, mais ce qu'il veut être. Ce faisant, derrière une politique présentée depuis les années soixante-dix comme une politique de désengagement et de neutralité du droit, de tolérance et de dialogue, de liberté d'opinion et de liberté de conscience se cache l'une des clés de compréhension du *gender*, illustration d'un phénomène plus vaste, celui du libéralisme, ayant pour noms associés le relativisme et le subjectivisme »⁷.

364. L'exemple tiré du changement de sexe⁸. La proposition de loi n° 3084⁹ est la traduction, en droit, d'un des objectifs portés par la théorie du *gender*. La question du

¹ Selon M. LAMARCHE, « cette indifférenciation sexuelle a son école en Suède (École Egalia à Stockholm) qui a supprimé toute référence à la distinction garçon/fille tant dans le langage que dans les activités devenues asexuées, l'objectif étant de supprimer toute influence biologique mais surtout sociale sur la construction du genre des enfants (âgés de un à six ans) ».

² J.-R. BINET, « Une mise en œuvre juridique de l'idéologie du *gender* ? », in *La Loi & Le Mariage, Protéger l'Enfant*, Institut Famille & République, 2016, pp. 97-100.

³ J.-L. RENCHON, « Une filiation monosexuée ? », *art. précit.*, p. 250, spec. n° 24.

⁴ M. PEETERS, « La théorie du *gender*, une norme politique mondiale », in « *La théorie du Gender* ». *Vers une nouvelle identité sexuelle ?*, *op. cit.*, p. 27.

⁵ Particulièrement celle de Jean-Paul SARTRE ou de Simone DE BEAUVOIR.

⁶ *Ibid.*, p. 27.

⁷ M. DOUCHY-LOUDOT, « Les expressions visibles de la théorie du *gender* en droit », *art. précit.*, pp. 34-35.

⁸ Sur le transsexualisme, V. D. SALAS, *Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme*, Paris, PUF, 1994. V. aussi : C. KUHN, « Droit et transsexualisme, la consécration d'une métamorphose », in *Bioéthique et genre*, A.-F. ZATTARA-GROS (dir. de), Paris, LGDJ, 2013, pp. 201-212.

⁹ Après la proposition de loi n° 4127 portant simplification de la procédure de changement de la mention du sexe à l'état civil, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 22 décembre 2011, mais qui semble avoir

transsexualisme est particulièrement représentative car elle consiste, pour les intéressés, à revendiquer un statut juridique en accord avec leur personnalité sexuelle¹. Considérée en droit comme étant une entrave à leur vie privée sexuelle, de telles revendications contreviennent pourtant au principe de l'indisponibilité² de l'état des personnes, dont le sexe n'est que le support objectif. Accéder à de telles revendications permet donc de toucher à ce qui, par nature, est indisponible. C'est pourquoi la question se pose de savoir s'il convient d'y répondre favorablement³ ? La proposition de loi actuelle prévoit d'insérer une nouvelle section dans le Code civil facilitant « dans son principe comme dans sa mise en oeuvre » la modification de la mention du sexe à l'état civil⁴. Il ne pèserait ainsi sur le requérant qu'une obligation d'établir une sorte de « possession d'état alléguée contredisant son état biologique grâce à de simples attestations ou témoignages » attestant que son comportement social est bien en adéquation avec le sexe revendiqué. Le procureur de la république saisi de la demande de changement de sexe (éventuellement de prénom) ne s'opposerait à une telle demande que s'il a la conviction qu'un « doute réel et sérieux sur la bonne foi des éléments » produits existe. Il en résulte en tant que donnée biologique objective que le sexe de la personne devient interchangeable au gré des volontés individuelles sous couvert d'humanité et de tolérance. Cet excès de libéralisme⁵ dans la règle de droit nuit pourtant grandement aux droits familiaux.

été abandonnée depuis. S. PARICARD, « Le transsexualisme, à quand la loi ? », *Rev. dr. fam.*, 2012, étude 2, n° 22.

¹ Selon le rapport présenté par le docteur KUSS devant l'Académie de médecine en 1982, le transsexualisme est le « sentiment profond et inébranlable d'appartenir au sexe opposé, malgré une conformation sans ambiguïté en rapport avec le sexe chromosomique, et besoin intense et constant de changer de sexe et d'état civil ». Cf. *Bull. Acad. Nat. Méd.*, 1982, n° 6, p. 819.

² Au processus d'adéquation de l'identité sexuelle de l'individu transsexuel devait correspondre son identité juridique. C'est pourquoi la rectification de la mention relative au sexe de la personne et son prénom s'imposaient comme traduction du respect de son droit à la vie privée. Initialement, la France refusait de procéder à la rectification en vertu du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, ce qui lui a valu une condamnation de la CEDH, le 25 mars 1992. Depuis l'arrêt de l'Assemblée plénière du 11 déc. 1992, le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait plus obstacle à la demande d'un transsexuel de faire rectifier son état civil. Le principe tiré du droit au respect de sa vie privée (article 8 CEDH) imposait d'y procéder. V. en ce sens : Cass. ass. plén., 11 déc. 1992, *JCP, G*, II, 1993, 21991, concl. JEOL, note G. MEMETEAU ; *RTD civ.*, 1993, p. 97 et 325, obs. J. HAUSER. D'ailleurs, un décret du 8 février 2010 (D. n° 2010-125, *J.O.*, 10 fév. 2010, p. 2398) a retiré le transsexualisme de la liste des syndromes. Désormais, le transsexualisme est un choix de vie lié aux questions relatives au genre.

³ En ce sens : S. PARICARD, « Transsexualisme : maintenir ou assouplir les conditions du changement de sexe ? », *Rev. dr. de l'homme*, 2015, dossier thématique « Corps, genre et droit », n° 8.

⁴ Le premier article 61-5 de la section serait ainsi libellé : « Toute personne majeure dont la mention relative à son sexe à l'état civil ne correspond pas à l'expérience intime de son identité et au sexe dans lequel elle est perçue par la société peut en demander la rectification ». Ass. nat., prop. de loi n° 3084, 29 sept. 2015.

⁵ En ce sens Monsieur le professeur P. MURAT distingue le *libéralisme par désengagement de la norme juridique* et un *libéralisme par concurrence de la norme juridique*. Au premier, correspondent les réformes des années soixante, diligentées par le doyen CARBONNIER : moins de droit, afin de renvoyer certains comportements relevant de l'ordre du privé à d'autres sphères de régulation, telles la morale, les mœurs ou encore la religion. Dès lors, chaque individu est responsable de lui-même. Or, et comme le souligne si bien l'auteur, « ce désengagement est impitoyable aux petits, aux faibles, aux mal éduqués, à ceux qui se trompent, à ceux qui souffrent et à ceux auxquels ni l'origine sociale ni la chance n'ont souri ». Quant au *libéralisme par concurrence des normes juridiques*, son vecteur essentiel est l'idée de mondialisation, de progrès, ce que Monsieur le

365. L'appréciation judiciaire de l'irréversibilité. La proposition de loi n° 3084 fait directement suite à la décision du TGI de Tours¹ ayant admis de remplacer la mention du sexe sur l'acte de naissance par l'indication d'un « sexe neutre ». Tandis que les juges ont, dans un premier temps opposé une certaine résistance aux modifications de la mention relative au sexe, il semblerait que la tendance soit aujourd'hui inversée. Une circulaire de la Chancellerie² avait donné -dès 2010- pour instruction aux parquets d'émettre un avis favorable aux demandes des personnes transsexuelles lorsque le changement de sexe a été *irréversible* par les traitements hormonaux et les opérations chirurgicales nécessaires, sans pour autant exiger la preuve d'une ablation des organes génitaux³. Il s'agissait par conséquent pour les juges d'apprécier l'*irréversibilité* au sens de la circulaire. À l'occasion de deux arrêts en date du 7 juin 2012⁴, les juges maintiennent pourtant leur position, laquelle se fonde sur la nécessité, pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant sur un acte de naissance, que « *la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte, ainsi que le caractère irréversible⁵ de la transformation de son apparence* ». Afin d'accéder à la demande de changement de sexe, la Cour exigeait que les requérants se soumettent aux opérations chirurgicales consistant en l'ablation des organes génitaux, voire procèdent à une réassignation totale que le certificat médical devait constater et préciser⁶. Or, nombre de transsexuels ne souhaitent plus procéder à une réassignation complète, particulièrement lourde et invasive, mais lui préfèrent des voies médicales plus douces telles les traitements hormonaux. Malgré la position de la Cour de cassation, un jugement du TGI d'Agen a néanmoins admis le changement de sexe suite à

professeur H. FULCHIRON a appelé *la loi du libéralisme maximum*, susceptible de se propager et de s'infiltrer dans d'autres législations par la voie de la « contagion ».

¹ TGI Tours, 20 août 2015, *AJ fam.*, 2015, pp. 613-15, note S. LE GAC-PECH ; J. HAUSER, « Le mystère du chevalier d'Éon », *JCP, G*, 2015, n° 44, 1157.

² Circ. du 14 mai 2010 (JUSC1012994C) relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil.

³ Cette circulaire venait soutenir une tendance des juges du fond à admettre le changement de sexe lorsqu'un simple traitement hormonal avait été mené par les requérants. En ce sens : CA Nancy, 3 janvier 2011, Ph. REIGNE, « La reconnaissance de l'identité de genre divise la jurisprudence », *JCP*, 2011, jurisp, 480 ; CA Nancy, 2 septembre 2011, n° 11/02099 ; CA Lyon, 2^{ème} ch, 14 février 2011 ; CA Lyon, 13 mars 2008 ; CA Metz, 24 mars 2010, n° 09/01183.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, n° 10-26.947 et n° 11-22.490 ; *Rev. dr. fam.*, 2012, comm. 131, obs. Ph. REIGNIER ; *JCP, G*, 2012, 753 ; F. VIALLA, « L'irréversibilité en question », *D.*, 2012, p. 1648 ; Ph. REIGNE, *JCP, G*, 2012, 753 ; S. PARICARD, *Rev. dr. sanit. soc.*, 2012, p. 880 ; J. HAUSER, *RTD civ.*, 2012 p. 502.

⁵ Au sujet du « changement de sexe irréversible », le Garde des Sceaux, le 30 décembre 2010, avait fait savoir que cette notion « fait référence à la recommandation n° 1117 du Conseil de l'Europe relative à la condition des transsexuels, la notion relevant de l'ordre du médical et non du juridique ». V. également Rép. min. n° 14524, *J.O.*, déb. Sénat, 30 déc. 2010, p. 3373. Pour une étude complète, voir l'article de S. PARICARD, « Le transsexualisme, à quand la loi ? », *Rev. dr. fam.*, 2012, n° 1, pp.13-17.

⁶ La Cour de cassation s'est en réalité indirectement fondée sur un rapport de la Haute Autorité de la Santé, pour qui l'irréversibilité s'apprécie davantage d'un point de vue médical que juridique, et qu'elle est dès lors une question de fait que les juges apprécient souverainement. Cf. HAS, *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France*, 2009, novembre, spec. p. 47.

un simple traitement hormonal. La résistance des juges du fond se poursuit¹, malgré une décision qui semble s'être inspirée de la jurisprudence de la Cour de cassation. Elle a néanmoins été infirmée par la Cour d'appel².

En 2013, à l'occasion de deux autres arrêts, la Haute juridiction affine les critères exigés en matière de transsexualisme afin de donner une issue favorable aux demandes de rectification à l'état civil. Celle-ci relève que « *M. X ne rapportait pas la preuve, de nature intrinsèque à sa personne, du caractère irréversible du processus de changement de sexe, qui ne pouvait résulter du seul fait qu'il appartenait au sexe féminin aux yeux des tiers (...)* »³. Elle précise en outre, que doit être recherché « (...) *un juste équilibre entre les impératifs de sécurité juridique et d'indisponibilité de l'état des personnes, d'une part, de protection de la vie privée, d'autre part* ». En tout état de cause, l'absence d'homogénéité de la jurisprudence rend la réponse à la question de la nécessité ou non d'une intervention chirurgicale constatant le changement irréversible de sexe floue. L'appel à une intervention législative mettra donc fin à un épisode jurisprudentiel caractérisé par ses « errements »⁴.

366. L'évolution de l'approche de la Cour européenne ? Si la Cour européenne privilégie, depuis l'arrêt Goodwin⁵, une certaine prudence sur la question du transsexualisme, elle a néanmoins pu considérer, sur la question des exigences préalables au processus de conversion sexuelle, que le droit national (en l'espèce turque) qui se fonde uniquement sur la capacité à procréer d'une personne pour lui refuser de changer de sexe était contraire à l'article 8 de la Convention européenne⁶. Le changement n'étant pas irréversible –faute pour le requérant d'apporter la preuve de son incapacité à procréer comme préalable à l'opération de changement de sexe-, la Cour considère le refus de procéder au changement demandé comme contraire au droit au respect de la vie privée et familiale⁷ du requérant. Il ressort ainsi implicitement de la décision de la Cour une volonté de restreindre la marge d'appréciation des états membres pour renforcer son propre contrôle en matière de transsexualisme, puisqu'elle considère désormais que ce qui importe est moins « *l'absence d'éléments indiquant un consensus européen (...)* que l'existence

¹ CA Paris, 25 mars 2014, pôle 1, ch 1, n° 13/17984.

² CA Nîmes, 19 février 2014, ch. 2C, RG 13/03142.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 13 fév. 2013 (2 espèces) ; Ph. REIGNE, « Changement d'état civil des personnes transidentitaires : l'injuste équilibre », *JCP, G*, 2013, 227.

⁴ V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Transsexualisme et couple », *Rev. dr. fam.*, 2013, n° 5, dossier 14, spec. n° 36 ; Pour une approche de droit européen, cf. F. LYN, P. ROMUALD, J.-B. WALTER, « Transsexualisme et droit européen », in *Sexe, sexualité et droits européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, O. DUBOS, J.-P. MARGUENAUD (dir. de), Paris, éd. A. Pedone, coll. « Droits européens », 2007, pp. 55-67.

⁵ CEDH, 11 juil. 2002, aff. 28957/95, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, *RTD civ.*, 2002, note J.-P. MARGUENAUD, p. 862.

⁶ CEDH, 10 mars 2015, aff. 14793/08, *Y.Y. c/ Turquie*, *Rev. Lamy dr. civ.*, 2015, n° 129, comm. C. BERNARD-XÉMARD ; *Rev. dr. fam.*, 2015, 113, obs. F. MARCHADIER ; *RJPF*, 2015, mai, 13, obs. E. PUTMAN.

⁷ B. MORON-PUECH, « Conditions du changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt *Y. Y c/ Turquie* du 10 mars 2015 », *Rev. dr. l'homme*, 2015, n° 3.

*d'éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale*¹ ». La position de la Cour devrait conduire, ainsi que l'a relevé une partie de la doctrine², à abandonner l'exigence d'irréversibilité dans les demandes de changement de sexe, pour davantage s'attacher à la réalité de l'état transsexué, ce que prévoit la proposition de loi en cours³.

2- La réponse apportée par le droit

367. La résistance des hautes juridictions. Confrontées à un vide législatif, les juridictions saisies ont tenté de circonscrire une définition de ce qu'était la famille et ses membres. En 2007 tout d'abord, la Cour de cassation a clairement exprimé l'idée que le mariage est l'union d'un homme et d'une femme⁴. Classique, la solution était respectueuse de la conception française du mariage. Amenée à se prononcer sur la question de savoir si l'article 12 de la convention obligeait les États à autoriser le mariage entre personnes de même sexe⁵, la Cour européenne considère que la question relève de l'appréciation de chaque État et qu'il n'existe aucune obligation qui les y astreint. Consciente que le mariage « *a des connotations sociales et culturelles profondément ancrées qui diffèrent largement d'une société à l'autre* », la CEDH prend le parti de réserver aux États la marge d'appréciation nécessaire afin de légiférer ou non sur la question. La Cour reconnaît néanmoins la relation homosexuelle comme étant constitutive d'une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention conformément à sa jurisprudence. C'est pourquoi un minimum de protection doit être réservé aux couples de même sexe⁶. Le Conseil constitutionnel a également eu à se prononcer sur la constitutionnalité des articles du Code civil relatifs au mariage lorsqu'il a été saisi par la voie d'une QPC transmise par la Cour de cassation⁷. Celui-ci, tout en rappelant qu'il n'a pas vocation à substituer son

¹ Sur la notion de tendance, substituée au consensus dans certains cas par la Cour, cf. l'étude du professeur SUDRE : « La mystification du "consensus" européen », *JCP, G*, 2015, n° 50, 1369.

² B. MORON-PUECH, « Conditions du changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt *Y. Y c/ Turquie* du 10 mars 2015 », *art. précit.*, spec. n° 113.

³ Avec l'exigence de la seule démonstration par le requérant que son comportement social est bien en adéquation avec le sexe revendiqué.

⁴ Cass. civ 1^{ère}, 13 mars 2007, n° 05-16.627, *Bull. civ.*, I, 2007, n° 113 ; F. TERRE, Y. LEQUETTE, *GAJC*, n° 32; *AJ fam.*, 2007, p. 227, obs. F. CHENEDE ; *GAJC*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2007, n° 32 ; *D.*, 2007, p. 1389, rapp. G. PLUYETTE; *D.*, 2007, p. 935, obs. I. GALLMEISTER; *D.*, 2007, p. 1395, note E. AGOSTINI; *D.*, 2007, p. 1561, obs. J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU; *D.*, 2007, H. FULCHIRON, « Un homme, une femme : la Cour de cassation rejette le mariage homosexuel », p. 1375; *RTD civ.*, 2007, p. 287, obs. J.-P. MARGUENAUD; *RTD civ.*, 2007, obs. J. HAUSER, p. 315; *RTD civ.*, 2008, obs. P. DEUMIER, p. 438; *RJPF*, 2007, n° 5, obs. A. LEBORGNE; *Rev. dr. fam.*, 2007, comm. n° 76, note M. AZAVANT.

⁵ CEDH, 24 juin 2010, aff. 30141/04, *Shalk et Kopf c/ Autriche*, *D.*, 2011. pan., p. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU; CEDH, 7 nov. 2013, n° 29381/09 et n° 32684/09, *Vallianatos et autres c/ Grèce*, *D.*, 2013, jur. 2888, note F. LAFFAILLE.

⁶ En ce sens, V. la récente condamnation de l'Italie, dont la loi actuelle ne permet pas aux couples de même sexe de bénéficier d'un cadre juridique spécifique apte à reconnaître et protéger leur union : CEDH, 21 juil. 2015, 4^{ème} sect., n° 18766/11, *D.*, 2015, p. 1646.

⁷ Cass. Civ 1^{ère}, 16 nov. 2010, n° 10-40.042, *D.*, 2010, p. 2773, obs. I. GALLMEINSTER; *D.*, 2011, p. 209, note J. ROUX; *AJ fam.*, 2010, note F. CHENEDE, p. 545.

appréciation à celle du législateur¹ quant à la prise en compte de la différence de situation entre les couples conjugaux, a toutefois rappelé que les couples de même sexe bénéficiaient d'alternatives au mariage, telles le Pacs ou le concubinage que le législateur reconnaît. Il souligne ensuite que « *la différence de traitement entre les couples de même sexe composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille* ». Conservant la même approche, et saisi d'une autre QPC², le Conseil a affirmé que le droit à la pension de réversion, prévu à l'article L. 39 du Code des pensions civiles et militaires de retraite ne bénéficiait qu'au couple marié, « *car le régime du mariage a pour objet non seulement d'organiser les obligations personnelles, matérielles et patrimoniales des époux pendant la durée de leur union, mais également d'assurer la protection de la famille ; que ce régime assure aussi une protection en cas de dissolution du mariage* ». Rappelant, au fondement de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, que « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur 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 procède à une analyse des trois formes de couples reconnues par le droit français en prenant soin de rappeler que « *le législateur a (...) défini trois régimes de vie de couple qui soumettent les personnes à des droits et obligations différents ; (...)* », par conséquent, « *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* ».

Quoi qu'il en soit, les décisions rendues rappellent toutes la spécificité même du mariage et le statut protecteur qu'il offre eu égard aux nouvelles formes de vie en couple³. L'accès des personnes de même sexe au mariage ne constitue plus seulement une reconnaissance sociale, mais il a pour objet une revendication juridique en vue d'accéder au caractère

¹ L'Assemblée Nationale rejette le 14 juin 2011, - par 293 voix contre 222 -, une proposition de loi portée par le socialiste Monsieur Patrick BLOCHE (un des initiateurs du PACS) visant à introduire dans le Code civil la possibilité de contracter mariage entre personnes de même sexe (proposition de loi AN n° 586, 2007-2008, visible sur le site de l'Assemblée). Un article 143 devait d'ailleurs préciser que « le mariage peut être contracté par deux personnes de sexe différents ou de même sexe ».

² Cons. const., 29 juillet 2011, QPC n° 2011-155 ; *D.*, 2012, 971, spec. 983, obs. J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU, même revue, 1033, obs. M. DOUCHY-OUODOT ; *AJ fam.*, 2011, 436, obs. W. JEAN-BAPTISTE ; *RTD civ.*, 2011, 748, obs. J. HAUSER ; *JCP, S.*, 2011, 1458, n° 41, note A. DEVERS ; *Rev. dr. fam.*, 2011, comm. 143, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *JCP, G.*, 2012, n° 1, obs. Y. FAVIER.

³ Une autre QPC a également été transmise au Conseil constitutionnel le 16 sept. 2011 : cf. Cons. Const., 16 sept. 2011, n° 2011-163 QPC, *D.*, 2011, 2823, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE ; *AJ pén.*, 2011, 588, obs. C. PORTERON ; *RTD civ.*, 2011, 752, obs. J. HAUSER ; *JCP, G.*, 2012, n° 1, obs. A. GOUTTENOIRE. L'objet de la question prioritaire de constitutionnalité est le suivant : « *ne définissant pas les liens familiaux qui conduisent à ce que des atteintes sexuelles soient qualifiées d'incestueuses, ces dispositions portent atteinte au principe de légalité des délits et des peines* ». Le 17 février 2012 le Conseil relève que : « *le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis* ».

familial de leur vie de couple. C'est pourquoi la potentialité de devenir parent nécessitait l'aval du droit.

B) La revendication d'un droit à l'adoption

368. Adoption et intérêt de l'enfant. Acte éminemment altruiste, l'adoption a pour but de conférer des parents à un enfant qui n'en a pas. Néanmoins, deux parents qui souhaitent adopter un enfant en font la démarche le plus souvent en raison de leur inaptitude à procréer. Il y a donc là une part minimale d'égoïsme des adoptants. Pour autant, ce n'est que lorsque la part d'égoïsme prend le dessus sur la part altruiste que le risque de dérive vers l'instrumentalisation de l'enfant est à craindre¹. C'est notamment le cas à l'occasion des revendications des couples de même sexe sur la personne de l'enfant dont ils s'occupent au quotidien, alors que celui-ci a déjà deux parents². Abondant, le contentieux suscité peut se transformer en une véritable appropriation d'enfant. Ceci explique que le droit n'accède pas à de telles revendications dans l'intérêt de l'enfant, et qu'il existe déjà une alternative juridique pour ce type de situations³. Pour une partie de la doctrine, la revendication du droit à être parent par les couples homosexuels ne concerne qu'une minorité, elle n'a donc « pas à être nécessairement entendue car le droit n'a pas pour vocation de répondre à toutes les aspirations individuelles »⁴.

369. Une revendication légitime ? Pour caractériser la vie conjugale, le couple de même sexe a besoin de s'apparenter au couple marié, par principe procréateur. C'est pourquoi celui-ci ne s'accomplit réellement que lorsqu'il concrétise ce désir d'enfant⁵. L'approche revisitée de la sexualité⁶ ces dernières années a conduit à la reconnaissance de sexualités naturellement non-procréatrices. Cette nouvelle forme de sexualité, combinée au désir de vivre une expérience parentale, a notamment permis l'apparition du vocable de parentalité⁷, voire homoparentalité⁸, à côté de la parenté traditionnelle. Monsieur le

¹ Voir notamment la thèse de C. NEIRINCK, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 182, 1984.

² La problématique posée par l'adoption au sein des couples de même sexe retient particulièrement l'attention car ce qui est en jeu est la filiation même de l'enfant mais surtout, la question de la transmission générationnelle. Un enfant, pour construire son identité, a besoin de se situer dans une lignée généalogique, dont le reflet correspondrait à l'image féminine de sa mère, et masculine de son père. Construire son identité à partir d'une généalogie non sexuée reviendrait à effacer soit cette partie masculine - dans le cadre d'un couple de lesbiennes - soit féminine de son identité - si le couple est homosexuel -.

³ V. *supra*, n° 252 et s.

⁴ I. CORPART, « Les revendications parentales des couples homosexuels... », *art. précit.*, p. 11.

⁵ A. LAMBOLEY, « L'enfant à tout prix. Le permis et l'interdit », in *Mélanges Christian MOULY*, Litec, 1998, pp. 313-334.

⁶ V. *infra*, n° 377 et s.

⁷ Sur cette notion, v. *supra*, n° 145.

⁸ V. notamment à ce sujet : H. FULCHIRON, « Parenté, parentalité, homoparentalité », *D.*, 2006, « Point de vue », p. 876-877; C. NEIRINCK, « Homoparentalité et adoption », in *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle*.

professeur Philippe MALAURIE fait remarquer à juste titre que la construction juridique remplace la nature, et laisse libre cours à la fiction, « car quand on parle de mariage et de conjugalité, de filiation et de parentalité, d'union sexuelle, de procréation, de comportements parentaux, de rapports entre les sexes et entre les générations, on touche aux attentes les plus profondes de l'être humain » car ce qui est en cause, c'est « le cœur de notre civilisation, tenant au double fondement de la vie : le sexe, c'est-à-dire le don de la vie, et la génération, c'est-à-dire la descendance, l'écoulement du temps dans la vie et l'écoulement de la vie dans le temps »¹.

370. La consécration légale en 1996 de la possibilité d'une filiation unilinéaire.

Une personne seule² est autorisée, en droit français, à fonder une famille en adoptant de façon plénière un enfant³ pour l'élever seule⁴. Au moment de l'adoption de cette loi, la condition tenant à l'existence d'un couple n'est pas exigée au nom des milliers d'enfants à adopter. Le droit s'adapte donc à cette *réalité*⁵ en consacrant la possibilité d'une filiation unilinéaire maternelle ou paternelle⁶ –justifiée par l'intérêt de l'enfant à avoir une famille. Plus tard, la diminution du nombre d'enfants adoptables en France –et le recours de plus en plus fréquent à l'adoption internationale– révélera l'inadéquation de cette forme d'adoption aux attentes des adoptants. Dans ce contexte, le débat relatif à l'adoption par les couples de même sexe renvoie en tout premier lieu à la nécessité d'une réforme. Comme le fait remarquer Monsieur le professeur Jean HAUSER à l'occasion de ce débat, on « ne fait pas un projet profondément novateur en renvoyant à une institution ruinée que l'on se contente de plâtrer pour les besoins de la cause »⁷. Cette remarque est bienvenue lorsque l'on songe à l'ouverture de la possibilité d'adopter au profit des couples de même sexe suite à l'adoption du mariage homosexuel⁸.

Études offertes à Pierre CATALA, Litec, 2001, p. 353; F. MILLET, « L'homoparentalité : essai d'une approche juridique », *Defrénois*, 2005, art. 38153, p. 743; H. FULCHIRON, « Du couple homosexuel à la famille monosexuée ? Réflexions sur l'homoparentalité », *AJ fam.*, 2006, p. 392 ; G. KESSLER, « Homoparenté et homoparentalité, les différents modes de constitution de la famille homosexuelle », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2008, juin, pp. 35-39 ; G. WILEMS, « La vie familiale des homosexuels au prisme des articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme : mariage et conjugalité, parenté et parentalité », *Rev. trim. dr. h.*, 2013, n° 1, pp. 65-95.

¹ P. MALAURIE, « Les nouveaux visages de la famille », in *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, Paris, Dalloz, 2008, p. 262.

² M.-L. CICILE, *Le lien parental*, LGDJ, Paris, éd. Panthéon Assas, 2003, p. 564.

³ Art. 343-1 du Code civil introduit par la loi n° 96-604 du 11 juillet 1996., *J.O* du 6 juil. 1996; Pour les commentaires de cette loi, V. notamment : J. RUBELLIN-DEVICHI, *JCP, G*, 1996, I, 3979; S. DION-LOYE, *LPA*, 12 août 1996, p. 5; I. CORPART, *LPA*, 25 nov. 1996, p. 5; F. BOULANGER, *D.*, 1996, chron. p. 307; C. PHILIPPE, *Rev. dr. et patrim.*, 1996, nov., p. 48; T. REVET, *RTD civ.*, 1996, p. 999; F. MONEGER, « Regard critique sur le réforme de l'adoption », *Rev. dr. sanit. et soc.*, 1997, p. 1.

⁴ Sous conditions dont celle liée à l'âge qui ne doit pas être en deçà de 28 ans selon l'article 343-1 du Code civil.

⁵ C. ATIAS, D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.*, 1977, p. 251.

⁶ G. CORNU, *Droit civil. La famille*, éd. Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 9^{ème} éd., 2006, n° 279.

⁷ J. HAUSER, « Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe. Le paradoxe de la tortue d'Achille », *JCP, G*, n° 44, 29 oct. 2012, doct. 1185.

⁸ Sur l'ouverture du mariage homosexuel, V. *infra*, n° 374 et s.

371. Les difficultés posées par l'adoption conjointe. Faute de trouver un enfant adoptable, les couples de même sexe se tournent généralement vers l'adoption de l'enfant de leur partenaire. Or, le problème se pose essentiellement lorsqu'un partenaire ou un époux a un enfant dont la filiation est déjà établie, et qu'il souhaiterait voir son enfant adopté par son nouveau conjoint ou concubin. Outre que l'adoption implique le consentement du parent dont la filiation¹ est déjà établie, il convient de se demander si l'*ex* conjoint ou concubin est réellement enclin à donner son consentement alors que par hypothèse, le parent de l'enfant l'a abandonné pour une autre personne de même sexe ? Outre l'évolution des mentalités que cela implique, les récentes affaires portées tant devant la CEDH² que devant la Cour de cassation italienne³ ont bien révélé que le parent biologique s'opposait catégoriquement à ce qu'un lien de filiation soit établi entre son enfant et la partenaire de la mère. Si l'on songe également qu'une des caractéristiques constantes du marché interne est la raréfaction des enfants adoptables, l'adoption de l'enfant du conjoint/partenaire bénéficiant déjà de deux liens de filiations deviendra un véritable labeur pour les couples de même sexe. Sur le plan international, les États qui consentent à de telles adoptions le font en général dans l'espoir de les voir élevés au sein d'une famille composée de deux parents de sexe différents. Certains d'entre eux, confrontés à de multiples demandes de couples de même sexe, exigent désormais de l'adoptant un certificat de *non-homosexualité*. À supposer que les prétendants à l'adoption veuillent se tourner vers les pays de droit musulman, ceux-ci ne connaissent pas l'adoption mais la *kafala*, simple recueil légal. Et il est aujourd'hui clairement établi que celle-ci ne pourra être transformée en adoption une fois de retour en France. La CEDH a été saisie de la question et en a refusé toute assimilation⁴ sur le fondement du respect du pluralisme culturel.

372. Le refus jurisprudentiel de l'adoption de l'enfant du concubin. Selon l'article 365 du Code civil, l'adoption simple transfère à la personne adoptante tous les droits d'autorité parentale. Mais très fréquemment, la mère biologique continue d'élever l'enfant. Or, il n'est pas pertinent que celle-ci perde toute aptitude à exercer son autorité. Dans ce cas de figure, l'adoption n'est ni justifiée ni dans l'intérêt de l'enfant. C'est pourquoi la Cour de cassation refuse de se prononcer en faveur de telles adoptions, car elles privent la mère biologique de son autorité parentale au profit de l'adoptante. La solution est maintenant acquise depuis deux arrêts en date du 20 février 2007⁵. La Cour de

¹ S. PARICARD, « Mariage homosexuel et filiation. Quelques éléments de droit comparé », *Rev. dr. fam.*, 2013, n° 1, dossier 8.

² Arrêt *X. et autres c/ Autriche*, CEDH gr. Chambre, req. n° 19010/07, *D.*, 2013 p. 502, note I. GALLMEISTER; *JCP, G*, 2013, n° 11, 316, note H. SURREL; *Rev. dr. fam.*, 2013, n° 4, comm. 53, note C. NEIRINCK.

³ Cour de cassation italienne, 11 janv. 2013, n° 601, *D.*, 2013, note F. LAFAILLE, p. 177.

⁴ CEDH, 4 oct. 2012, n° 43631/09, *Harroudj c/ France*, *D.*, 2012, p. 2947, note P. HAMMJE; *AJ fam.*, 2012, p. 546, obs. A. BOICHE; *RTD civ.*, 2012, p. 705, J.-P. MARGUENAUD.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 20 fév. 2007, n° 04-15.676 et 04-15.647, *D.*, 2007, obs. C. DELAPORTE-CARRE, p. 721; *D.*, 2007, note D. VIGNEAU, p. 1047; *D.*, 2007, obs. P. CHAUVIN, p. 891; *D.*, 2007, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS

cassation y voit un détournement¹ de l'institution² dont elle a rapidement tranché le sort³. Pour Madame le professeur C. NEIRINCK, « cette filiation réduite est frauduleusement obtenue par les couples homosexuels. Le refus de leur appliquer l'article 365 ne sanctionne par leur orientation sexuelle mais leur fraude initiale »⁴.

Un arrêt de la Cour d'appel de Lyon⁵ a néanmoins pu retenir l'attention de la doctrine. Celui-ci censurait une décision d'un juge aux affaires familiales qui, pour admettre la résidence alternée de l'enfant au domicile de chacun de ses géniteurs, tous deux vivant en union homosexuelle –les deux couples s'étant rapprochés aux fins de mener à bien leur projet parental –, met en avant la nécessité de respecter le projet parental établi sur une coparentalité homosexuelle. Pour le juge, il revenait à l'enfant de se couler dans une construction intellectuelle construite par les parents pour leur enfant, et non à ces derniers de respecter la hiérarchie des principes en privilégiant l'image matriarcale durant les premiers mois de la naissance. Le fait pour la mère d'avoir elle-même constaté le mal-être de son enfant, et souhaité mettre un terme à la résidence en alternance ne dénote-t-il pas de lui-même de « l'incapacité objective des personnes de même sexe à offrir à l'enfant une structure à même de le situer dans une généalogie cohérente, une double lignée paternelle et maternelle (...) »⁶.

p. 1460; *D.*, 2007, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, p. 1561; *AJ fam.*, 2007, obs. F. CHENEDE, p. 182; *RTD civ.*, 2007, obs. J. HAUSER, p. 325; *Rev. dr. fam.*, 2007, n° 80, note P. MURAT; *GAJC*, 12^{ème} éd., 2007, n° 53-55; *RJPF*, 2007, n° 7, obs. C. MECARY; *JCP, G*, 2007, II, 10068, obs. C. NEIRINCK.

¹ Le « détournement » selon le Vocabulaire *CORNU* a trois sens : il s'agit en premier lieu du défaut de restitution par le détenteur précaire. Il peut ensuite consister en la soustraction d'une personne ou d'une chose au contrôle légitime d'un tiers. Enfin, le détournement peut être l'utilisation hors sa destination, d'un bien, d'une voie de droit ou encore d'un pouvoir. En ce qui nous concerne, c'est le troisième sens qu'il convient de retenir ici, c'est-à-dire le procédé qui consiste à faire usage d'une institution à des fins autres que celles qui lui sont assignées. Monsieur le professeur Boulanger l'exprime parfaitement en ces termes : « les intéressés font un usage correct des possibilités légales (...) qui leur sont ouvertes. Mais pour parvenir à des fins accessoires ou tout à fait extérieures à l'esprit de l'institution, ce sont donc les mobiles qui les animent qui sont suspects ». Cf. F. BOULANGER, « Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ? », *JCP, G*, 1993, I, 3665.

² En général, les couples de même sexe ont recours, dans d'autres pays voisins, à l'insémination d'une femme seule qui, de retour en France, élève l'enfant pour le faire ensuite adopter par sa compagne. D. FENOUILLET, « Le détournement d'institution », in *Liber Amicorum, Mélanges Philippe MALAURIE*, Defrénois, 2005, pp. 237-282 ; cf. également J. HAUSER, « Le droit de travers », in *Mélanges E. ALFANDARI*, 1993, pp. 83-95.

³ En réalité, la jurisprudence s'est dans un premier temps montrée favorable à de telles demandes d'adoption simple : TGI Paris, ord. JAF, 2 juil. 2004, *AJ fam.*, 2004, p. 361; *RTD civ.*, 2005, p. 116, obs. J. HAUSER. Cependant, la Haute juridiction a réalisé l'instrumentalisation de cette institution par les requérants : dans un premier temps, l'adoption simple était demandée par la compagne de la mère biologique, destituant celle-ci de son autorité parentale. Une fois l'adoption prononcée, cette même mère adoptive formulait une demande de délégation partagée en faveur d'une tierce personne, qui sera la mère biologique de l'enfant.

⁴ C. NEIRINCK, « L'adoption et les couples homosexuels devant le CEDH », *Rev. dr. sanit.et soc.*, n° 1, 2011, pp. 142-150.

⁵ CA Lyon, 28 juin 2010, n° RG : 10/03083, *RTD civ.*, 2011, p. 118, note J. HAUSER ; *AJ fam.*, 2010, obs. C. SIFFREIN-BLANC, p. 490.

⁶ A. MIRKOVIC, « La revendication des personnes de même sexe en matière familiale », *art. precit.*, p. 46.

373. La position des Hautes juridictions. Que ce soit devant le Conseil constitutionnel *via* la question prioritaire de constitutionnalité¹ ou à la suite d'un recours devant le Cour européenne², les revendications parentales des couples de même sexe subissent le même sort que celles qui visaient leur accès au mariage. L'adoption en France par le partenaire ou le concubin du parent de même sexe est jugée contraire à l'intérêt de l'enfant et ne constitue ni une atteinte au principe d'égalité, ni un obstacle au droit de mener une vie familiale normale. Les juges européens relèvent que le « *mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent* » et qu'il « *emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques* ». Dès lors, le couple de même sexe ne peut se trouver « *dans une situation juridique comparable à celle des couples mariés* ».

L'adoption n'étant dès lors ni contraire au droit de mener une vie familiale, ni constitutive d'une discrimination fondée sur l'orientation du couple, il ne restait plus aux couples de même sexe qu'une seule possibilité que leur offre le droit français : la délégation partage de l'autorité parentale ou l'intervention du législateur en vue de leur permettre tant l'accès à la conjugalité qu'à la parenté.

§2) L'obtention du droit au mariage par les couples homosexuels

374. La méthode législative de dissociation des questions. La loi ouvrant le mariage entre personnes de même sexe a essuyé nombre de critiques de la part de la doctrine eu égard à sa « légistique générale »³. Promesse de campagne du Président de la République Monsieur François HOLLANDE, le mariage entre personnes de même sexe a été le premier engagement du président à avoir été mis en œuvre suite à son élection. Celui-ci consacre au profit du couple homosexuel -après la reconnaissance du droit d'être homosexuel et de ne pas être discriminé en raison de son orientation sexuelle- la possibilité de bénéficier d'un réel statut matrimonial, à l'instar des couples hétérosexuels. Or, dans la hâte⁴, la question de la méthode législative mise en œuvre s'est révélée être un désastre¹.

¹ Cons. const., 6 oct. 2010, QPC n° 2010-39; M. DOURIS, « Homosexualité, couples non mariés, accès au mariage et à la parenté : l'évolution du droit français de la famille devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, 2011, n° 11, n° 4-6. V. aussi dans le même sens : P. KIPANI, « Mariage homosexuel et adoption par un couple homosexuel : d'une revendication en droit français à une reconnaissance en droit belge », *Rev. dr. fam.*, 2012, n° 1, pp. 18-24.

² CEDH, *Gas et Dubois c/ France*, 15 mars 2012, n° 25951/07, *D.*, 2012, 814, obs. I. GALLMEISTER; *AJ fam.*, 2012, p. 220, C. SIFFREIN-BLANC ; même revue, 163, point de vue F. CHENEDE ; *RTD civ.*, 2011, obs. J. HAUSER, p. 114; *D.*, 2011, 1585, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; même revue, 1713, obs. V. BERNAUD; *RJPF*, 2010/12, note C. LE BOURISCOT.

³ J. HAUSER, « Table ronde, Les débats sur la réforme », in *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, Y. LEQUETTE, D. MAZEAUD (dir. de), Paris, éd. Panthéon-Assas, 2014, p. 107.

⁴ D'ailleurs, Monsieur le professeur Jean HAUSER évoque aujourd'hui une « conception "instantanéiste" du phénomène familial » en raison de l'investissement symbolique exagéré du droit de la famille. En ce sens : J. HAUSER, « Retour sur le sens du temps en droit de la famille », in *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, H. FULCHIRON, J. SOSSON (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 321 et s.

Un des premiers griefs d'ordre formel, exprimé par Monsieur le professeur Jean HAUSER, met l'accent sur la rapide adoption du texte. Pourtant, l'élaboration d'un texte juridique suppose un véritable travail de préparation², au risque d'aboutir à ce qu'a appelé André TUNC « le droit en miettes ». L'intitulé de la loi « mariage pour tous » n'a pas non plus manqué de laisser perplexe la communauté des juristes, le mariage, en tant que liberté, n'ayant jamais été nié pour qui que ce soit. Globalement, il est reproché à cette loi, de cacher une certaine hypocrisie sous cet intitulé, ses implications se situant ailleurs. L'ouverture de l'adoption au profit du conjoint homosexuel est représentative de cette hypocrisie, à l'heure où les sondages révélaient comme minoritaires les partisans de l'adoption homosexuelle. Bien au-delà du mariage -simple porte d'entrée- les couples de même sexe recherchent -et la jurisprudence précédant le projet de loi en est un bel exemple- un accès direct à l'enfant, que seul le mariage peut leur offrir. C'est pourquoi le débat portant sur la seule ouverture de l'union ne satisfait pas. Pour Monsieur le professeur Jean HAUSER, la technique de la dissociation des questions est sans doute à imputer « au développement considérable de l'individualisme et d'un certain psychologisme, au détriment de l'analyse des groupements, conduit à des contradictions difficilement solubles, introduisant une sorte d'anachronisme permanent en droit de la famille. Celle-ci est analysée comme une suite d'instantanés non reliés entre eux au détriment d'une succession où chaque droit et chaque obligation se tiennent et se répondent »³.

375. L'aboutissement d'une longue évolution. Pour la sociologue Madame le professeur Irène THERY, « l'ouverture du mariage et de la filiation aux couples de personnes de même sexe participe d'un changement plus fondamental, plus général, qui a des racines très profondes, et qui est déjà largement entamé. Ce changement est indissociable de l'implosion du modèle matrimonial de couple et de filiation qui avait été instauré après la Révolution française. Autant dire que la rupture ne se produit pas aujourd'hui. Elle a démarré avec les grandes réformes du droit de la famille des années soixante-dix, quand on a commencé à remettre profondément en question l'ordre matrimonial –fondamentalement enraciné dans la hiérarchie des sexes- qu'avait instauré le Code Napoléon en 1804 »⁴. Si une part de vrai ressort de cette affirmation, on ne peut que

¹ Pour reprendre l'expression de Monsieur le professeur Jean HAUSER, *art. précit.*, p. 107. Ainsi que le souligne Monsieur le professeur Rémy CABRILLAC, « les controverses idéologiques sont souvent dépourvues de la sérénité nécessaire à l'élaboration d'un droit efficient », pour preuve, les conditions d'adoption et de création du Pacs en 1999. L'auteur poursuit en soulignant le rôle déterminant du droit patrimonial « celui de la machine à calculer, de la sérénité des études notariales, du sort des achats en commun ou des dettes ménagères », en comparaison avec « le droit extrapatrimonial, celui du symbole, du strass, des paillettes, des débats télévisés (...) avant de conclure que cette analyse ne peut être que confortée par les débats récents sur le « mariage pour tous ». R. CABRILLAC, « Genre et droit patrimonial de la famille », in *Bioéthique et genre*, A.-F. ZATTARA-GROS (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 270.

² J. HAUSER, *art. précit.*, p. 107.

³ J. HAUSER, « Retour sur le sens du temps en droit de la famille », in *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, *art. précit.*, p. 326.

⁴ I. THERY, « Mariage et filiation de même sexe : une approche sociologique », in *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, Y. LEQUETTE, D. MAZEAUD (dir. de), Paris, éd. Panthéon-Assas, 2014, p. 91.

constater le fossé qui sépare désormais la vague de réformes conduites par le doyen CARBONNIER et les révisions plus récentes du Code civil. Innovantes quant au fond, les premières « portaient en elles le renouvellement substantiel du droit français de la famille, sans pour autant sombrer dans une certaine démagogie »¹. Elles présentaient surtout l'avantage d'être cohérentes, ce que la doctrine n'a manqué de relever². Le modèle familial fondé sur le mariage demeurait affiché et la famille était toujours la clef de voûte du système. Si « la sociologie se voulait informative ; elle n'avait pas de prétention normative. On respectait ce faisant la finalité même du Code civil, en tant qu'il édictait un modèle prévisible d'organisation de la vie sociale »³. Rien de tel concernant les révisions les plus récentes du droit de la famille, qui procèdent à une véritable rupture anthropologique.

376. L'appel à une révision de la loi du 17 mai 2013. Au regard des conséquences mal évaluées de cette loi, une partie de la doctrine appelle à son abrogation. Ce vœu repose sur la nécessité de protéger l'enfant -grand oublié de la loi adoptée- mais a pour autre objet l'espérance d'une véritable gouvernance familiale par la création d'un « ministre de la Famille » ainsi que d'un Haut Conseil de la Famille⁴. S'il est à craindre que de telles propositions, au regard de l'évolution du droit, demeurent des vœux pieux, l'urgence à plus court terme consiste à remédier aux difficultés posées par l'articulation du droit interne de la famille avec la loi du 17 mai 2013. Madame BRUNETTI-PONS propose, sans faire l'impasse sur les revendications des personnes de même sexe, une abrogation de la loi du 17 mai 2013 afin de permettre une meilleure lisibilité du droit des couples. Une telle entreprise nécessiterait au préalable la hiérarchisation des statuts de couples, en rendant au mariage sa spécificité au regard de la notion d'intérêt de l'enfant. Dans un second temps, il conviendrait de remédier à l'existence au sein de l'ordre juridique de « deux mariages sous le même nom », et l'auteur défend avec force la nécessité de régénérer le mariage hétérosexuel lequel institue la véritable parenté, entendue d'un lien de filiation indivisible de l'enfant à l'égard de ses père et mère⁵. La création d'une union civile⁶, voire une

¹ B. FAUVARQUE-COSSON, S. PATRIS-GODECHOT, *Le Code civil face à son destin*, Paris, La Documentation française, Ministère de la Justice, 2006, p. 103.

² Pour Gérard CORNU : « la méthode législative suivie atteste que les réformes successives sont les éléments d'un ensemble, les pièces d'un nouveau Code de la famille incorporé au Code civil ». Cf. G. CORNU, « La refonte dans le Code civil français du droit des personnes et de la famille », in *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, 1998, p. 372.

³ Y. LEQUETTE, « Le droit est la semence des mœurs », in *Le discours et le Code Portalis deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. 391 et s., spec. p. 395, cité par B. FAUVARQUE-COSSON, S. PATRIS-GODECHOT, *Le Code civil face à son destin*, Paris, La Documentation française, Ministère de la Justice, 2006, p. 110.

⁴ C. EOCHÉ-DUVAL, D. MARCILHACY, « Pour une véritable gouvernance familiale », in *Le Mariage & La Loi, Protéger l'Enfant*, Institut Famille & République, 2016, pp. 451-461.

⁵ C. BRUNETTI-PONS, « Après la loi du 17 mai 2013, quel état des lieux et quelles perspectives pour le droit de la famille ? », in *Le Mariage & La Loi, Protéger l'Enfant, op. cit.*, p. 33.

⁶ Qui procéderait par renvoi aux règles propres au mariage, à l'inverse de l'alliance civile pour laquelle de nouvelles règles, bien qu'inspirées du mariage, seraient créées. Le choix pour des règles de renvoi au mariage ou l'élaboration de règles distinctes qui s'en inspirent dépendrait de l'importance des effets civils attachés à l'une et l'autre de ces unions.

alliance civile au profit des personnes de même sexe, exclusive de la dimension parentale (ni filiation, parenté ou autorité parentale)¹ permettrait de faire une place à l'union entre personnes de même sexe. Envisageant un autre cadre légal, favorisant « la contribution de tous les foyers à la solidarité et à la stabilité sociale »², Madame MIRKOVIC préconise la création d'un partenariat de vie commune –contrat spécial relevant du droit commun des obligations–, dont les ressorts sont à rechercher auprès de l'idée de couple non conjugal, chère à Madame le professeur Jacqueline POUSSON-PETIT. Pour Madame MIRKOVIC, la vie commune telle qu'appréhendée ces dernières années par le législateur n'a que trop porté sur la dimension affective et sexuelle du couple. Or, la sexualité et le sentiment amoureux n'ont pas vocation à faire l'objet d'un statut légal, c'est pourquoi une union reposant sur ce seul critère constitue, pour l'auteur, une catégorie particulière parmi les diverses situations de cohabitation, pouvant faire l'objet d'un tel partenariat³. Tel qu'envisagé, celui-ci reposerait, en définitive, sur ce qui demeurerait « (...) commun hors de cet aspect-là : la vie commune » et le consentement libre des personnes « de prendre soin les unes des autres et, à cet effet, à mettre en commun des moyens »⁴. L'affection demeure, bien évidemment, déterminante, mais en tant que « sentiment d'amitié, et non sentiment amoureux ». Pour l'auteur, l'avantage d'une telle approche est d'évincer l'influence jouée par la théorie du *gender*, en sauvegardant le champ de compétence du législateur. Naturellement, le contrat de Pacs serait revu à la lumière de la proposition de l'auteur. Le droit français ne compterait plus que le mariage civil hétérosexuel et le partenariat de vie commune. Bien qu'intéressante, cette alternative au « mariage homosexuel » fait l'impasse sur la revendication des couples de même sexe d'accès à la conjugalité⁵. Surtout, elle ne semble pas être en phase avec les orientations contemporaines du législateur, qui a résolument décidé de mettre les sexualités au cœur de son intervention législative.

¹ C. BRUNETTI-PONS, « Protéger l'enfant et satisfaire la justice en droit de la famille après la loi du 17 mai 2013 », in *Le Mariage&La Loi, Protéger l'Enfant*, op. cit., spec. pp. 285-289.

² J. THOMAS, A. MIRKOVIC, « Une proposition juste : le partenariat de vie commune », in *Le Mariage&La Loi, Protéger l'Enfant*, op. cit., p. 349.

³ *Ibidem.*, p. 348.

⁴ *Ibidem.*, p. 349.

⁵ Pour les avantages et les inadaptations d'un tel partenariat, V. spec. pp. 352-360.

§3) L'indifférence consécutive des sexes

377. Les sexualités¹ au cœur des conjugalités. Désormais déclinée au pluriel -à l'instar des conjugalités- il n'y a aujourd'hui plus une seule manière de vivre sa sexualité. L'ère est à la diversité et le pluralisme est devenu la référence. En témoigne la mention relative au sexe dans les trois formes de conjugalité : le contrat de Pacs ainsi que le concubinage présupposent la sexualité des partenaires, tandis que le mariage peut aujourd'hui être conclu par des personnes de même sexe ou de sexe différent. La vie commune, centrale dans les trois formes de conjugalité, est obligatoire et suppose l'entretien de relations sexuelles. C'est ce qui permet d'ailleurs de qualifier un couple de « conjugal »². Particulièrement sensible à l'évolution des mœurs, le contentieux relatif à la sexualité était encore, il y a quelques années, extrêmement rare, voire inexistant. Il se manifestait essentiellement sous l'angle du contentieux relatif au transsexualisme. Le respect de plus en plus envahissant du droit au respect de la vie privée a paradoxalement été accompagné d'une projection sur la scène juridique de la sexualité³. La libération des mœurs n'y est probablement pas étrangère, ainsi que l'impulsion donnée au droit au respect de la vie privée par la Cour européenne. Tant l'évolution jurisprudentielle européenne (abondante mais surtout évolutive) qu'interne convergent vers une égalité de traitement des vies privées sexuelles (A). Sans incidence sur la réalité du couple, l'indifférenciation est même de mise (B), ce qui rend le mariage homosexuel possible. Ces dernières années pourtant, la sexualité semble en phase d'être abandonnée au profit d'une approche *genre*.

A) Un traitement égalitaire des sexualités conjugales

378. Fondement de la reconnaissance. Pour prospérer, la reconnaissance de la diversité sexuelle s'est particulièrement nourrie du principe général d'égalité des êtres humains, lequel exclut toute discrimination entre individus à raison du sexe, des mœurs ou de l'orientation sexuelle. Principe fondateur de toute société démocratique, il figure dans plusieurs textes constitutionnels -notamment l'article 6 de la DDHC-, européens et internationaux. Le caractère extrêmement intime de la sexualité ressortit donc naturellement de la vie privée -en ce qu'il touche au corps-, elle-même protégée par

¹ Sur cette question, V. : O. DUBOS, J.-P. MARGUENAUD (dir. de), *Sexe, sexualités et droits européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Paris, éd. A. Pedone, coll. « Droits européens », 2007.

² J. POUSSON-PETIT, « Le droit de vivre en commun en dehors du couple sexuel conjugal », in *Mélanges en l'honneur du Professeur J. HAUSER*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 563-588.

³ C. ADAM, « La sexualité comme puissance de démesure et de dérèglement du droit », in *Droit des familles, genre et sexualité*, Paris, LGDJ, coll. « Anthémis », 2012, pp. 25-33.

plusieurs textes. Afin de lui assurer une effectivité optimale, le principe de non-discrimination -à raison spécifiquement de l'orientation sexuelle- permet d'éradiquer toute différence de traitement lorsque celle-ci n'est pas justifiée par un but légitime.

379. La protection du droit au respect de la vie privée. Protégé en droit interne à l'article 9¹, le droit au respect de la vie privée permet de sanctionner, de manière autonome², les atteintes illicites et les immixtions arbitraires dans la vie privée des individus³. L'alinéa 2 du même article confère au juge le pouvoir de « prescrire toutes mesures (...) propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée ». Le texte permet également au juge d'agir lorsqu'il y a urgence, en ordonnant des mesures en référé. Tout est mis en œuvre afin de protéger autant que possible la vie privée des individus, qui comprend outre leur vie familiale au premier plan, leur vie affective et sentimentale⁴, patrimoniale⁵, leur domiciliation⁶, leur droit à l'image⁷ mais aussi leur intimité corporelle⁸. Le seul constat de l'atteinte à la vie privée, indépendamment de l'existence de tout préjudice, ouvre droit à réparation et peut caractériser l'urgence au sens de l'article 9 alinéa 2⁹. Ainsi que le souligne la Cour européenne en 1998, la sphère de la vie privée couvre « *l'intégrité physique et morale d'une personne (...); la garantie offerte par l'article 8 de la convention est principalement destinée à assurer le développement, sans ingérences extérieures, de la personnalité de chaque individu dans les relations avec*

¹ Introduit dans le Code civil par la loi du n° 70-643 du 17 juillet 1970.

² Cass. civ. 1^{ère}, 5 nov. 1996, *Bull. Civ.*, I, n° 378; *GAJC*, 12^{ème} éd., n° 20; *JCP*, G, I, 1997, obs. VINEY, p. 4025; *RTD civ.*, 1997, obs. J. HAUSER, p. 632.

³ Cass. civ. 2^{ème}, 3 juin, 2004, *Bull. civ.*, II, n° 273; *D.*, 2004, note RAVANAS, p. 2069; *Rev. dr. fam.*, 2004, note V. LARRIBAU-TERNEYRE, n° 172; *RTD civ.*, 2004, obs. J. HAUSER, p. 489.

⁴ TGI Paris, 2 juin 1976, *D.*, 1977, note LINDON, p. 364 (2^{ème} espèce); CA Paris, 26 mars 1987, *JCP*, G, II, 1987, note AGOSTINI, p. 20904; Cass. civ. 1^{ère}, 6 oct. 1998, *Bull. civ.*, I, n° 274; *D.*, 1999, obs. J.-J. LEMOULAND, somm. 376.

⁵ Sur la question des informations patrimoniales, la jurisprudence a dans un premier temps, admis que « le respect dû à la vie privée de chacun n'est pas atteint pas la publication de renseignements d'ordre purement patrimonial, ne comportant aucune allusion à la vie et à la personnalité de l'intéressé » : Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 1991, *GAJC*, 12^{ème} éd., n° 21; *D.*, 1992, note P. KAYSER, p. 213; *JCP*, G, 1992, II, note RINGEL, p. 21845. Par la suite, elle a estimé que « le salaire de celui qui n'est pas une personne publique et ne jouit d'aucune notoriété particulière ressortit à sa vie privée » : Cass. civ. 1^{ère}, 15 mars 2007, *Bull. civ.*, I, n° 191; *D.*, 2007, obs. BIGOT, pan. 2773; *RJPF*, 2007, obs. E. PUTMANN, n° 9/14; *LPA*, 22 août 2007, note M. BRUSORIO-AILLAUD; *RTD civ.*, 2007, obs. J. HAUSER, p. 546.

⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 5 juin 2003, *Bull. civ.*, II, n° 175; *D.*, 2003, note DREYER, p. 2461; *Defrénois*, 2003, obs. AUBERT, p. 1577; *Gaz. Pal.*, 2004, obs. VRAY, somm. 1387; *Rev. dr. patrim.*, oct., 2003, obs. LOISEAU, p. 83; *RJPF*, 2003, note E. PUTMAN, n° 11/13; *RTD civ.*, 2003, obs. J. HAUSER, p. 681.

⁷ TGI Paris, 25 oct. 1982, *D.*, 1983, note LINDON, p. 363. Cependant pour que l'atteinte au droit à l'image soit constatée, la jurisprudence exige le critère d'identification de la personne : Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 2006, *Bull. civ.*, I, n° 270; *D.*, 2006, obs. A. LEPAGE, pan. 2702; *RTD civ.*, 2006, obs. J. HAUSER, p. 535. Plus récemment, Cass. civ. 1^{ère}, 5 avr. 2012, *D.*, 2012, 1062.

⁸ CA Paris, 9 juil. 1980, *D.*, 1981, note LINDON, p. 72 (2^{ème} espèce); TGI Paris, 6 juin 1988, *Gaz. Pal.*, 1989, n° 1, p. 30.

⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 12 déc. 2000, *Bull. civ.*, I, n° 321; *D.*, 2001, note SAINT-PAU, p. 2434; *LPA*, 2 fév. 2001, note DERIEUX.

ses semblables »¹. La Déclaration universelle des droits de l'homme protège également la vie privée des individus. Outre qu'elle prévoit que « nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privé », elle prévoit expressément que « toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes »². La Cour européenne des droits de l'homme reprend cette même protection à l'article 8 de la Convention.

380. La liberté sexuelle, une composante de la vie privée. Il convient en tout premier lieu de souligner que la notion de « liberté sexuelle » n'existerait pas en tant que telle sans son préalable, l'égalité des sexes. La revendication d'une sexualité plus libre constitue un prolongement de la conquête de l'égalité par les femmes³. Abordée sous l'angle de l'égalité entre les sexes en droit communautaire, la liberté sexuelle relève, du point de vue du droit européen des droits de l'homme, de l'article 8 relatif au respect du droit à la vie privée et familiale. Dans une première affaire qui remonte aux années 1970, la Commission européenne a éclairci la portée de ce principe. Elle a considéré que le droit au respect de la vie privée assurait à l'individu un domaine dans lequel il peut poursuivre librement le développement et l'accomplissement de sa personnalité. Pour cela, il doit avoir la possibilité d'établir des relations de différentes sortes, y compris des relations sexuelles avec d'autres personnes⁴. La Commission affirme donc de manière explicite que les relations et activités sexuelles relèvent du domaine de la vie privée. La Cour européenne reconnaît, dès 1999, que l'orientation sexuelle des individus est « *un aspect des plus intimes de la vie privée* »⁵. Usant de son dynamisme interprétatif, elle va même plus loin en considérant qu'il existerait un droit à l'autodétermination des individus, composante de leur liberté individuelle qui leur permet « *d'entretenir des relations sexuelles (qui) découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle* »⁶. Opérant une interprétation à la lumière des « *temps modernes* », elle n'hésite pas à affirmer dans cette décision le droit à la liberté sexuelle dans le cadre de relations sadomasochistes adultes, sous la seule condition du respect de la liberté des participants. Le consentement à l'acte sexuel devient alors la pierre angulaire présidant à l'acte sexuel⁷. Ainsi que l'a souligné un auteur, « les cuirs et latex

¹ CEDH, 24 fév. 1998, *Botta c/ Italie*, §32.

² Art. 12.

³ O. DUBOS, « Sexe, sexualité et droits européens », in *Sexe, sexualités et droits européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, op. cit., p. 6.

⁴ *Brügge et Scheuten c/ Allemagne*.

⁵ CEDH, 27 sept. 1999, *Smith et Grady c/ Royaume-Uni*, §89.

⁶ CEDH, 17 fév. 2005, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, §82-83. Cf. F. SUDRE, *JCP, G*, 2005, I, 159, n° 12 ; J.-P. MARGUENAUD, *RTD civ.*, 2005, p. 341 ; M. LEVINET, *Rev. dr. patrim.*, 2006, p. 806 ; P. MALAURIE, *LPA*, 1^{er} août 2006, p. 7.

⁷ La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi affirmé dans son arrêt *M. C. c/ Bulgarie* du 4 décembre 2003 que les Etats ont l'obligation d'établir et d'appliquer de manière effective un système de droit pénal réprimant toutes les formes de viol et d'abus sexuels, et de garantir aux victimes de ces abus le droit d'obtenir réparation. Cf. F. Sudre, *JCP, G*, I, 2004, 107.

s'invitent aux défilés de mode et la publicité exploite largement les fantasmes sexuels et les visuels sadomasochistes »¹. Il existe aujourd'hui, pour la Cour européenne, une véritable « *faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend* »², et la vie sexuelle constitue l'un des éléments de cet épanouissement de la personne³. On est là, déjà, très loin de l'idée que la sexualité est intimement liée à la procréation selon l'ancienne morale chrétienne.

381. La banalisation de la relation homosexuelle. Relation « contre nature »⁴ longtemps réprimée par le droit pénal⁵, l'homosexualité est dépénalisée en France avec la loi n° 82-683 du 4 août 1982. L'Organisation mondiale de la santé ne la considère plus, depuis le 17 mai 1990⁶, comme une maladie mentale. Depuis cette date, l'évolution jurisprudentielle tant de la Cour européenne que des droits internes des différents États occidentaux est marquée par la tolérance et la non-discrimination à l'égard des personnes homosexuelles. Mais c'est particulièrement l'influence de la Cour de Strasbourg qui aura permis une réelle attitude compassionnelle à leur égard⁷. Toute une série d'arrêts leur ont ouvert la voie à une reconnaissance progressive à des droits divers et variés⁸.

382. La garantie par la Cour EDH du principe de non-discrimination à raison de l'orientation sexuelle. L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme proscrit toute distinction fondée sur le sexe, la naissance ou tout autre situation relevant de la vie privée des individus. De façon similaire, l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne interdit toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Lorsqu'il est en cause, l'État doit s'assurer que la distinction effectuée entre plusieurs situations repose sur une justification objective et raisonnable. Lorsque tel n'est pas le cas, la Cour européenne condamne l'État en cause et l'invite à adapter sa législation au texte de la Convention. Une fois assurée du mouvement de dépénalisation des relations homosexuelles dans la majorité des États européens, la Cour, à l'occasion de l'arrêt *Dudgeon*⁹, considère que « *l'accomplissement d'actes homosexuels par autrui et en privé*

¹ G. GONZALEZ, « La liberté sexuelle », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir. de), Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et justice », 2005, p. 157.

² CEDH, 29 avr. 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, §62.

³ D. ROMAN, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et les juges : étude de droit français et comparé », *D.*, 2005, p. 1508.

⁴ Sur cette question : F. LEROY-FORGEOT, *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, Paris, PUF, 1997.

⁵ C'est la loi n° 742 du 6 août 1942 qui pénalisait les relations homosexuelles consenties lorsque l'un des partenaires était mineur. L'ordonnance n° 45-190 du 8 février 1945 maintient cette incrimination au titre des attentats à la pudeur.

⁶ Cette date a également été retenue pour la commémoration de la journée internationale contre l'homophobie.

⁷ Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, Paris, LGDJ, 2003.

⁸ M. LAMARCHE, « Les homosexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme », in *Sexe, sexualité et droits européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, O. DUBOS, J.-P. MARGUENAUD (dir. de), Paris, éd. A. Pedone, coll. « Droits européens », 2007, pp. 45-54.

⁹ CEDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 45, §60 ; *GACEDH*, n° 37. Dans le même sens : CEDH, 26 oct. 1988, *Norris c/ Irlande*, Série A, n° 152 et CEDH, 31 juillet 2000, *A.D.T. c/ Royaume-Uni*.

peut lui aussi heurter, choquer ou inquiéter des personnes qui trouvent l'homosexualité immorale, mais cela seul ne saurait autoriser le recours à des sanctions pénales quand les partenaires sont des adultes consentants ». Une fois acquis le retrait du droit pénal en la matière, s'ouvre une autre phase consistant à condamner les discriminations motivées par l'orientation sexuelle. Outre les discriminations directes, la Cour condamne les discriminations indirectes qui se cachent derrière des dispositions en apparence neutres, mais qui lors de leur application, désavantagent leurs titulaires¹. Que ce soit dans le cadre du travail², ou pour bénéficier du transfert du droit au bail³ ou encore dans l'exercice des relations parentales⁴, la Cour européenne procède à une véritable protection des personnes contre les discriminations liées à leur orientation sexuelle. Dans l'arrêt *Salguiero*, elle affirme que le principe de non discrimination s'applique aux différences de traitement fondées sur l'orientation sexuelle, ce qui englobe toutes les mesures prises contre les homosexuels⁵. C'est pourquoi la protection consistera non plus à assurer la protection de la personne homosexuelle seule, mais bien le couple homosexuel dans sa dimension familiale en élargissant le champ d'application de l'article 14, combiné à l'article 8 ou à l'article 12. À l'occasion de l'arrêt *Fretté*⁶, la Cour étend son contrôle au droit à l'adoption, alors même que celui-ci n'est pas expressément protégé par le texte de la Convention. Qualifiée d'« intime », la vie privée se situe hors du domaine du droit, donc de l'intervention étatique qui n'a plus le monopole de la régulation des pratiques sexuelles⁷. En œuvrant dans le sens de l'éradication des inégalités fondées sur l'orientation sexuelle des individus, la Cour européenne contribue à traiter de façon égalitaire toutes les sexualités en imposant aux États de faire preuve d'une plus grande tolérance en matière de sexe et de sexualité. Autant de libéralisme trouve pourtant sa limite lorsque la question touche la vie familiale du couple laquelle, rappelons le, n'est pas détachable d'une sexualité exclusivement hétérosexuelle.

383. La consécration d'une conjugalité non-procréatrice. Si les débats précédant l'adoption du Pacs ont permis à une partie de la doctrine de considérer que celui-ci n'imposait pas une communauté de vie au sens de « communauté de toit et de lit », le Conseil constitutionnel donna au Pacs une orientation résolument sexuelle⁸. Il y affirme

¹ CEDH, 20 juin 2006, *Zarb Adami c/ Malte*, *Rev. dr. patrim.*, 2007, obs. SURREL, p. 871.

² V. concernant l'exclusion des personnes homosexuelles de l'armée britannique : CEDH, 27 nov. 1999, *Lusting-Prean c/ Royaume-Uni* et *Smith et Grady c/ Royaume-Uni*, Série A, 1999-IX ; *RTD civ.*, 1999, chron. J.-P. MARGUENAUD, p. 917.

³ CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c/ Autriche*.

⁴ Pour la Cour, l'homosexualité d'un père ne peut valablement constituer un motif de retrait de son droit de garde : CEDH, 21 déc. 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c/ Portugal*; *RTD civ.*, 2000, note J.-P. MARGUENAUD, p. 433.

⁵ CEDH, 9 janv. 2003, *L. et V. c/ Autriche*, *JCP, G*, I, 2003, chron. F. SUDRE, p. 160.

⁶ CEDH, 26 fév. 2002, *Fretté c/ France*, *JCP, G*, 2002, I, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE, p. 10074.

⁷ J.-M. LARRALDE, « Libre disposition de son corps et préférences sexuelles », in *La libre disposition de son corps*, J.-M. LARRALDE (dir. de), Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et justice », 2009, pp. 263-290.

⁸ M. GRIMALDI, « Réflexions sur le pacte civil de solidarité du droit français », *Deffrénois*, 2003, 813.

que « *la vie commune ne couvre pas seulement une communauté d'intérêts et ne se limite pas à une cohabitation entre deux personnes* », mais celle-ci suppose « *outré une résidence commune, une vie de couple* »¹. Appliqué aux couples homosexuels, la décision du Conseil consacre une forme de « *devoir pacal* »² à connotation sexuelle, détaché de toute idée de procréation. La sexualité devenant « *récréative* »³, toute pudeur législative est abandonnée au profit d'une conjugalité non procréatrice.

B) Un traitement indifférencié des sexualités conjugales

384. L'indépassable inégalité physiologique. L'inégalité physiologique entre hommes et femmes est indépassable car elle tient tout simplement à l'impossible procréation⁴ des premiers entre eux, mais aussi des secondes sans les premiers. Le rapport de complémentarité qui en découle est irréductible et ne s'entend ni en termes de supériorité des uns, ni d'infériorité des autres. Il s'agit d'une réalité objective que ni les revendications féministes, ni les interventions du législateur ou l'évolution des mœurs et des techniques scientifiques ne sauraient dépasser. Il en va de l'identité même des individus et de la complémentarité des sexes dans un monde en harmonie, où chacun assume une fonction selon ses capacités physiologiques et psychologiques. Sans cela, le risque est d'aboutir à une confusion des genres.

385. Une complémentarité des sexes mise à mal. Délaissant le terrain du « *sexe* » pour ne s'intéresser qu'à un *genre neutre*⁵, plus malléable et subjectif⁶, le droit offre à chaque personne la possibilité d'être ce qu'elle souhaite, indépendamment de son sexe biologique. La déssexualisation du mariage et de la filiation qui en découle relègue le droit à n'être qu'un simple instrument garant de cette liberté individuelle. Or, la question se pose de savoir quel intérêt y-a-t-il à vouloir nier le sexe biologique ? Au nom de quelle liberté l'individu choisirait lui-même ce qu'il sera, homme, femme, ou peut être les deux à la fois ? Nier juridiquement la spécificité de l'homme et de la femme -y compris sur le plan

¹ Cons. const. 29 nov. 1999, *déc. précit.*, cons. n° 26.

² Pour reprendre l'expression de Monsieur le professeur F. CABALLERO, *Le droit du sexe*, Paris, Lextenso éd., 2010, p. 285.

³ L'expression est empruntée au chimiste Monsieur Carl DJERASSI, un des pères fondateurs de la pilule. Pour ce dernier, disparu en janvier 2015, la pilule sera très certainement obsolète en 2050 au profit de la « *stérilisation pour tous* », car la technologie reproductive sera pour le chimiste suffisamment pointue, banale et peu coûteuse. C'est l'aboutissement de ce qu'il appelle « *procréation sans sexe et sexe sans procréation* ».

⁴ L. AYNES, « *Le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : trop ou trop peu* », *D.*, 2012, p. 2750.

⁵ TGI Tours, 20 août 2015, *AJ fam.*, 2015, pp. 613-15, note S. LE GAC-PECH ; J. HAUSER, « *Le mystère du chevalier d'Éon* », *JCP, G*, 2015, n° 44, 1157.

⁶ A. MIRKOVIC, « *Le coût juridique. Les conséquences de la théorie du gender sur la filiation* », in « *La théorie du gender* », *vers une nouvelle identité sexuée ?*, *op. cit.*, pp. 53-68.

de l'engendrement d'un enfant¹ - aboutit à nier le lien entre la filiation de l'enfant et l'engendrement.

386. Des rôles parentaux interchangeable. L'essor de la théorie du *gender*², en droit favorise l'idée que les rôles et places de chacun dans la société seraient interchangeables. Bien qu'une partie de la doctrine ait formulé un plaidoyer pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre³, la loi de financement de la sécurité sociale pour 2013⁴ complète le congé de paternité dont bénéficie le père à la naissance de son enfant par un « congé d'accueil de l'enfant » qui modifie l'article L. 1225-35 du Code du travail. Désormais, l'homme ou la femme vivant maritalement avec la mère de l'enfant peut prétendre, tout comme le père mais sans forcément l'être, à un congé de 11 jours consécutifs ou de dix-huit jours consécutifs en cas de naissances multiples⁵. Cette mesure vise, selon les propos de Monsieur CAVARD à l'Assemblée nationale le 26 octobre 2012, à « rétablir l'égalité des droits, et à donner à tous les parents, quelle que soit la forme de leur sexualité, le temps d'accueillir leur enfant ». La vie commune avec la mère ouvre désormais droit à ce congé sans même poser la question préalable de l'investissement de cet adulte auprès de l'enfant. La Cour de cassation avait pourtant refusé d'aménager le congé de paternité au profit d'un tiers, même investi auprès de l'enfant, pour le réserver uniquement au père, mieux à même d'en bénéficier⁶. À cet égard, outre qu'elle ne favorise pas l'engagement parental la mesure est peu respectueuse de l'intérêt de l'enfant, et contrevient à plus forte raison au principe de coparentalité⁷.

387. La fin de l'approche binaire de l'état civil. L'acte de naissance indique, à partir de l'identité biologique déclarée, l'identité sexuelle de l'individu et comporte le plus souvent la mention d'un père et d'une mère. Ces éléments permettent la détermination de la généalogie. À partir de cette identité sexuelle initiale, l'individu est reconnu comme appartenant à la catégorie juridique des hommes ou celle des femmes. Si cet individu se marie, il devient mari ou femme dans le cadre de l'union conjugale. Aujourd'hui, la consécration du mariage pour tous consacre non pas l'égalité des sexes mais leur indifférenciation, laquelle conduit à la « déssexualisation » de la famille⁸. Sous l'habillage

¹ Cf. *infra*, spec. n° 535.

² V. en ce sens : S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. PICHARD, D. ROMAN (dir. de), *La Loi & Le Genre, Études critiques de droit français*, Paris, CNRS éd., 2014.

³ D. BORILLO, « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », in *Droit des familles, genre et sexualité*, Paris, LGDJ, coll. « Anthémis », 2012, pp. 7-24.

⁴ L. n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013.

⁵ A. MIRKOVIC, « Congé de paternité : instauration d'un congé d'accueil de l'enfant », *D.*, 2012, p. 2600.

⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 11 mars 2010, n° 09-65.853, *D.*, 2010, note A. MIRKOVIC, juris. 1394; *D.*, 2011, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, pan. 1040; *D.*, 2011, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, pan. 1585; *AJ fam.*, 2010, obs. F. CHÉNÉDÉ, p. 184; *RDSS*, 2010, note M. BADEL, p. 534; *RTD civ.*, 2010, obs. J. HAUSER, p. 315.

⁷ M. DROUCET, « Vers un nouveau statut parental ? », *AJ fam.*, 2012, p. 542.

⁸ C. NEIRINCK, « Faut-il tenir compte du sexe des êtres humains ? », *Rev. dr. fam.*, 2012, n° 12, repère 10 ; du même auteur, « Homoparentalité et déssexualisation de l'état civil », *Rev. dr. fam.*, 2012, n° 7, repère 6.

d'un mariage pour tous, il s'agit de supprimer l'exigence, jusqu'à présent impérative, de l'altérité sexuelle en lien direct avec la procréation. Pour assurer une égalité dans l'indifférenciation sexuée, la déssexualisation du vocabulaire de la famille a été programmée¹. Toutes les références sexuées sont remplacées par une terminologie neutre : mari et femme par époux ou conjoints, père et mère par parents, terme générique qui désigne tous ceux qui sont dans un rapport de parenté. À la parenté est substituée la parentalité, qui conduit à distinguer les deux parents par un chiffre. Or, la filiation sociale et juridique d'un enfant s'inscrit de manière plus globale dans une histoire que traduit l'état civil², laquelle conjugue tant la réalité de l'engendrement par les parents, que l'ordre culturel symbolique qui entoure cette histoire à travers la connaissance de ses origines et de sa généalogie. C'est de cette différence sexuée des générations que l'enfant occupe une place et se définit à partir de sa représentation du monde en intégrant les repères fondamentaux du vivre ensemble³.

388. La confusion des genres. « Il n'y a plus d'hommes et plus de femmes ! » ironisait un auteur⁴. L'identité indifférenciée des droits des membres du couple a conduit à une égalité abstraite et cette « évolution est sans limite »⁵. En mettant en cause la différenciation sexuelle au sein du couple, il serait mis fin à l'« homophobie ». Telle est l'idée qui ressort de l'ouvrage de Madame le professeur Irène THERY, pour qui le besoin des couples homosexuels d'« être comme les autres » reposerait sur le sentiment d'être relégués en dehors de la condition humaine commune⁶. Ceci expliquerait que toute spécification de l'homosexualité soit bannie au profit d'une vision assimilationniste de l'humanité -quitte à passer outre le réel observable. Pourtant, il y a là une forte confusion entre les différences de fait et les inégalités. Si la réponse du droit consiste à effacer toute différence de traitement reposant sur la différence des sexes, l'égalité ne s'entend ni d'un universel abstrait, et postule encore moins l'indifférence. Surtout, faute de prendre en compte les spécificités inhérentes à chaque situation, elle conduit à la négation de la dualité originaire, somme toute universelle. Abandonnée, la différence de sexe n'est aujourd'hui plus un impératif et la conjugalité ne repose plus que sur les sentiments. Initialement limitation du politique, les droits de l'homme sont aujourd'hui un but en soi⁷. La

¹ M. DOUCHY-LOUDOT, « Les expressions visibles de la théorie du *gender* en droit » in « *La théorie du gender* », vers une nouvelle identité sexuée ?, *op. cit.*, pp. 33-50.

² V. nos développements, *infra*, n° 387.

³ J.-L. RENCHON, « Une filiation monosexuée ? », *art. précit.*, pp. 249-250, spec. n° 22.

⁴ J. ROCHE-DAHAN, « La différenciation sexuelle au sein du couple, approche de droit comparé : droit canonique, droit hébraïque, évolution du droit français », in *Les sexualités : répression, tolérance, indifférence*, M. BAUDREZ, T. DI MANNO (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 75-108.

⁵ J. ROCHE-DAHAN, « La différenciation sexuelle au sein du couple, approche de droit comparé : droit canonique, droit hébraïque, évolution du droit français », *art. précit.*, p. 103.

⁶ I. THERY, *Des humains comme les autres, Bioéthique, anonymat et genre du don*, éd. EHESS, 2010, p. 253.

⁷ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination », in *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (dir. de), Paris, LGDJ, 1996, pp. 179-213.

survalorisation de l'individu et la satisfaction de ses désirs individuels conduisent à la transformation de l'office de l'ordre public en droit de la famille¹, et ceci n'est que symptomatique d'une philosophie d'autonomisation de l'individu par rapport au groupe auquel il appartient.

¹ F. NIBOYET, *L'ordre public matrimonial*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 2008.

Conclusion du chapitre premier

389. L'étude du pluralisme familial consacré en 1999 par le législateur s'est avérée être le tournant de la fin du XX^{ème} siècle, lequel a ouvert la voie à ce que Monsieur le professeur Pierre MURAT a désigné comme le « libéralisme par concurrence entre les normes juridiques »¹. Le mariage homosexuel en constitue l'exemple topique, car il illustre parfaitement le phénomène de « contagion par imitation législative »². Au fond, c'est bien l'idée telle que l'a décrite Monsieur le professeur Hugues FULCHIRON, lorsqu'il dénonçait la loi du libéralisme maximum³ qui tend à s'imposer aux autres. Abordée sous l'angle de la discrimination, la question du mariage homosexuel supposait au préalable de découpler le mariage -institution sexuée- de la procréation. En désexualisant celui-ci, l'anéantissement de la force de la présomption de paternité qui s'ensuit conduit à la rupture du lien vertical qui lie l'enfant à ses parents. Plus rien ne justifie dès lors que le mariage soit l'apanage des couples hétérosexuels, l'égalité en termes de libre exercice des droits étant atteinte au profit des couples de même sexe. Dans ce processus de déconstruction⁴, l'indifférence sexuelle dans le couple est le maître mot, et le mariage « perd une partie de sa substance : il n'est plus l'acte fondateur d'une famille mais le simple cadre de relations entre deux personnes qui forment un couple »⁵. Abaisse au niveau des nouvelles conjugalités, un mouvement de concurrence juridique s'ouvre alors entre mariage, Pacs et concubinage, lesquels constituent le nouveau droit du couple, totalement autonome du droit de la famille. Dans ce contexte, l'affaiblissement du mariage « paraît irrémédiablement consommé »⁶, et le rapprochement entre les trois formes de conjugalité est aujourd'hui indiscutable. C'est pourquoi la sagesse commanderait désormais de trouver un point d'équilibre. Il serait en effet périlleux d'envisager un statut unique aux trois formes de conjugalité que connaît aujourd'hui le droit de la famille. Le pluralisme institué répond à une attente sociale, et tout retour en arrière est impossible⁷. L'évolution engagée depuis plusieurs décennies maintenant doit connaître une pause⁸, afin de procéder à une restructuration des règles

¹ P. MURAT, « Individualisme, libéralisme, légistique », in *Mariage –Conjugalité, Parenté-Parentalité*, H. FULCHIRON (dir. de), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes&Commentaires », 2009, p. 242.

² *Ibid.*, p. 242.

³ H. FULCHIRON, « Existe t-il un modèle familial européen ? », *Defrénois*, 2005, art. 38239.

⁴ M. DOUCHY-OUODOT, « Les étapes juridiques de la déconstruction familiale », in *La réforme du mariage, Approche critique sur les mutations familiales*, Poitiers, DMM, 2013, pp. 11-31.

⁵ H. FULCHIRON, « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? », in *Mariage – Conjugalité, Parenté-Parentalité*, *op. cit.*, p. XII.

⁶ J.-J. LEMOULAND, « L'émergence d'un droit commun des couples », in *Mariage –Conjugalité, Parenté-Parentalité*, *op. cit.*, p. 43.

⁷ V. *contra* : Institut Famille&République, *Le mariage&La Loi. Protéger l'enfant*, Nancy, IFR, 2016.

⁸ P. MURAT, « Pour une vraie réflexion prospective en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Raymond LE GUIDE*, LexisNexis, 2014, p. 787 ; P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, Paris, LGDJ, 5^{ème} éd., 2016, n° 89, p. 62.

présidant à la vie de couple que la doctrine appelle de ses vœux. Cette restructuration gagnerait en lisibilité et en cohérence si elle admettait l'existence d'un régime impératif conjugal commun à toutes les formes de conjugalité. L'impératif de protection de la personne au fondement de cette mesure constitue, à n'en pas douter, une valeur phare du système français, qui trouve sa place aux côtés des principes d'égalité et de liberté. C'est pourquoi le législateur gagnerait en humanité et en cohérence s'il consacrait expressément une telle protection au profit de tous les couples conjugaux. Ainsi que le souligne Monsieur le professeur Jean HAUSER, « si la stabilité comme l'indisponibilité ne sont plus, de façon indiscutable, parmi les grands cadres de la société elle-même leur valeur individuelle demeure sans doute. Mais alors c'est à travers l'individu que se reconstitue l'ordre public familial et tout est très différent. D'un ordre public tourné vers l'épanouissement de la société présumé assurer celui de l'individu, on passe à un ordre public tourné vers l'épanouissement de l'individu présumé assurer celui de la société »¹. Dans ces conditions, et au vu de la complexité de la vie affective et de la plasticité du psychisme humain, la question se pose de savoir si ce modèle de familles tel que consacré par le législateur français a des chances de prospérer outre-méditerranée ? En d'autres termes, osons poser la question de savoir quelles sont les formes d'union que la société se doit d'instituer pour préserver la cohésion et la perpétuation du corps social ?

¹ J. HAUSER, « Rapport français », in *L'ordre public*, Travaux de l'Association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique, Journées libanaises, 1998, LGDJ, 2001, p. 484.

Chapitre second. L'exportation du modèle familial français outre-méditerranée

390. Un changement de mentalités. L'actualité jurisprudentielle récente du droit international privé témoigne incontestablement d'une exportation du modèle familial français outre-méditerranée, par l'admission du mariage homosexuel d'un couple franco-marocain. Simple exportation indirecte, cette situation traduit la volonté du juge français d'offrir une large diffusion à sa récente adoption du mariage entre personnes de même sexe, à laquelle fait écho l'attitude du système juridique marocain, totalement opaque – indifférent ?- à une telle décision. Cette indifférence se retrouve également à l'occasion de la pratique du concubinage par les binationaux en France. Cette tolérance (?) des situations irrégulièrement formées en France est bien la preuve de la contamination des (bi)nationaux marocains par le mode de vie européen, et atteste bien au demeurant de leur intégration (perçue positivement ou négativement), souvent mise à mal par le feu de l'actualité. La rencontre des modèles familiaux en droit international privé semble donc bien constituer le vecteur de cette exportation (**Section 1**) laquelle, loin de s'accomplir outre-méditerranée en raison de l'incrimination pénale sous le coup de laquelle elle tomberait, relève davantage de l'ordre du comportement des individus. Matériellement, elle continue à buter sur une limite encore irréductible dans les pays de tradition musulmane, tenant à l'impératif de protection de la famille fondée sur le mariage (**Section 2**).

Section 1. Le droit international privé, vecteur d'une exportation indirecte

391. La circulation des modèles familiaux. Si les comportements familiaux constituent des marqueurs du degré d'intégration des étrangers dans un système donné, il est notable de constater une pratique de plus en plus fréquente de l'union libre par les ressortissants maghrébins (ou binationaux) de confession musulmane en France (§1). Au contact du modèle familial français¹, ceux-ci semblent s'être laissés séduire par la vague de libéralisation ayant touché les mœurs occidentales. Inoffensive quant à ses effets sur le système juridique français, cette adhésion constitue un révélateur du degré d'intégration des individus au système local. Paradoxalement, la promotion judiciaire de l'union homosexuelle au-delà des frontières françaises (§2) constitue une réelle menace pour le modèle familial marocain.

§1) La pratique du concubinage par les français binationaux

392. La réadaptation du mariage coutumier. La pratique du concubinage par les couples binationaux² ou mixtes³ en France appelle un arrêt sur la pratique ancienne des mariages coutumiers au Maghreb. Bien que cette pratique y soit relativement combattue (A), sa reprise en contexte français permet une meilleure lisibilité de la pratique du concubinage telle que vécue par ces couples (B).

A) Le mariage coutumier au Maghreb

393. Le consensualisme du mariage musulman. En sa forme traditionnelle, le mariage musulman est un contrat purement consensuel qui se forme par le simple échange des consentements, en présence des témoins. La présence de ces derniers est dépourvue de tout caractère formel, et « confère à celui-ci l'aspect d'un mariage

¹ B. BOURDELOIS, « La famille du XXI^{ème} siècle et problématiques de conflits de lois », in *Mélanges en l'honneur de Pierre MAYER*, Paris, LGDJ, 2015, pp. 77-89.

² Le couple binational est ici entendu comme disposant de la double nationalité, la nationalité française et celle de son pays natal (ou, étant né sur le sol français, il bénéficie de la double nationalité à raison de la naissance de ses parents dans un des pays du Maghreb).

³ On entend ici par couple mixte le couple composé d'un ressortissant binational marocain, algérien ou tunisien, et du concubin qui ne l'est pas.

traditionnel relevant d'une affaire domestique »¹. De la même manière qu'il se soucie peu du formalisme, le mariage musulman n'exige pas d'être écrit pour sa validité.

394. Les formalités imposées : la fin du mariage traditionnel. Depuis la promulgation des trois Codes du statut personnel au Maghreb, les législateurs de ces pays exigent la rédaction d'un acte authentique permettant d'apporter la preuve du mariage, l'objectif étant de mettre fin à la pratique des mariages traditionnels. Des lois sur l'état civil² ont été mises en place, désignant l'autorité chargée de la célébration du mariage. Pour satisfaire à l'exigence d'efficacité, l'article 22 de la loi marocaine³ a imposé aux officiers de l'état civil de porter les mentions principales de l'acte de mariage en marge de l'acte de naissance de chacun des époux. Lors de la réforme de la *moudawana* marocaine en 2004, le législateur renforce le formalisme requis. Désormais, l'obligation est faite à l'officier de l'état civil de transcrire l'acte de mariage en marge de l'acte de naissance de chacun des époux⁴, la règle n'ayant pas eu un caractère obligatoire sous le règne de l'ancienne *moudawana* laquelle n'exigeait qu'une simple « expédition de l'acte de mariage aux services de l'état civil ». La même obligation de transcription est de mise par les législateurs tunisien⁵ et algérien. Il existe donc une volonté commune des trois législateurs de mettre fin à la célébration consensuelle des mariages traditionnels, par l'exigence de l'écrit⁶. La législation tunisienne, particulièrement sévère, sanctionne de nullité toute union qui ne serait pas conclue conformément au formalisme requis, et prévoit même une sanction pénale de trois mois d'emprisonnement pouvant doubler si le couple en cause persiste dans la vie commune malgré l'annulation de son union. Particulièrement soucieux de faire respecter l'interdit de l'union polygamique, le législateur tunisien érige en infraction pénale la conclusion de mariages traditionnels. Efficace, l'exigence du seul acte authentique permet d'écarter tout autre moyen de preuve, en bénéficiant d'un système de preuve du mariage unifié. Cette fermeté caractéristique du législateur tunisien ne se retrouve pas chez les voisins algérien et marocain qui admettent une autre forme de preuve

¹ M. MONJID, *L'islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, Étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, Paris, l'Harmattan, 2013, p. 62.

² Au Maroc, la célébration des mariages ressortit uniquement de la compétence des *adouls* -notaires traditionnels (art. 13 CMF). En Tunisie, la loi n° 57-3 du 1^{er} août 1957 institue une dualité des autorités compétentes en vue de la célébration des mariages : au choix des futurs conjoints, le mariage peut être conclu soit devant deux notaires, soit devant l'officier d'état civil. L'article 18 du Code algérien de la famille reprend cette dualité en permettant la célébration devant un notaire ou un fonctionnaire légalement habilité (juge ou officier d'état civil) (cf. art. 71 de l'ordonnance relative à l'état civil n° 70-20 du 19 février 1970).

³ L. n° 37-99 relative à l'état civil, promulguée par le *dahir* n° 1-02-239 du 3 octobre 2002.

⁴ Art. 68 du CMF.

⁵ Art. 34 de la loi.

⁶ V. néanmoins, sur les mariages coutumiers tels que pratiqué en Égypte, S. A ALDEEBABU-SAHLIEH, *Religion et droit dans les pays arabes*, Bordeaux, PUB, 2008, p. 192 et s.

du mariage lorsque celui-ci n'a pu, pour des raisons impérieuses¹, être formalisé par un acte authentique.

395. La régularisation encadrée des mariages non authentifiés. Bien que l'acte authentique soit exigé tant en droit marocain qu'algérien comme preuve de la conclusion du mariage, les législateurs de ces pays n'ont pas, à l'instar de leur homologue tunisien, mis en place un système de sanction civile ou pénale lorsque celui-ci fait défaut. L'article 16 alinéa 2 du Code marocain de la famille prévoit la *possibilité* d'une action en reconnaissance du mariage², dans laquelle tous les moyens de preuve sont admis³. La règle concerne le cas de mariages ayant été conclus en la forme traditionnelle en dehors du formalisme requis. La reconnaissance par un jugement de la réalité de la vie conjugale⁴ permet une régularisation de l'union, initialement limitée à une période transitoire de cinq ans à partir de l'entrée en vigueur de la *moudawana*. Cette période a été prolongée pour une durée de cinq années supplémentaires par *dahir* du 16 juillet 2010⁵ avant d'être, depuis peu, prorogée pour la même durée⁶. Transparaît alors la volonté de régularisation des unions contractées en la forme traditionnelle avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions par le législateur marocain. En effet, l'article 490 du Code pénal punit d'un mois à un an d'emprisonnement « toutes personnes de sexe différent qui, n'étant pas unies par les liens du mariage, ont entre elles des relations sexuelles ». Par conséquent, la reconnaissance du mariage permet aux couples n'ayant pu formaliser leur mariage par l'acte authentique de redresser une situation irrégulière tombant sous le coup des dispositions pénales, car il est (*haram*) illicite et attentatoire aux bonnes mœurs d'entretenir des relations sexuelles hors mariage. C'est pourquoi le couple a tout intérêt à

¹ Sur le caractère exceptionnel de cette reconnaissance, cf. M. KACHBOUR, *Commentaire du Code de la famille, Le mariage*, t. 1, Casablanca, 3^{ème} éd., Matba'ath Annajah Al jadida, 2015, p. 453-465.

² Prévue à l'article 22 du Code algérien de la famille. Sur cette action, cf. A. WAHCHI, « L'action en reconnaissance de mariage entre cadre juridique et pratique judiciaire », in *Approche plurielle des problématiques familiales*, Z. ELAMARI (réun. et coord. par), Rabat, Publications de la revue de la justice civile, t. 2, 2015, pp. 188-202 (en langue arabe).

³ À l'occasion d'un litige s'élevant entre une ressortissante marocaine et un ressortissant saoudien au sujet de la preuve du mariage, la Cour suprême a appliqué (aux fins de protection de l'épouse) les règles plus souples de la reconnaissance du mariage à l'époux qui invoquait que la relation avec son épouse marocaine n'était pas considérée comme un mariage au sens de la loi saoudienne. Cf. Cour suprême, 3 sept. 2008, arrêt n° 415, dossier n° 233/2/1/200.

⁴ Sur laquelle le couple doit expliquer quelles sont les raisons impérieuses qui l'ont empêché de matérialiser son mariage par l'acte authentique. Bien que cette action était déjà admise par l'ancienne *moudawana* de manière exceptionnelle (anc. art. 5 al. 4), le législateur gardait le silence quant aux raisons qui empêchaient le couple de matérialiser le mariage par l'écrit, et n'était pas non plus enfermée dans des délais. La reconnaissance du mariage était donc entièrement soumise à l'appréciation du juge « qui devait prendre en compte l'existence d'enfants ou de la grossesse issue de la relation conjugale ». Cf. M. MONJID, *L'islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb*, op. cit., p. 65, spec. n° 112.

⁵ *Dahir* n° 1-10-103 du 16 juil. 2010, *B.O.*, 5 août 2010, n° 5862, p. 1522.

⁶ *Dahir* n° 1-16-2 du 12 janv. 2016, portant promulgation de la loi n° 102-15 modifiant l'article 16 de la loi n° 70-03 portant Code de la famille, *B.O.*, 4 fév. 2016, n° 6436, p. 164.

démontrer les raisons impérieuses¹ l'ayant empêché de procéder au mariage en bonne et due forme, auquel cas son union est considéré comme un simple concubinage. C'est pourquoi la notoriété ainsi que la durée de l'union, l'existence d'enfants ou de grossesse sont autant d'indices² permettant de prouver la bonne foi du couple et la réalité du mariage religieux³.

396. La généralisation de la possibilité de régularisation. Outre la volonté de régularisation de mariages non authentifiés, louable durant les premières années de l'entrée en vigueur du Code de la famille, la portée de la prorogation de ce délai pour dix années supplémentaires laisse perplexe. Si elle pouvait être justifiée en 2004, l'opportunité de sa prorogation est discutable, ne serait-ce que du point de vue des dérives qu'elle a pu occasionner et qui sont régulièrement dénoncées⁴. Alors que la preuve légale du mariage⁵ cohabite sans grande peine aux côtés de l'action en reconnaissance de mariage⁶, elle ne s'accommode qu'imparfaitement avec l'esprit du Code de la famille mais aussi des nouvelles orientations au fondement de la réforme constitutionnelle de 2011⁷. Un des objectifs affichés du nouveau Code en son Préambule est d' « adopter une formulation moderne, en lieu et place des concepts qui portent atteinte à la dignité et à l'humanisme de

¹ Au titre des raisons impérieuses, un jugement du tribunal d'instance de Larache a considéré que celles-ci étaient constituées lorsque le décès du *adoul* chargé de délivrer l'acte de mariage aux conjoints, incessamment reporté, a empêché ceux-ci d'en fournir la preuve. TI Larache, 20 oct. 2006, n° 458/06. A également pu être considérée comme impérieuse l'impossibilité pour une ressortissante marocaine vivant de manière illégale aux Pays-Bas de formaliser son union avec un ressortissant marocain engagé dans un mariage non encore dissout. L'impossibilité de contracter leur union, du fait de l'existence du premier mariage non encore dissout, a pu être considéré comme une raison impérieuse justifiant la demande d'établissement de la filiation de leur enfant commun. De retour au Maroc, le couple s'était d'ailleurs comporté au vu et au su de tous comme un couple marié : CA Rabat, 12 juin 2006, n° 171. Comme en écho à ce cas de figure, les articles 65 à 69 du Code de la famille n'est pas applicable aux marocains résidant à l'étranger, qui ont désormais la possibilité, en vertu de l'article 14, de conclure leur acte de mariage conformément aux procédures administratives locales du pays de résidence. Cf. M. KACHBOUR, *Commentaire du Code de la famille, Le mariage, op. cit.*, p. 455-456.

² CA Settat, 1/11/2006, n° dossier 1960/02, n° 835/06.

³ Concernant la pratique judiciaire liée à la réception de cette action, cf. A. SALIM, « Le traitement judiciaire de l'action en reconnaissance de mariage, in *Approche plurielle des problématiques familiales*, Z. ELAMARI (réun. et coord. par), Rabat, Publications de la revue de la justice civile, t. 2, 2015, pp. 203-212 (en langue arabe).

⁴ D'une part, le défaut de protection de la femme si le couple venait à se dissoudre pose la question relative aux potentiels enfants qui en sont nés et qui sont considérés, au regard du droit maghrébin, comme des enfants hors mariage. Outre le souci de preuve du mariage, c'est la volonté de protection de la femme et des enfants qui préside à l'authentification du mariage. D'autre part, sont dénoncés le contournement des mariages polygamiques et des mineurs qui s'ensuit. V. en ce sens : M. MONJID, « Le mariage du mineur en droit marocain », *RIDC*, 2015, n° 1, pp. 207-224 ; A. WAHCHI, « L'action en reconnaissance de mariage entre cadre juridique et pratique judiciaire », in *Approche plurielle des problématiques familiales*, Z. ELAMARI (réun. et coord. par), Rabat, Publications de la revue de la justice civile, t. 2, 2015, spec. p. 198 (en langue arabe) ; CNDH, *État de l'égalité et parité au Maroc. Préserver et rendre effectifs les finalités et objectifs constitutionnels*, 2015, disponible sur www.cndh.ma.

⁵ Art. 16 al. 1 du Code marocain de la famille.

⁶ Art. 16 al. 4 du Code marocain de la famille.

⁷ L'article 32 de la Constitution dispose que « la famille, fondée sur le lien légal du mariage, est la cellule de base de la société. L'état œuvre à garantir, par la loi, la protection de la famille sur les plans juridique, social et économique, de manière à garantir son unité, sa stabilité et sa préservation ».

la femme (...) », en abordant les dispositions de ce texte « avec réalisme et perspicacité »¹. S'il est regrettable que ces deux exigences n'aient pas été au cœur de la nouvelle modification de l'article 16, la généralisation constatée de l'action en reconnaissance de mariage nuit à la pleine effectivité des dispositions du Code et en dénature l'esprit². Le primat donné à la tradition juridique islamique ne se trouve ici pas justifié du fait de l'existence d'un service de l'état civil permettant de répertorier les principaux événements de la vie des individus. Si l'absence d'authentification du mariage au temps du prophète s'accommodait fort bien du crédit attaché à la parole donnée, il n'en est rien aujourd'hui. Dans un système étranger à plus forte raison, le mariage ne saurait exister sans sa transcription auprès des services de l'état civil. À défaut de célébration en bonne et due forme, il s'agit purement et simplement d'un concubinage.

397. L'admission implicite du mariage coutumier en Algérie. Le cas de la législation algérienne présente une particularité importante en comparaison avec le voisin marocain. Si l'article 18 du code algérien exige que l'acte de mariage soit conclu devant un notaire ou un fonctionnaire légalement habilité, l'ambiguïté tient à la lettre de l'article 6 de ce même code lequel dispose que « la *fatiha*³ simple concomitante aux fiançailles ne constitue pas un mariage à proprement dit ». L'article poursuit en précisant que « toutefois, la "*fatiha*" concomitante aux fiançailles, en séance contractuelle, constitue un mariage si le consentement des deux parties et les conditions du mariage sont réunis, conformément aux dispositions de l'article 9 *bis* de la présente loi ». Or, l'article 9 *bis* ne mentionne nullement l'exigence de l'acte authentique parmi les éléments constitutifs du mariage⁴. Étant en contradiction avec l'article 18 qui exige l'intervention de l'autorité publique, l'article 9 *bis* s'accommode également fort bien du silence du Code pénal au sujet des relations sexuelles hors mariage⁵. La contradiction des textes laisse perplexe et appelle un éclaircissement quant à leur portée. Pour l'heure, les mariages traditionnels continuent d'être admis en droit algérien. Leur reconnaissance, admise par l'article 22 sans condition de délai ni de caractère exceptionnel corrobore cette pratique en l'absence de disposition pénale express incriminant les relations hors mariage. Sur le plan probatoire, une telle hétérogénéité empêche l'unification du système de preuve et s'accommode mal de l'objectif de mise en place d'un service de l'état civil efficace et fiable.

¹ M. LAFROUJI, *Code de la Famille*, Rabat, 4^{ème} éd., 2015, p. 19.

² Dans le même sens, cf. A. WAHCHI, « L'action en reconnaissance de mariage entre cadre juridique et pratique judiciaire », *art. précit.*, spec. pp. 200-201 (en langue arabe) ; *contra* A. SALIM « Le traitement judiciaire de l'action en reconnaissance de mariage », *art. précit.*, spec. p. 212 (en langue arabe).

³ Il s'agit de la première sourate du Coran, laquelle est généralement lue à l'issue des fiançailles comme une invocation à Dieu.

⁴ Lesquels sont au nombre de 5 : la capacité au mariage, la dot, le *waliy*, la présence des deux témoins et l'exemption des empêchements légaux au mariage.

⁵ Le Code pénal algérien n'incrimine pas expressément les relations sexuelles hors mariage, mais l'article 333 dispose que la personne ayant commis « un outrage public à la pudeur est punie d'un emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende de 500 à deux mille DA ». Se situant dans la partie relative aux attentats aux bonnes mœurs, cette disposition semble néanmoins bien devoir s'appliquer aux relations sexuelles hors mariage.

B) L'exportation du mariage coutumier en France

398. Une nouvelle forme d'union : le concubinage *halal*. En théorie combattu par les pays du Maghreb¹ (exception faite de l'Algérie), le mariage coutumier est pourtant repris en contexte français. Nombre de binationaux, nostalgiques du retour à l'ère de la *sunna* islamique, se prévalent de plus en plus de la licéité de ce type de mariage sur le plan religieux afin de conclure des mariages traditionnels, lesquels constituent davantage une forme de concubinage « à la française »² non reconnu par le droit maghrébin. C'est pourquoi la question se pose est celle de savoir si cette pratique traduit un réel retour à une tradition prophétique, laquelle doit être contextualisée, ou davantage une adhésion réfléchie au concubinage tel que réglementé par le législateur français. Afin de tenter d'apporter des éléments de réponse, le recours à la sociologie, particulièrement à la notion de groupe, se révélera être un curseur incontournable dans une telle entreprise (1). La pratique du mariage coutumier prendra davantage les allures d'un concubinage accommodant pour le couple, nécessitant une légitimation du groupe de référence qui passe par la dimension religieuse du mariage coutumier (2).

1- La dimension socio-juridique du sentiment
d'appartenance

399. Règle de droit et sentiment d'appartenance à un groupe. En principe, les rapports entre l'appartenance d'un individu³ à un groupe donné et le droit ne sont pas considérés par ce dernier. L'appartenance d'un individu à un groupe peut, tout au plus, faire naître un sentiment d'appartenance, voire un sentiment d'identité. Les liens potentiels entre droit et sentiment d'identité ont fait l'objet d'un travail de recherche que Monsieur Daniel GUTMANN se propose d'élucider⁴. Si l'auteur convient aisément de « l'indifférence du droit à la sphère psychologique », celui-ci relève, paradoxalement, que « l'évolution récente (...) confie au droit une mission sans précédent : celle de constituer la dernière

¹ Outre le défaut de protection de la femme si le couple venait à se dissoudre, les potentiels enfants qui en sont nés sont considérés, au regard du droit maghrébin, comme des enfants hors mariage. C'est donc outre le souci de preuve du mariage, la volonté de protection de la femme et des enfants qui préside à une telle authentification du mariage.

² Avec tous les avantages sociaux qui lui sont attachés.

³ Voir, dans le cas de l'enfant : M.-C. FOBLETS, « L'enfant d'une famille musulmane. Questions particulières relatives à la gestion par le droit de l'appartenance », in *L'enfant et les relations familiales internationales*, J.-L. RENCHON (dir. de), Bruxelles, Bruylant, coll. « Famille&Droit », 2003, pp. 235-263.

⁴ L'auteur définit ainsi le sentiment d'identité : celui-ci repose sur une double dimension. La première, diachronique, « se définit comme le sentiment de la personne de demeurer la même à travers le temps ». La seconde, synchronique, permet d'apparenter le sentiment d'identité « au sentiment de rester le même à travers la pluralité des situations de confrontation avec autrui ». Cf. D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité, Étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, 2000, p. 24.

instance normative légitime après le déclin de la morale traditionnelle, et de prendre en charge la psychologie individuelle plus qu'il ne l'avait jamais fait »¹. Si l'idée du déclin de la morale traditionnelle est partagée à tel point que certains philosophes contemporains² ont pu en expliquer tant le processus que les causes, les juristes ne semblent pas être en reste d'une telle tendance. Utilisant à cette fin la notion de « norme sociale de conduite », Monsieur Samuel BENISTY tente de faire de cet instrument « un concept mobilisable, notamment pour mener une analyse critique du statut que lui a forgé la pensée privatiste »³. Si le groupe constitue le cadre idéal d'émergence de la norme sociale⁴ -ses membres présentant le plus souvent « des caractères objectifs communs particulièrement saillants »⁵, la norme sociale de conduite qui s'y déploie « à raison du partage des normes personnelles d'une part, et des interactions fréquentes et influences réciproques entre ses membres d'autre part »⁶, procède d'une « norme de conscience partagée ». Cette intériorisation des valeurs et des normes favorise le partage, la transmission et la pérennité de la norme sociale de conduite. Mieux encore, ce résultat est particulièrement mieux atteint par l'accueil de nouvelles personnes lesquelles, socialisées⁷, se verront enraciner « au plus profond de (leurs) âme(s) les valeurs et normes du groupe »⁸ en vue de les considérer

¹ D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité*, op. cit., p. 23. Cette idée trouve son prolongement dans les analyses menées par Monsieur David MARTEL. Pour l'auteur, le rapport d'obligation « définit comme un lien de droit avec autrui, apparaît particulièrement sensible à la variation du degré d'altérité », et peut constituer un « puissant perturbateur » du système juridique. Afin de parvenir à ce résultat, l'auteur part de l'hypothèse que « lorsque des personnes forment une communauté, l'altérité entre elles diminue tant et si bien que le rapport de droit ne saurait être appréhendé de la même manière qu'à l'égard d'un parfait étranger », toute communauté de personnes constituant un ordre juridique particulier. Particulièrement au sein du groupe familial, le lien extrêmement intime qui unit ses membres réduit grandement le critère d'altérité. C'est pourquoi l'auteur estime « nécessaire de relever les liens existants entre les membres d'un même groupe pour en retirer tout le contenu normatif », sans quoi le juge ignorerait la nature humaine elle-même alors que son rôle est décisif dans tous les actes de la vie. L'auteur relève pourtant que cette prise en compte de la communauté d'appartenance, bien que se présentant souvent sous la forme de règles informulées, serait déjà opérée par les juges qui « ne se limitent pas aux règles générales et abstraites des codes. En fonction du degré d'intégration à une communauté, du degré d'altérité entre ses membres, le rapport de droit sera plus ou moins transfiguré par la prise en considération d'un autre ordre juridique ». Cf. D. MARTEL, *Le rapport d'obligation dans une communauté de personnes*, Paris, Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne- André TUNC, t. 34, 2012, spec. p. 123 et s., n° 483 et s.

² M. GAUCHET, *Le désenchantement du monde : une histoire politique de la religion*, Paris, Gallimard, 1985.

³ S. BENISTY, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Paris, Institut universitaire Varenne, « coll. Des Thèses », 2014, p. 306. En droit privé particulièrement, l'auteur relève que l'absence caractérisait la norme sociale jusqu'aux années 60, le Droit n'étant mis en concurrence qu'avec la Morale et la Religion. Cependant, celui-ci relève une simple concurrence de façade, les impératifs moraux relevant davantage de la liberté individuelle. Ce n'est que depuis l'avènement des réformes du doyen CARBONNIER que le Droit à réellement été mis à l'épreuve d'une nouvelle norme qu'est la règle de mœurs, derrière laquelle se profilait la norme sociale. Pour autant, l'auteur croit en la nécessité d'un réel besoin de réhabilitation la « normativité sociale », car « la pensée juridique cantonna son emprise à la régence de situations intéressant principalement bienséance et politesse ». spec. p. 307.

⁴ Que l'auteur qualifie comme étant une « chose diffuse et fuyante, émanant d'un groupe personnifié », *thèse précit.*, p. 156.

⁵ S. BENISTY, op. cit., p. 153.

⁶ *Ibid.*, 167.

⁷ *Ibidem.*, p. 155.

⁸ *Ibidem.*, p. 156.

comme siennes. L'individu « intègre ainsi pleinement l'entité et devient apte à y développer des relations, s'adaptant avec succès à la vie sociale »¹.

400. Sentiment d'appartenance et *umma* islamique. Cette analyse, combinée au concept de *umma* islamique², favorise l'émergence d'un tel groupe au-delà des frontières. Rappelons que la *umma* fonctionne comme un corps opaque et contraignant, dans lequel l'individualité singulière de chacun se confond nécessairement avec toutes les autres individualités, car l'individu accepte tacitement de se dessaisir d'une partie de lui-même au profit de la collectivité. Il en résulte que la *umma*, instance de référence, dispose de la norme sociale et de sa validation. Aussi, « manquer aux impératifs partagés, c'est s'exposer mécaniquement à la désapprobation de tous ceux qui les ont intériorisés, et qui sont en mesure d'exprimer ce mécontentement », c'est pourquoi Monsieur BENISTY souligne que le conformisme est de mise, car les membres du groupe qui ont permis l'intériorisation de la norme disposent également de sa sanction³. La place même de l'individu au sein de son groupe de référence est tributaire de son action, car le défaut de conformisme est sanctionné d'exclusion. C'est donc un cadre relationnel parfait pour les jugements individuels. Cette attitude, dénoncée par Madame le professeur Jacqueline POUSSON-PETIT, présente un risque permanent de voir des maghrébins ou des Français d'origine maghrébine vivre totalement ou partiellement sous l'emprise de normes religieuses et culturelles relevant de la communauté musulmane⁴ plutôt que sous les normes juridiques. L'ambivalence qui résulte de l'application des normes religieuses et culturelles d'un côté, principes européens de liberté, laïcité et égalité de l'autre, est révélatrice de « l'écartèlement entre les normes juridiques françaises et les normes socio-religieuses ». C'est d'autant plus regrettable que les pays du Maghreb eux-mêmes œuvrent continuellement à la promotion du statut de la femme notamment, alors qu'il se constate en France que certains « vivent encore en marge du droit et sous l'emprise de normes traditionnelles pétrifiées et déformées (...) », car « il s'agit de pratiques sociales, rituelles propres à telle ethnie ou à tel village... »⁵.

401. L'appartenance religieuse ignorée du droit français. Si l'ordre juridique français *peut* reconnaître des effets juridiques au sentiment d'appartenance du fait de l'existence d'une double nationalité⁶, celui-ci ne reconnaît pas l'appartenance religieuse

¹ *Ibidem.*, p. 156.

² Cf. *supra*, spec. n° 57.

³ Monsieur BENISTY l'exprime parfaitement lorsqu'il explique qu'en « en se pliant aux règles sociales, chacun des membres a l'impression de respecter sa propre idée du bien, tout en évitant les rétributions hostiles attachées à la norme sociale. Réciproquement, l'hommage à cette norme provoque un jugement de valeur favorable dont les conséquences relationnelles objectives, extrapolées à l'échelle du groupe, se traduisent par un renforcement de la position statutaire ». S. BENISTY, *op. cit.*, p. 167.

⁴ J. POUSSON-PETIT (dir. de), *Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français*, Paris, l'Harmattan, 2009, p. 358 et s.

⁵ *Ibid.*, pp. 358-359.

⁶ Par l'application notamment de la loi nationale de l'étranger.

des individus¹ qui ressortit à leur vie privée. En effet, la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Églises et de l'État pose un système de reconnaissance négative des cultes, qui cessent d'être un fait public pour se cantonner dans le seul domaine du privé. L'actualité nous en offre d'ailleurs des illustrations récurrentes². Cette neutralisation de la religion explique qu'au sein du système français, celle-ci relève exclusivement du ressort de la liberté individuelle et ne saurait en aucun cas interférer avec la conception citoyenne de l'individu³. Cette idée traduit une conception de « la modernité politique (qui) consiste précisément dans cette séparation entre l'État et la société, entre la sphère publique et le domaine privé »⁴, de plus en plus intériorisée par les binationaux en France. C'est pourquoi est aujourd'hui discutée la question d'un « Islam de France » qui emprunterait de plus en plus à la tradition juridique et politique française les moyens permettant sa solubilité dans l'espace public français. L'Islam véhicule une dimension sociale et collective que la conception française de la laïcité « entend réduire (le fait religieux) à une simple expression rituelle privatisée »⁵. Cette volonté d'articuler l'appartenance religieuse avec les valeurs véhiculées par la République laïque atteste bien du souci d'adaptation des binationaux, et traduit l'expression d'une double appartenance, condition d'équilibre personnel et familial⁶.

2- Le concubinage « *halal*isé »

402. L'existence d'une pratique du concubinage par les binationaux en France.

La recherche du juste équilibre entre le sentiment d'identité du binational -notamment de son statut personnel- et les exigences de la société française peut parfois, être délicate à trouver⁷. L'effort d'adaptation à la société d'accueil suppose une permanente redéfinition

¹ Sur cette question, V. F. FREGOSI, « Droit français et norme religieuse ou les limites d'une prise en compte dans un État laïque : le cas de l'Islam », in *L'étranger et le droit de la famille, pluralité ethnique, pluralisme juridique*, P. KAHN (dir. de), Paris, Mission de recherche « Droit et Justice », La Documentation française, 2001, pp. 183-200.

² Cf. le débat récurrent de retrait des crèches installées en mairie à l'occasion des fêtes chrétiennes de Noël, ou plus récemment le retrait ordonné de la statue de Saint JEAN PAUL II dans la commune de Ploërmel (dans le Morbihan) par le tribunal administratif, jugée ostentatoire sur la place publique : TA Rennes, 30 avr. 2015, infirmé par la CAA (24 nov. 2015) Nantes à raison d'un vice de procédure.

³ D. GUTMANN, *op. cit.*, p. 403. « La nation, a-t-on écrit, se définit par son ambition de transcender par la citoyenneté des appartenances particulières, biologiques (telles du moins qu'elles sont perçues), historiques, économiques, sociales, religieuses ou culturelles, de définir le citoyen comme un individu abstrait, sans identification et sans qualification particulières, en deçà et au-delà de toutes ses déterminations concrètes », D. SCHNAPPER, *La communauté des citoyens*, p. 49, cité par D. GUTMANN.

⁴ *Ibidem.*, p. 416.

⁵ F. FREGOSI, « Droit français et norme religieuse ou les limites d'une prise en compte dans un État laïque : le cas de l'Islam », *art. précit.*, p. 185.

⁶ D. GUTMANN, *op. cit.*, p. 405.

⁷ M. SIMONET, « L'étranger entre deux droits : les facteurs d'adhésion des populations étrangères aux systèmes judiciaire et juridique français », in *L'étranger et le droit de la famille, pluralité ethnique, pluralisme juridique*, *op. cit.*, pp. 115-146.

de soi-même, que le contact entre des modèles familiaux différents peut renforcer. Cet exercice de redéfinition en rend le sentiment d'identité d'autant mobile. C'est pourquoi avec Monsieur GUTMANN, « il faut se garder de se laisser porter par la vague qui accentue trop hâtivement la prétendue incompatibilité entre valeurs de l'Islam et valeurs judéo-chrétiennes. L'incapacité prétendue de l'Islam à opérer, par exemple, une distinction entre le temporel et le spirituel semble ainsi démentie, tant par l'approfondissement de la doctrine musulmane, que par la vaste adhésion des musulmans vivant en France au principe de la laïcité »¹. À l'occasion d'une étude menée par une anthropologue², l'auteur a pu relever, à partir des enquêtes menées -particulièrement auprès de la population féminine- que lorsque celle-ci ne pouvait -ou ne voulait- se marier, l'intériorisation profonde des valeurs de la société islamo-maghrébine empêchait nombre de femmes de vivre ouvertement en relation concubinaire. Le besoin de légitimation de l'union auprès du groupe d'appartenance constitue une constante qui ne saurait être dépassée sans s'exposer à la sanction d'exclusion du groupe et à son jugement. C'est pourquoi la lecture de la première sourate du Coran (la *fatiha*)³ en présence de la famille et de l'entourage proche⁴ permet de « cérémonialiser » l'union, la faisant rentrer dans le licite acceptable par le groupe. Il n'en demeure pas moins que l'union conserve toutes les caractéristiques du concubinage au regard du droit français, et tombe sous le coup de la loi pénale au Maroc et en Tunisie. Ainsi que le souligne l'auteur, « la conduite de ces femmes (...) ne crée pas de schizophrénie (...) mais les oblige à un comportement de convenance, c'est-à-dire à habiller d'islam certaines de leurs conduites contraires à l'islam, mais qui ne peuvent s'exprimer qu'au vu et au su de tous ».

403. Malgré une forte volonté des États maghrébins à préserver l'identité nationale de leurs ressortissants. En droit international privé, la règle de conflit de lois applicable au statut personnel des binationaux⁵ a une incidence directe sur leur sentiment d'identité. En France, l'alinéa 3 de l'article 3 du Code civil pose une règle de droit

¹ D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité*, op. cit., p. 372.

² S. RADI, « Mariage religieux et concubinage chez les musulmans de Marseille », *Anthropologie de l'immigration*, G. BOËTSCH, J.-N. FERRIE (dir. de), Marseille, Institut de recherches et d'études sur le monde arabe et musulman, coll. « Les Cahiers de l'IREMAM », 1992, pp. 43-47.

³ Laquelle au demeurant sert davantage, ainsi que l'exprime Madame RADI, à « connecter le mode de vie française aux obligations de la société arabo-musulmane, et permet aux femmes de mon enquête de vivre selon le mode de vie qui leur plaît sans perdre leur appartenance identitaire. Il exprime circonstanciellement leur statut de musulmane (...) et ne fonctionne pas dans le sens de la pérennisation de l'identité religieuse puisqu'il limite, de fait, le religieux à un comportement de convenance géré du point de vue de l'intérêt personnel de chacune des femmes », en inscrivant, « en douceur » l'islam dans un processus de laïcisation. Il est une utilisation de la tradition pour sortir de la tradition ».

⁴ Cf. P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, Paris, LGDJ, 5^{ème} éd., 2016, n° 236, p. 160. Les auteurs soulignent que de telles unions sont célébrées en violation du droit français et ne constituent pas des mariages. Néanmoins, si une promesse de mariage y est jointe, la rupture entraîne la condamnation à des dommages-intérêts.

⁵ V. en ce sens : M. CHARFI, *L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans*, *Rec. Cours La Haye*, 1987, t. 203, p. 329 et s. ; J. DEPREZ, *Droit international privé et conflits de civilisation*, *Rec. Cours La Haye*, 1988, IV, 19.

bilatérale qui permet de régler l'état et la capacité des personnes en matière de statut personnel par la loi nationale de l'étranger. La vocation « reconnitive » de la règle de conflit de lois¹ permet de préserver la spécificité de l'étranger sur le sol français. La vocation « intégrative » de cette même règle traduit en revanche l'impératif d'intégration à la société française. Difficiles à mettre en pratique, ces « vocations contradictoires »² sont amplifiées par la volonté des États d'origine³ « de conserver aux personnes les principes fondamentaux de leur identité nationale » compte tenu de « l'importance des relations personnelles et familiales existant entre les ressortissants des deux États »⁴. Ainsi que le souligne Monsieur le professeur Paul DECROUX au sujet de la convention franco-marocaine, outre qu'elle ne concerne que les familles disloquées, « le texte ne donne évidemment pas une définition de ce terme (famille), le contexte indique qu'il s'agit de la famille fondée sur le mariage. Il ne s'agit pas de l'institution évolutive, laissée plus ou moins à la fantaisie des partenaires, admise de nos jours dans le monde occidental, où le terme concubins a presque disparu, remplacé par la formule “personnes vivant maritalement”, c'est-à-dire comme des époux »⁵. L'affirmation qu'il faille conserver aux personnes les principes fondamentaux de leur identité nationale est critiquable d'un double point de vue. Sur le plan de la politique d'intégration par le pays d'accueil, il se crée « au sein d'un État des entités nationales, repliées sur elles-mêmes, des îlots étrangers de même nationalité soumis à leur loi d'origine »⁶. La fonction intégrative de la loi cède alors au profit de sa fonction reconnitive, davantage réceptive à la personnalité des statuts et aux éléments de rattachement qui en découlent tels que la nationalité et, à plus forte raison, la religion. L'appartenance de l'individu devient donc source d'effets juridiques que le droit lui reconnaît, et empêche l'exigence d'assimilation au sein de son nouvel État d'accueil. Le procédé est ensuite contestable lorsque la personne n'a que très peu d'attaches avec son pays natal, particulièrement lorsqu'il s'agit des enfants de la deuxième, voire de la troisième génération qui peuvent n'avoir que des liens distendus avec le pays de leurs auteurs ou, lorsqu'un étranger réside depuis longtemps dans un pays dont la culture est très différente de celle de ses origines et qu'il ne souhaite plus être soumis à des règles qui ne

¹ D. GUTMANN, *op. cit.*, p. 373 et s.

² C'est pourquoi l'alternative de l'option de législation pourrait être envisagée, car elle reposerait sur une acculturation volontaire de l'individu, dont les ressorts sont à chercher du côté de l'autonomie de la volonté. V. *infra*, n° 411.

³ Dans le cas du Maroc, la volonté de feu sa Majesté le roi HASSAN II a été on ne peut plus claire d'exercer un contrôle politique et religieux étroit sur l'émigration marocaine en Europe, outre ses déclarations à la télévision française contre toute intégration des marocains en France.

⁴ P. DECROUX, « La Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire », *JDI*, 1985, p. 51.

⁵ P. DECROUX, *art. précit.*, p. 50.

⁶ *Ibid.*, p. 51.

reflètent pas son vécu¹. Ainsi que le souligne Madame Georgette SALAME, « le droit à la différence se transforme alors en obligation à la différence »².

Force est de constater aujourd'hui que l'évolution du droit international privé de la famille favorise de plus en plus la fonction intégrative de la loi et le principe de territorialité, qui fait la place large au critère de rattachement au dernier domicile. L'entrée en vigueur du mariage au profit des personnes de même sexe accentue cette dimension intégrative, et constitue un exemple topique de rattachement *forcé* de l'étranger à une règle de conflit de lois qui ne reflète en rien sa culture d'appartenance, et contrevient à plus forte raison à l'harmonie entre les systèmes juridiques.

§2) L'exportation de l'union homosexuelle au-delà des frontières françaises

404. Une exportation indirecte. La récente affaire du mariage franco-marocain³ est significative de l'exportation indirecte du nouveau modèle familial français (A). Son admission soulève néanmoins certaines problématiques de fond qu'il convient de souligner (B).

A) L'admission controversée du mariage homosexuel franco-marocain

405. Applicabilité de la loi personnelle marocaine. Si l'entrée en vigueur du mariage entre personnes de même sexe a constitué l'aboutissement d'une longue bataille sociétale et juridique, celle-ci n'a connu son épilogue qu'avec la décision, impatiemment attendue de la Cour de cassation, relative au mariage entre un français et une personne de même sexe étrangère dont la loi personnelle interdit un tel mariage. L'occasion est donc donnée, pour la première fois depuis l'ouverture du « mariage pour tous » à la Cour de cassation⁴, de se prononcer sur la conformité à l'ordre public international d'une loi étrangère¹ prohibant le mariage entre personnes de même sexe.

¹ Monsieur GUTMANN préconise alors d'écarter la vocation exclusive de la règle de conflit, au profit d'une règle de conflit de loi à vocation « pluraliste », dépassant ainsi « l'antagonisme entre vocation intégrative et vocation reconnaîtive » qui se révèle être une situation impossible pour le migrant, tantôt amené à renoncer à sa loi nationale tout en restant attaché à sa culture d'origine, tantôt régi par un droit national qui ne correspond plus à la réalité de sa vie. L'option de législation permettrait de reconnaître à l'individu une part non négligeable d'autonomie de sa volonté dans le choix du droit qu'il souhaiterait se voir appliqué. Cf. D. GUTMANN, *op. cit.*, p. 392-393.

² G. SALAME, *Le devenir de la famille en droit international privé de la famille, une perspective post-moderne*, Marseille, PUAM, 2006, p. 384, spec. n° 618.

³ Sur cette affaire, V. I. BARRIERE-BROUSSE, « Le mariage franco-marocain ou le choc des civilisations », in *Le Mariage&La Loi. Protéger l'Enfant*, Institut Famille&République, 2016, pp. 53-71.

⁴ A. MEZGHANI, « Le juge français et les institutions du droit musulman », *JDI*, 2003, pp. 721-765. V. aussi : M.-C. FOLETS, « Le statut personnel musulman devant les tribunaux en Europe. Une reconnaissance

Lorsqu'il présente un caractère d'extranéité, les conditions de fond du mariage sont régies par la loi nationale respective de chaque futur époux. Parce qu'était en cause un ressortissant de nationalité marocaine, la convention franco-marocaine du 10 août 1981 avait vocation à s'appliquer. Son article 5 affirme que « les conditions de fond du mariage telles que l'âge matrimonial et le consentement, de même que les empêchements, notamment ceux résultant des liens de parenté ou d'alliance, sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux États dont il a la nationalité ». Il en résulte que la loi marocaine ne reconnaissant pas le mariage entre personnes de même sexe devait s'appliquer. Cependant, l'article 202-1 du Code civil, issu de la rédaction de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe dispose que « deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ». Or, le futur époux marocain vivait en France. S'élevait alors un conflit relatif à la loi applicable au litige. Serait-ce la disposition du Code civil qui permet à une personne de nationalité étrangère, du seul fait de son rattachement résidentiel, de s'unir à une personne du même sexe qu'elle ou est-ce la supériorité de la convention bilatérale, en vertu de l'article 55 de la Constitution, qui devait primer ? La réponse à cette question appelle une considération des intentions qui ont présidé tant à la mise en place de la convention franco-marocaine que de la rédaction de l'article 202-1 Code civil.

406. Des intérêts contradictoires à trancher. La volonté exprimée par le législateur à travers les dispositions de l'article 202-1 du Code civil est de faire bénéficier le plus grand nombre d'individus des bienfaits du mariage homosexuel. En tant que liberté, le mariage ne saurait être entravé par la puissance publique. Interdire la célébration d'un mariage avec un étranger porte atteinte tant à la liberté au mariage du ressortissant étranger qu'à la liberté matrimoniale du national. Intolérable, une telle atteinte ne saurait être et, si la Cour européenne s'en saisissait, elle condamnerait l'État français à coup sûr. Néanmoins, la France en 1981, a signé en accord avec le Maroc une convention afin « de conserver aux personnes les principes fondamentaux de leur identité nationale » compte tenu de « l'importance des relations personnelles et familiales existant entre les ressortissants des deux États ». La convention bilatérale constitue donc un outil permettant de déroger au droit commun applicable en France, en permettant à une loi étrangère de

conditionnelle », in *L'identité de la personne humaine (Étude de droit français et de droit comparé)*, J. POUSSON-PETIT (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 935-972.

¹ H. FULCHIRON, « Le mariage pour tous est d'ordre public en matière internationale », *D.*, 2015, p. 464. V. aussi même auteur, « Le "mariage pour tous" en droit international privé : le législateur à la peine... », *JCP, G*, 2012, p. 1317 ; même auteur : « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du "mariage pour tous" », *JDI*, 2013, doct. 9 ; A. BOICHE, « Aspects de droit international privé », dossier « mariage : la réforme ! », *AJ fam.*, 2013, p. 362 ; P. HAMME, « "Mariage pour tous" et droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 773 ; S. GODECHOT-PATRIS, J. GUILLAUME, « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe : perspective de droit international privé », *D.*, 2013, p. 1756 ; A. PANET, « Le mariage homosexuel international en France : célébration et reconnaissance », *Rev. dr. fam.*, 2013, dossier 29 ; D. BUREAU, « Le mariage pour tous à l'aune de la diversité. Les relations privées internationales », in *Mélanges B. AUDIT*, Paris, LGDJ, 2014, pp. 155-184.

trouver application en dehors des frontières de son État. Une fois mises en balance les intentions des uns et des autres, quel était l'intérêt légitime à sauvegarder en l'espèce ? La préservation de la liberté au mariage, et à plus forte raison la diffusion du mariage homosexuel au-delà des frontières françaises constitue-t-elle un objectif légitime permettant de passer outre l'exigence de préservation aux nationaux d'un État « les principes fondamentaux de leur identité nationale » ?

407. L'admission du mariage homosexuel au profit d'un couple franco-marocain. La décision rendue par la Cour d'appel de Chambéry, largement commentée¹, confirme le jugement rendu par le Tribunal de grande instance². Les premiers juges ont notamment considéré qu'« *en modifiant simultanément le droit matériel applicable au mariage (C. civ., art. 143 nouveau) et la règle de conflit de lois applicable au mariage comportant un élément d'extranéité (C. civ., art. 202-1, al. 2), la loi du 17 mai 2013 a implicitement mais nécessairement modifié l'ordre public international français (...)* ». Arguant de la supériorité des conventions bilatérales sur la loi, le pourvoi formé par l'avocat général est rejeté par la Cour de cassation³. Procédant par substitution de motifs, la Haute juridiction considère « *que si, selon l'article 5 de la convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, les conditions de fond du mariage telles que les empêchements sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux États dont il a la nationalité, son article 4 précise que la loi de l'un des deux États désignés par la convention peut être écartée par les juridictions de l'autre État si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public ; tel est le cas de la loi marocaine compétente qui s'oppose au mariage de personnes de même sexe dès lors que, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet* ». L'arrêt affirme donc que la loi marocaine est incompatible avec l'ordre public international français car elle interdit à une personne qui devrait pouvoir se marier, de le faire, selon la règle française de conflit. S'il est juste que l'article 4 de la convention franco-marocaine prévoit expressément l'intervention de l'ordre public en cas d'incompatibilité manifeste de la loi ainsi désignée avec l'ordre public du for⁴, la Cour de cassation adopte une interprétation fort stricte de cette disposition. Pour Monsieur le professeur Pascal PUIG, le

¹ CA Chambéry, 22 oct. 2013, n° 13/02258, *D.*, 2013, 2464; même revue, 2576, entretien H. FULCHIRON; *ibid.*, 2014, 1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE; même revue, 1342, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU; *AJ fam.*, 2013, obs. A. BOICHE, p. 720; *RTD civ.*, 2014, 89, obs. J. HAUSER; *JCP, G*, 2013, 1159, obs. A. DEVERS; même revue, 1233, obs. F. BOULANGER; *Rev. dr. fam.*, 2013, comm. 158, obs. J.-R. BINET.

² TGI Chambéry, ch. civ., 11 oct. 2013, n° 13/01631.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 28 janv. 2015, n° 13-50.059, *Dalloz Actu.*, 2015, obs. R. MESA; *D.*, 2015, 464, obs. I. GALLMEISTER; *AJ fam.*, 2015, point de vue B. HAFTEL, p. 71; *Gaz. pal.*, 5 févr. 2015, n° 36, avis J.-D. SARCELET, p. 11. Depuis, la position de la Cour de cassation a été reprise au sujet de l'accord franco-serbe qui s'oppose au mariage entre personnes de même sexe : CA Reims, ch. civ., 2^{ème} sect., 29 janv. 2016, n° 15/00088, *JCP, G*, 2016, n° 9-10, J.-M. DESPAQUIS, 268.

⁴ Ca a notamment été le cas à l'occasion d'une décision par laquelle la cour d'appel de Paris a pu passer outre l'interdiction faite à une musulmane d'épouser un non-musulman. En ce sens : CA Paris, 9 juin 1995, n° 94.3204; *JCP, G, I*, 1996, 3946, n° 1, M. FARGE; *D.*, 1996, somm. p. 171, B. AUDIT.

« tour de passe-passe » qui consiste à se prévaloir de l'article 4 de la convention afin de neutraliser l'article 5 sans heurter la hiérarchie des normes « dissimule derrière un simple rideau de fumée la *ratio decidendi* et la portée réelle de l'arrêt »¹, lequel mériterait d'être rendu à l'aune du préambule de la convention bilatérale. Il instrumentalise l'article 4 de la convention, en accommodant les nouveaux choix du législateur français. Il est également vrai que les conventions que la France conclut en matière de statut personnel s'appliquent sous réserve de l'ordre public, et la jurisprudence française en matière de répudiation en témoigne. Or, la décision de la Cour de cassation étonne d'un triple point de vue. L'intervention de la Chancellerie² peu de temps après l'entrée en vigueur du « mariage pour tous » avait permis de croire que la règle issue de l'article 202 -1 du Code civil ne jouait pas lorsque l'un des futurs conjoints a la nationalité d'un pays qui n'admet pas le mariage homosexuel et, à plus forte raison, lorsque cet État a conclu avec la France une convention en matière de statut personnel. L'affirmation de la Cour de cassation en vertu de laquelle le mariage entre personnes de même sexe constitue désormais une composante de l'ordre public international français étonne encore plus. Si l'ouverture du mariage entre personnes de même sexe doit influencer sur la mise en oeuvre de l'exception d'ordre public international, la logique -conformément aux déclarations de la Chancellerie- aurait commandé de se conformer à l'esprit de la convention bilatérale. Or, il semblerait que l'attachement à cette réforme sociétale soit tellement fort que la Cour de cassation elle-même semble faire fi d'une longue saga jurisprudentielle dans laquelle elle n'a cessé de rappeler avec fermeté sa conception du mariage, afin de tirer toutes les conséquences que le législateur français a attachées à la liberté du mariage en tant que droit fondamental. Enfin, la publication d'un communiqué accompagnant la décision n'a manqué de laisser perplexe la communauté des juristes. À l'issue de celui-ci, « *la Cour de cassation rappelle que le mariage entre personnes de même sexe n'est reconnu que par une minorité d'États. Dès lors, elle considère que la loi du pays étranger ne peut être écartée que si l'une des conditions suivantes est remplie : il existe un rattachement du futur époux étranger à la France (dans cette affaire, le ressortissant marocain était domicilié en France) ; l'État avec lequel a été conclue la convention, n'autorise pas le mariage entre personnes de même sexe, mais ne le rejette pas de façon universelle. La solution de la Cour respecte ainsi l'égalité entre les personnes de nationalité marocaine et les autres ressortissants auxquels le code civil permet de se marier en France, avec un époux de même sexe* ». Censé éclairer, le communiqué³ jette davantage le trouble sur ce que la communauté scientifique a pu considérer comme « un communiqué relatif à une autre décision ».

¹ P. PUIG, « La loi d'ordre public international », *RTD civ.*, 2015, p. 91.

² Circulaire de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, n° JUSC1312445C, du 29 mai 2013, BOMJ n° 2013-05, 31 mai 2013, p. 4. V. sur cette circulaire : C. BIDAUD-GARON, « Mariage pour tous : la circulaire ! », *JCP, G*, 2013, aperçu rapide, 729; H. FULCHIRON, « Le mariage pour tous ou presque », *D.*, 2013, p. 1969 ; *JCP, G*, 2013, act. 729.

³ P. DEUMIER, « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *RTD civ.*, 2006, 510.

Abstraite et générale, la formulation de la Cour de cassation est on ne peut plus claire. Pourtant, le communiqué semble ajouter une condition en exigeant un lien de proximité avec la France. De la même manière, écarter la loi personnelle du futur époux lorsque « l'État avec lequel a été conclue la convention, n'autorise pas le mariage entre personnes de même sexe, mais ne le rejette pas de façon universelle » appelle une précision sur ce qu'il convient d'entendre par « un rejet universel » du mariage homosexuel. La position de la France, avant l'admission du « mariage pour tous », pourrait-elle être considérée comme constitutive d'un rejet universel ?

B) Les conséquences en droit international privé

408. L'ordre public¹, instrument de défense d'une politique législative. À l'origine, l'ordre public « s'identifie à la paix sociale, au bien commun »², et traduit « la supériorité de l'intérêt général sur les intérêts particuliers »³. Il s'agit d'un instrument permettant la défense d'un noyau dur de valeurs fondamentales⁴, textuel soit-il ou virtuel⁵. Ceci dit, aussi louable puisse être sa fonction, la mise en oeuvre de l'exception d'ordre public⁶ est perturbatrice du jeu normal de la règle de conflit. Notion à contenu variable⁷, son usage devrait être strictement limité à la préservation des droits fondamentaux de la personne⁸, car la notion porte en son germe un risque de totalitarisme¹. Lorsqu'elle repose

¹ V. sur cette notion le rapport annuel de la Cour de cassation, *L'ordre public*, 2013, La Documentation française. V. aussi : M.-C. VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public, Étude de droit comparé interne*, Paris, PUF, 2001.

² P. CATALA, « À propos de l'ordre public », in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre DRAI, Paris, Dalloz, 2000, p. 511, spec. n° 1.

³ P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Paris, Defrénois, 7^{ème} éd., 2015, p. 325, spec. n° 646 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, p. 418-419, spec. n° 372-373.

⁴ H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 6^{ème} éd., 1974, t. 1, p. 448 ; V. aussi P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, coll. « Domat droit privé », 11^{ème} éd., 2014, p. 152, spec. n° 205-206.

⁵ Monsieur le professeur CATALA distingue l'ordre public textuel émanant du législateur par opposition à l'ordre public virtuel qui procède du juge. P. CATALA, « À propos de l'ordre public », *art. précit.*, p. 518-519, spec. n° 12.

⁶ Sur cette question, V. J. FOYER, « Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 285, spéc. pp. 292-294.

⁷ J. GHESTIN, « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », in *Les notions à contenu variable*, C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 77-97.

⁸ C'est pourquoi l'idée d'une hiérarchie des droits de l'homme, bien que critiquée, peut paraître une alternative au mouvement d'uniformisation qui se dessine. Cette hiérarchisation, qui serait propre au droit international privé, tiendrait sa raison d'être de la nécessité d'un traitement différencié des droits fondamentaux, afin de satisfaire à l'exigence de coordination et de communication des systèmes entre eux. Le contenu très hétérogène de la catégorie des droits fondamentaux gagnerait en lisibilité et cohérence si, comme l'a soutenu Madame Hélène GAUDEMET-TALLON, on distinguait les droits de l'homme à « valeur universelle » et à « l'impérativité renforcée », et les droits « moins absolus » car dérivés des droits fondamentaux originaires, dont la protection pourrait être atténuée.

sur des critères de proximité² avec l'ordre juridique français, l'exception d'ordre public répond parfaitement à l'exigence de sauvegarde des valeurs nationales. Témoigne de cette ligne de conduite l'arrêt LATOUZ³ -notamment en matière de filiation- à l'occasion duquel la Cour de cassation a apprécié la proximité⁴ avec l'ordre juridique français afin d'appliquer ou à l'inverse, écarter la règle de conflit normalement applicable. La même cohérence a permis de repousser les répudiations de droit islamique⁵, jugées contraire à l'ordre public international lorsque l'un des époux est de nationalité française ou a sa résidence habituelle en France⁶. Le raisonnement en termes d'ordre public de proximité s'analyse donc en un mécanisme interne de protection des droits subjectifs des individus⁷.

409. Ordre public et cohérence des relations privées internationales. Le souci de cohésion de l'ordre juridique semble avoir davantage guidé la Haute juridiction dans sa décision que le souci de cohérence. Pourtant, bien que le souci de cohésion de l'ordre juridique mérite l'attention, « le juge ne doit pas disposer d'un pouvoir arbitraire, sous peine de nuire à l'esprit même du droit international privé »⁸. L'ordre public dans l'affaire rapportée, loin de protéger un droit fondamental expression d'une valeur nationale, permet au juge de protéger une politique législative en plaçant « les règles du droit international privé dans la dépendance des règles du droit matériel. C'est donc l'interprétation de ces dernières qui dicte le rattachement »⁹. Or, le mariage au profit des personnes de même sexe

¹ B. FAUVARQUE-COSSON, « L'ordre public », in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir (1804-2004)*, Paris, Dalloz, 2004, p. 474.

² La proximité étant, en l'espèce, le rattachement au domicile.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 10 févr. 1993, n° 89-21.997, *D.*, 1994, 66, note J. MASSIP; même revue, 32, obs. E. KERCKHOVE; *Rev. crit. DIP*, 1993, 620, note J. FOYER; *JDI*, 1994, 124, note I. BARRIERE-BROUSSE. Plus récemment, la décision est toujours de mise : Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 2006, n° 05-10.299 ; *Bull. civ.*, I, 2006, n° 226; *JCP*, G, II, 2006, 10165, note T. AZZI.

⁴ En ce sens, V. J. GUILLAUME, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? », in *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick COURBE*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 295-310.

⁵ R. EL HUSSEINI-BEGDACHE, *Le droit international privé français et la répudiation de droit islamique*, Paris, LGDJ, 2002.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 17 févr. 2004, n° 02-11.618; *Bull. civ.*, 2004, I, n° 48; *JCP*, G, 2004, II, 10128, note H. FULCHIRON.

⁷ En revanche, lorsque l'ordre public de proximité conduit à disqualifier une valeur fondamentale du for, sous couvert de tolérance et de bienveillance, Monsieur ZAHER n'hésite pas à dénoncer le relativisme culturel qui en découle et qui conduit à transiger avec les valeurs fondamentales du for. Pour l'auteur, un tel accommodement cache davantage de « l'indifférence », voire du « mépris », car il « conduit à abandonner à un sort que le for lui-même juge profondément inique ou dégradant tous ceux qui ne peuvent faire valoir aucun titre (la nationalité, le domicile...) qui justifierait de les traiter comme des êtres civilisés ». Cf. K. ZAHER, *Conflit de civilisations et droit international privé*, Paris, l'Harmattan, 2009, p. 7. De l'aveu même de l'auteur, si le procédé traduit de bonnes intentions car il « refuse d'imposer le respect d'un principe lorsque l'ordre juridique français n'est pas concerné (...) il n'en reste cependant pas moins que l'on discrédite la valeur en cause qui ne saurait s'accommoder de telles variations ». Pour Monsieur ZAHER, « un principe est fondamental aux yeux du for ou ne l'est pas ». Cf. p. 272, spec. n° 390 et 391.

⁸ J. GUILLAUME, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? », *art. précit.*, p. 298.

⁹ M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations, Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 99-100, spec. n° 104.

« accède au rang de valeur intangible de la société française au moment même où il voit le jour »¹. Ainsi que le souligne Monsieur le professeur LIBCHABER, « encore faut-il que la conception d'une union strictement hétérosexuelle nous soit devenue aussi détestable que le mariage polygamique, par exemple »². C'est pourquoi une partie de la doctrine explique ce recours à l'ordre public international « précisément parce que le législateur a voulu imposer une solution qui n'est pas acceptée sans résistance (et) que le juge doit oeuvrer pour que son respect soit général »³. Or, ce « travestissement inopiné »⁴ cache mal son artifice lorsque l'on songe au refus de la Cour de cassation de reconnaître des effets à l'égard des adoptions entre personnes de même sexe conclus à l'étranger avant l'entrée en vigueur du « mariage pour tous »⁵ au nom de l'ordre public international français et les principes essentiels du droit français. C'est pourquoi « (...) une certaine maturation des principes est généralement nécessaire avant qu'ils puissent se réclamer des fondements politiques et sociaux de la civilisation française ». La présupposée maturation du mariage entre personnes de même sexe, outre son caractère quelque peu artificiel, peine à convaincre du point de vue juridique⁶, et laisse perplexe du point de vue du droit international conventionnel.

410. L'avenir de la convention franco-marocaine. Il convient de rappeler qu'au sujet du mariage entre personnes de même sexe, ni le Conseil constitutionnel⁷, ni la Cour européenne des droits de l'homme⁸ ne se sont prononcés dans le sens de l'existence d'un droit fondamental -faute de consensus au niveau européen sur cette question. C'est

¹ L. GANNAGE, « L'ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane », *JCP, G*, 2015, mars, n° 12, p. 318.

² R. LIBCHABER, « Le complexe de la Castafiore », *D.*, 2015, p. 481. Non sans une pointe d'agacement, l'auteur s'exprime ainsi : « n'y a-t-il pas une certaine déraison à vouloir imposer si violemment l'exemplarité de notre droit ? Comment la solution que nous pratiquons jusqu'au 17 mai 2013 nous serait-elle devenue odieuse, alors qu'elle continue d'avoir les faveurs d'une partie de la population ? Et puis, en sommes-nous si fiers que nous puissions l'appliquer de vive force contre les conceptions des autres, comme si nous étions chargés d'une mission sacrée de civilisation ? Et, en l'occurrence, fallait-il vraiment imposer notre loi à un pays avec lequel nous avons signé une convention bilatérale, qui exprime un respect mutuel que nous bafouons aussitôt ? », tandis que pour Monsieur le professeur Pascal PUIG, il s'agit d'une forme d'impérialisme qui remet la parole de la France en cause sur la scène internationale. P. PUIG, « La loi d'ordre public international », *RTD civ.*, 2015, p. 91.

³ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, spec. n° 205.

⁴ Pour reprendre l'expression de Madame le professeur Léna GANNAGE in « L'ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane », *art. précit.*

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, n° 11-30.261; *Bull. civ.*, I, 2012, n° 125; *JCP, G*, 2012, act. 728, obs. A. DEVERS; *JCP, G*, 2012, 857, F. CHENEDE; *Rev. crit. DIP*, 2013, note L. GANNAGE, p. 587 et s..

⁶ Madame GUILLAUME explique que « la prise en compte de la nature des intérêts soulève immanquablement la question du conflit d'intérêts privés » et leur hiérarchisation (outre les difficultés liées à leur identification), ce qui l'amène à se demander si « la source de l'ordre public ne constituerait pas le nouveau critère de choix entre les mécanismes d'ordre public ». J. GUILLAUME, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? », *art. précit.*, p. 305, spec. n° 23.

⁷ Cons. const., QPC, 28 janv. 2011, n° 2010-92.

⁸ CEDH, 24 juin 2010, req. n° 30141/04, *Schalk, Kopf c/ Autriche*. La Cour a récemment réitéré l'absence d'obligation pour les États d'ouvrir le mariage entre personnes de même sexe : CEDH, gde ch., 16 juill. 2014, n° 37359/09, *Hämäläinen c/ Finlande*, *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 1, comm. 1, J.-R. BINET.

pourquoi la neutralisation de la convention bilatérale, si elle était fondée au sujet des répudiations islamiques, l'est beaucoup moins aujourd'hui. Le contexte dans lequel intervient l'affaire du mariage homosexuel franco-marocain pourrait être de nature à éclairer le propos. Les relations diplomatiques des deux pays connaissent « certaines difficultés dues à la conjonction de plusieurs incidents isolés »¹. Néanmoins, trois jours après l'arrêt rapporté et un an après la suspension par le Maroc de leur coopération judiciaire, les deux pays annoncent son rétablissement². La question se pose donc quant à la raison d'être de cet instrument³, régulièrement neutralisé⁴, et que le Maroc lui-même semblerait abandonner. Si toute révision de cette convention est tributaire d'une volonté politique, celle-ci était bel et bien présente à l'issue des premières vagues d'immigration sous le règne de feu sa majesté le roi HASSAN II. Or, il n'est pas certain aujourd'hui qu'elle ait la même force⁵. Est-ce à dire qu'à défaut d'une volonté politique du Royaume du Maroc, ce dernier renoncerait à son objectif de conservation à ses nationaux des principes fondamentaux de leur identité nationale ? Ou convient-il alors de se demander si l'intériorisation des valeurs arabo-musulmanes propres à la société marocaine aurait opéré par la transmission au sein des familles du sentiment d'appartenance à une double culture, au point qu'elle ne nécessiterait aujourd'hui plus d'être assurée par le biais d'un instrument juridique ? Si tel était le cas, ne serait-il pas temps d'envisager un modèle volontaire d'intégration qui reposerait sur l'autonomie de la volonté⁶ ? Tant la multiplication des relations familiales mixtes -dans un contexte de mondialisation et de mobilité⁷- que l'évolution actuelle du droit international privé tendent à un rattachement fréquent à la loi du dernier domicile⁸, ce qui corrobore l'idée d'une éviction -n'est ce pas déjà le cas ?¹- totale de ladite convention.

¹ Rép. min. n° 07310, *J.O.*, Sénat, 17 juill. 2014, p. 1719; Rép. min. n° 12372, *J.O.*, Sénat, 31 juil. 2014, p. 1813.

² Cf. lemonde.fr, 31 janv. 2015, « La France et le Maroc rétablissent leur coopération judiciaire ».

³ Il a pu être relevé que « le principe de bonne foi interdit (aux États) de paralyser l'application du traité par l'élaboration -ou l'application- d'une loi qui le rendrait pratiquement inopérant. Il doit leur interdire pareillement d'user de mécanismes correcteurs quand ceux-ci sont susceptibles de priver d'effet le traité ». Cf. M.-L. NIBOYET-HOEGY, « La mise en oeuvre du droit international privé conventionnel », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger PERROT*, Dalloz, 1996, p. 313.

⁴ Cf. *supra*, en matière de déplacements illicites d'enfants, n° 170 et s.

⁵ Bien que l'article 16 de la Constitution telle que réformée en 2011 dispose que : « Le Royaume du Maroc oeuvre à la protection des droits et des intérêts légitimes des citoyennes et des citoyens marocains résidant à l'étranger, dans le respect du droit international et des lois en vigueur dans les pays d'accueil. Il s'attache au maintien et au développement de leurs liens humains, notamment culturels, avec le Royaume et à la préservation de leur identité nationale. Il veille au renforcement de leur contribution au développement de leur patrie, le Maroc, et au resserrement des liens d'amitié et de coopération avec les gouvernements et les sociétés des pays où ils résident ou dont ils sont aussi citoyens ».

⁶ Cf. G. SALAME, *Le devenir de la famille en droit international privé, une perspective post-moderne*, Marseille, PUAM, 2006, spec. pp. 380-385.

⁷ Sur l'impact de ce mouvement sur la famille, V. G. SALAME, *Le devenir de la famille en droit international privé, une perspective post-moderne, op. cit.*, p. 381, spec. n° 611.

⁸ Monsieur le professeur Bernard AUDIT évoque à cet égard de « la loi du moment », forme nouvelle et dégradée de la loi personnelle : B. AUDIT, « Les avatars de la loi personnelle en droit international privé contemporain »,

411. Option de législation ou clause d'exception dans le règlement du conflit de lois ? Dans ce contexte, il conviendrait de réfléchir à un modèle de règlement du conflit de lois qui soit le plus respectueux du sentiment d'appartenance de l'individu et prenne en compte l'exigence d'intégration du pays d'accueil. Recognitive soit-elle ou intégrative, la vocation de la règle de conflit ne semble pas donner satisfaction. Une double vocation de cette dernière pourrait se révéler plus respectueuse des intérêts en présence. À l'appui de cette thèse, Monsieur GUTMANN reconnaît qu' aucune des deux « ne nie la valeur du respect du sentiment d'appartenance, simplement, l'une considère que le sentiment d'identité sera le mieux respecté par la reconnaissance d'une origine étrangère, tandis que l'autre estime que l'immigré doit être prioritairement envisagé comme un être à définir en référence prioritaire à son présent et à son insertion future dans une société d'accueil »². L'individu déterminerait lui-même le système dont il se sentirait le plus proche, l'exception d'ordre public international ne jouant que comme limite au plein effet de sa volonté individuelle. À défaut de volonté exprimée, le paramètre temps déterminera la loi compétente au conflit. Plus le temps écoulé est important, plus l'intégration sera supposée et justifiera l'application de la loi de la résidence habituelle. Réfutant cette thèse, Madame SALAME opte pour une approche *in abstracto*³ en privilégiant le maintien, dans un premier temps, des repères identitaires de l'immigré et de sa famille lors de son arrivée sur le territoire français. Pour l'auteur, l'État d'accueil pourrait parvenir à une meilleure intégration par l'acculturation volontaire et progressive. Anticipant « sur l'évolution du sentiment d'appartenance »⁴, Madame SALAME le limite pourtant dans le temps⁵. Si elle privilégie, à l'instar de Monsieur GUTMANN, la dimension volontaire dans le processus d'intégration, ce n'est que parce que l'individu est « appelé à renoncer progressivement et

in Le monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques FOYER, Paris, Economica, 2008, p. 70. Cf. L. RASS, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, Thèse, Paris 2, 2015.

¹ V. dans le même sens, la position de Madame J. POUSSON-PETIT (dir. de), *Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français*, Paris, l'Harmattan, 2009, p. 330 et s. L'auteur évoque l'idée d'une neutralisation judiciaire de la convention par le jeu de l'ordre public international français, en défendant l'idée d'un *raidissement* du droit français face à certaines institutions.

² D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité, Étude de droit des personnes et de la famille*, *op. cit.*, p. 386, spec. n° 463.

³ *Ibid.*, p. 392, spec. n° 633.

⁴ *Ibid.*, p. 392, spec. n° 633.

⁵ Pour l'auteur, l'avantage d'un tel cantonnement de la loi personnelle d'origine lui permet de gagner en « honorabilité », la préservant le plus souvent d'une marginalisation fréquente et parfois délibérée par les juges. Elle permettrait alors davantage d'œuvrer à l'acculturation, en transformant et diversifiant le paysage familial interne « sans pour autant juxtaposer définitivement des modèles parfois antagonistes ». Cf. G. SALAME, *Le devenir de la famille en droit international privé, une perspective post-moderne*, *op. cit.*, p. 393, spec. n° 637. Madame Marie-Claude NAJM explique dans la même ligne de pensée que le mécanisme de l'adaptation de la règle de conflit par le juge constitue un correctif de choix si l'on souhaite préserver le principe de cohérence de la situation juridique. Une telle adaptation conduirait nécessairement à privilégier la loi du *for* qu'elle qualifie d'« absorbante », au détriment de la *lex fori*, souvent exclue. C'est pourquoi la solution de compromis de Madame SALAME laisse la possibilité -même temporairement- à la *lex fori* de s'appliquer en permettant une intégration douce de l'étranger. Cf. M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2005, p. 347, spec. 355 et s.

par lui-même à son identité d'origine pour, petit à petit, trouver sa place dans le milieu d'accueil »¹. De l'aveu de l'auteur, l'acculturation attendue nécessite néanmoins une certaine « tolérance envers la culture d'origine », avant d'encourager petit à petit l'individu à adhérer aux valeurs nationales. Cette démarche permet donc à l'individu d'inscrire son identité dans une continuité -l'identité d'origine- appelée à évoluer au gré des incitations intégratives². Ici encore, le temps permettra d' « adoucir le passage d'une loi vers une autre lorsqu'un basculement s'impose »³. Pour autant, le règlement du conflit de lois ne saurait être abandonné au libre choix -au risque de compromettre l'intérêt général-, mais doit être apprécié à l'aune de la situation objective de l'individu⁴. De façon très éclairante, l'auteur distingue l'individu de nationalité étrangère, résidant de manière continue et permanente sur le territoire français, à qui l'application de la loi à vocation intégrative serait bienvenue. À l'inverse, l'étranger non résidant ne pourrait en bénéficier au risque de procéder à une « emprise illégitime », sans intérêt pour son bénéficiaire sauf à favoriser les situations de fraude, en lui permettant de se soustraire à un statut personnel prohibitif⁵ en contrevenant à l'exigence de coordination et d'intégrité des systèmes.

Si la double vocation de la règle de conflit de lois semble plébiscitée par les deux auteurs, Monsieur GUTMANN est davantage attaché à un processus d'intégration multiculturel dont la volonté individuelle déciderait, tandis que Madame SALAME propose une combinaison obligatoire des deux vocations dans le temps. Cette combinaison ne pourrait cependant se réaliser que « dans une formule dont la malléabilité et la souplesse exprimeraient la dynamique qui caractérise le processus d'acculturation dont il s'agit de rendre compte »⁶, et qui suppose une attention particulière à la psycho-sociologie de l'immigré⁷. La mise en place suggérée d'une règle de conflit de lois dont le critère de rattachement serait la nationalité, assortie d'une clause d'exception qui ferait place à la loi du domicile séduit -notamment par la lisibilité de son objectif d'intégration assimilationniste expressément affiché. Sa mise en œuvre demeure néanmoins tributaire des interventions de l'ordre public international lequel, intempestivement utilisé, constitue l'obstacle principal à la réalisation du processus d'intégration tel que proposé. D'un point de vue juridique, le réalisme commande de se rallier à la politique assimilationniste telle que suggérée par Madame

¹ G. SALAME, *Le devenir de la famille en droit international privé, une perspective post-moderne, op. cit.*, p. 380, spec. n° 609.

² Il va sans dire que, « sauf à frôler la schizophrénie, il n'est pas possible de troquer sans cesse son identité pour une identité nouvelle, au fur et à mesure d'établissements devenus de plus en plus précaires. Inversement, aucun État ne peut se construire autour de la compartimentation de cultures par trop diverses. La réalité de l'intégration est plus complexe et plus mouvante ». Cf. G. SALAME, *Le devenir de la famille en droit international privé, une perspective post-moderne, op. cit.*, p. 381, spec. n° 611.

³ G. SALAME, *Le devenir de la famille en droit international privé, une perspective post-moderne, op. cit.*, p. 389, spec. n° 625.

⁴ *Ibid.*, p. 386, spec. n° 622.

⁵ *Ibidem.*, spec. n° 623.

⁶ *Ibidem.*, p. 392, spec. n° 634.

⁷ *Ibidem.*, p. 392, spec. n° 634.

SALAME, la première ayant montré ses limites. Pour l'heure en tous cas, il semblerait bien que l'ordre public international malmène la première phase de cette politique, en refusant de manifester une tolérance quelconque au droit étranger incompatible avec les nouvelles valeurs françaises.

412. La résurgence du conflit de civilisations¹ ? La doctrine la plus optimiste autrefois semble être résignée à accepter la réalité du fossé irréductible qui sépare les systèmes européens de ceux de tradition islamique dans la conception même de ce qu'est le mariage et la famille. Pour Madame le professeur Léna GANNAGE, « en décidant, implicitement, que l'immense majorité des législations de la planète, relatives au mariage, sont aujourd'hui potentiellement contraires aux principes essentiels du droit français, la Cour de cassation aura eu au moins le mérite de ne pas céder à la tentation du relativisme culturel »². Surtout, cette décision constitue pour l'auteur « une source de tensions nouvelles et insurmontables »³, révélatrice d'une divergence « édifiante » entre les systèmes occidentaux et ceux de tradition musulmane. Pessimiste mais profondément empreinte de réalisme, cette affirmation profile derrière elle le risque de cloisonnement des ordres juridiques et de multiplication de situations boiteuses⁴. S'il était légitime de penser que les réformes entreprises dans les droits de la famille des pays du Maghreb pouvaient conduire à fonder une communauté de valeurs⁵ et contribuer à favoriser un certain rapprochement des systèmes au-delà des différences culturelles, cette décision creuse le fossé qui sépare le système de tradition islamique et le système européen. Outre qu'elle révèle une excessive plasticité de l'ordre public, lequel cesse d'assurer une fonction défensive du système de valeurs nationales pour adopter une attitude offensive, elle met en évidence une certaine forme de totalitarisme à l'égard des lois étrangères qui ne portent pas les mêmes valeurs, et contre laquelle un auteur avait déjà pu mettre en garde⁶. Si ce

¹ Sur la notion même de conflit, V. notamment : K. ZAHER, *Conflit de civilisations et droit international privé*, Paris, l'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2009. L'auteur réfute la thèse de Monsieur S. P. HUNTINGTON relative au *choc des civilisations*. Cf. S. P. HUNTINGTON, *Le choc des civilisations*, trad. Française, Paris, éd. O. Jacob, 2000. Pour Monsieur ZAHER, la thèse de Monsieur HUNTINGTON procède d'une logique de « massification » laquelle « néglige les principes rudimentaires de la recherche scientifique et de l'honnêteté intellectuelle » en réduisant « plus d'un milliard d'individus dans le monde à un seul mot : l'Islam. Comme si l'humain ne saurait exister que par l'élément religieux. Toute vie en dehors de ce cercle extrêmement réduit serait impossible ». Spec. n° 13, p. 21. J. DEPREZ, « Droit international privé et conflit de civilisations », *Rec. Cours Acad. La Haye*, 1988, IV, 19.

² L. GANNAGE, « L'ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane », *JCP, G*, 2015, mars, n° 12, p. 318 ; V. aussi, même auteur : « Le relativisme des droits de l'homme dans l'espace méditerranéen », *RIDC*, 2006, n° 1, pp. 101-116.

³ L. GANNAGE, « L'ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane », *art. précit.*

⁴ Sur les mariages boiteux, cf. I. FADLALLAH, *La famille légitime en droit international privé (Le domaine de la loi applicable aux effets du mariage)*, Paris, Dalloz, 1977, pp. 27-47.

⁵ V. sur cette idée l'étude de Monsieur K. ZAHER, « Plaidoyer pour la reconnaissance des divorces marocains », *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 313 et s.

⁶ B. FAUVARQUE-COSSON, « L'ordre public », *art. précit.*, p. 474. Monsieur le professeur A. MEZGHANI parle lui de l'impérialisme culturel occidental qui apprécie les lois étrangères à l'aune des droits fondamentaux, tandis que Madame Georgette SALAME évoque une « intégration oppressive » qui conduit à retenir la loi du domicile.

déséquilibre de traitement entre la loi nationale et les lois étrangères ne semble pas nouveau, Monsieur le professeur Bernard AUDIT souligne que celui-ci est « inhérent, d'une part, à la situation particulière de chaque État au regard des migrations de population, d'autre part, à la sensibilité particulière des questions personnelles à l'ordre public. Mais ces facteurs ont été accentués au cours des dernières décennies, l'un par l'ampleur des migrations internationales, l'autre par le rôle prêté en la matière aux "droits fondamentaux" »¹.

A. MEZGHANI, « Détermination de la loi applicable et conflit des civilisations en droit international privé de la famille », in *Le débat juridique au Maghreb, de l'étatisme à l'état de droit*, Études en l'honneur de Ahmed MAHIOU, Y. BENACHOUR, J.-R. HENRY, R. MEHDI (réun. par), Paris, éd. Publisud-IREMAM, 2009, p. 26 ; V. aussi G. SALAME, *Le devenir de la famille en droit international privé, une perspective post-moderne*, op. cit., p. 384, spec. n° 618.

¹ B. AUDIT, « Les avatars de la loi personnelle en droit international privé contemporain », in *Le monde du droit*, Écrits en l'honneur de Jacques FOYER, Paris, Economica, 2008, p. 70.

Section 2. La protection du modèle familial islamique, obstacle certain à l'exportation

413. Une exportation possible. Afin d'évaluer le degré d'exportabilité du modèle de familles françaises dans les législations maghrébines, tant l'étude du contenant (§1) que du contenu (§2) constitueront des variables révélatrices du degré de compatibilité ou d'incompatibilité entre les deux systèmes étudiés.

§1) Une exportation du contenant

414. Le phénomène de codification. Sans reprendre les vertus liées au processus même de codification¹, rappelons qu'il s'agit d'un acte de souveraineté dont le but est d'imposer des normes obligatoires² (A). Si le Code civil français a été un instrument de transformation et d'innovation radicale de l'ordre juridique, la réforme du Code marocain de la famille se présente aujourd'hui dans le monde arabo-musulman tel un exemple de réforme réussie, expression d'une culture juridique propre alliant harmonieusement tradition et modernité (B).

A) Le Code civil français, modèle de codification imposé

415. L'exemple du droit des obligations. Les liens tissés par la France - de gré ou de force- avec d'autres États ont permis la circulation du droit français vers d'autres territoires. C'est notamment le cas des pays du Maghreb, où la réception parcellaire du droit français a permis de transférer une partie seulement du système de droit français³. La matière du statut personnel relevant exclusivement de la *charia* islamique au moment des protectorats marocain et tunisien, cette partie du droit demeura à l'abri de l'influence

¹ V. *supra*, n° 91-92.

² J.-P. DUNAND, « Entre tradition et innovation. Analyse historique du concept de code », in *Le Code civil français dans le droit européen*, J.-P. DUNAND, B. WINIGER (dir. de), Bruxelles, Bruyant, 2005, p. 23.

³ Ce qui est d'autant plus regrettable, notamment en droit international privé. Monsieur le professeur Ali MEZGHANI explique que pendant la période coloniale, les droits religieux étaient maintenus selon le principe de la personnalité des lois, seul connu du droit local. C'est pourquoi aucun conflit de lois « ne pouvait naître d'un tel système puisqu'il ne faisait qu'organiser le cloisonnement des communautés ». Selon nous, le contact entre les deux systèmes aurait gagné à privilégier leur rencontre afin d'introduire, aux côtés de la règle de la personnalité des lois, les germes d'une possible territorialité. D'autres obstacles s'élevaient pourtant à une telle entreprise, notamment la tardive émergence de l'État-nation, par laquelle l'État acquiert une meilleure visibilité sur la scène internationale, permettant la prise en charge des relations internationales de droit privé. V. en ce sens : A. MEZGHANI, « Détermination de la loi applicable et conflit des civilisations en droit international privé de la famille », in *Le débat juridique au Maghreb, de l'étatisme à l'état de droit*, *op.cit.*, pp. 23-38.

française¹. Seul le droit des obligations constitua le terrain de prédilection à la réception par le droit civil musulman du droit européen².

416. L'expérience de codification du droit des obligations au Maghreb. Pour Monsieur le professeur Joël MONEGER, « il ne suffit pas de milliers de cimetières ou de fusils pour instaurer ou maintenir un droit, pour fonder une civilisation, il faut le consentement des assujettis, il faut une conscience profonde de l'appartenance du droit. Il faut des juristes »³. La rédaction du Code des obligations et des contrats en Tunisie⁴ révélera l'actualité de cette affirmation. Fin connaisseur du droit musulman classique et des droits continentaux européens, David SANTILLANA adopte une véritable démarche comparative -des deux systèmes italien et tunisien- conjuguée à une approche consultative des destinataires de la norme. Tout au long du processus, le rédacteur du code s'assurera de la conformité des textes dont il a la charge aux principes du droit musulman classique auquel il reprend certaines institutions, « tout en écrivant selon les modes français les articles dont le contenu est a-islamique »⁵. La commission qu'il préside n'hésitera pas à « faire appel au code allemand et au droit italien chaque fois que la norme paraît plus moderne et plus adaptée »⁶. Extraordinaire aventure juridique⁷ de réappropriation, elle a su allier « la faculté de symbiose des droits musulmans et européens. Cela explique qu'il (le COC) va devenir le modèle juridique au Maghreb jusqu'à aujourd'hui ».

Cette démarche de réappropriation du droit européen trouvera un écho particulier après l'indépendance de l'Algérie⁸. Bien que le Code civil français y perdurera une dizaine d'années après l'indépendance, il sera remplacé –signe de rupture avec le passé juridique de la période coloniale- par le Code des obligations et des contrats en 1975. Or, l'acculturation est si forte⁹ que les fondements et les méthodes du nouveau Code

¹ Comme le souligne Monsieur le professeur MONEGER, les français « ne sont cependant pas aveugles, ni ignorants. Ils savent que la maîtrise des lieux ne peut se faire sans le respect des institutions locales fondamentales ». Cf. J. MONEGER, « Les codes des obligations et contrats du Maghreb ou de la symbiose des droits civils musulman et européens des obligations », in *Le Code civil français et le dialogue des cultures juridiques*, Colloque de Beyrouth, 3, 4 et 5 mai 2004, Centre d'études des droits du monde arabe, Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université Saint-Joseph, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 177.

² J. MONEGER, « Les codes des obligations et contrats du Maghreb ou de la symbiose des droits civils musulman et européens des obligations », in *Le Code civil français et le dialogue des cultures juridiques*, op. cit., pp. 173-184.

³ *Ibid.*, p. 176.

⁴ S. DEROUICHE-BEN ACHOUR, « Rapport Tunisie », in *La circulation du modèle juridique français*, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, Litec, 1993, pp. 283-300.

⁵ J. MONEGER, « Les codes des obligations et contrats du Maghreb ou de la symbiose des droits civils musulman et européens des obligations », *art. précit.*, p. 178.

⁶ *Ibidem.*, p.178.

⁷ Pour reprendre l'expression du professeur MONEGER, « Les codes des obligations et contrats du Maghreb ou de la symbiose des droits civils musulman et européens des obligations », *art. précit.*, p. 178.

⁸ M. ISSAD, N. SAADI, « Rapport Algérie », in *La circulation du modèle juridique français*, op. cit., pp. 221-234.

⁹ Probablement par commodité, la rupture n'a pu être totale avec le passé juridique de la période coloniale.

demeurent français, le tout *islamisé* par l'insertion de normes tirées de la tradition juridique malékite.

Au Maroc¹, le droit des obligations et des contrats (DOC) n'a pas été le fruit d'un réel travail de comparaison². Préparé dans la hâte à Rabat puis affiné à Paris en moins de deux ans³, sa promulgation le 12 août 1913 n'a pas bénéficié de la ferveur de la population locale. Le processus d'appropriation du DOC ne commencera qu'à l'indépendance, lorsque les juges franco-marocains s'apercevront de la qualité des normes qu'il édicte - notamment en droit de la responsabilité civile- après avoir œuvré pendant la période du Protectorat pour son éviction⁴. Or, coexistait parallèlement à ce nouveau système le droit musulman local, avec la survivance des tribunaux *charaïques* (du terme *charia*) toujours compétents pour trancher les litiges selon le droit musulman des contrats. Contesté, un tel pluralisme cédera la place en 1965 à la décision de feu le roi HASSAN II d'appliquer le DOC en matière de contrats et d'obligations, d'arabiser la justice et de supprimer les tribunaux *charaïques* au profit d'une juridiction unique. La symbiose finit par faire place à l'osmose, et « la conjonction des droits se dissimule dans l'unification du droit des obligations et des contrats »⁵.

417. Le possible dialogue juridique. L'expérience du droit des obligations est révélatrice de la possibilité d'un dialogue juridique qui soit respectueux des traditions juridiques de systèmes différents. Avec Monsieur le professeur MONEGER, l'adhésion est totale à l'idée que « par-delà les différences de langues, de croyances ou du moins de l'expression de celles-ci dans l'ordre social, les similitudes survivent, les différences s'estompent pour n'être bien que dissemblances. De celles-ci aux ressemblances il y a peu. Il faut retrouver dans la langue des sédiments différents sécrétés par les arythmies des évolutions sociales et économiques, ce qui est commun parce qu'invariant, ce qui est unique parce que juridique. En adoptant une démarche qui semble faire prévaloir l'apport exogène sur le corpus juridique endogène, les États du Maghreb se sont comportés comme le prophète MUHAMMAD (saw) le recommande aux croyants. Garder ce qui est reçu d'ailleurs pour le mettre au service de la Communauté. Prendre ou conserver dans le droit ou dans la formulation juridique des autres, ce qui assure l'existence d'un droit adapté aux besoins d'aujourd'hui. En simplifiant bien sûr et que l'on pardonne cet excès, il faut tenir

¹ A. KETTANI, « Rapport Maroc », in *La circulation du modèle juridique français*, op. cit., pp. 263-273.

² Il ne s'agissait pas, à l'instar de la Tunisie, de mettre en place un droit moderne pour les marocains mais de créer un nouveau système juridique en parallèle du droit musulman *malékite* pour permettre aux investisseurs Français et étrangers au Maroc de bénéficier d'un droit moderne offrant prévisibilité et sécurité.

³ La hâte dans laquelle le texte a été préparé a conduit le haut magistrat près la Cour d'appel de Paris, Serge BERGE, à être appelé près du général LYAUTEY au Maroc -membre de la Commission SANTILLANA en Tunisie- afin d'aboutir dans les plus brefs délais à constituer un Code des obligations et des contrats pour les Français et étrangers au Maroc.

⁴ Celui-ci était, pour les marocains, un Code fait pour les non-musulmans, alors que pour les étrangers et français vivant au Maroc, celui-ci était une copie conforme au COC tunisien, et donc considéré comme étant fait pour les ressortissants musulmans.

⁵ *Ibidem.*, p. 183.

grande ouverte “*bab el ijthad*”, sans présomption positive ou négative. Il faut relire IBN RUSCHD pour mesurer que l’unique vérité n’est pas dans la fermeture de la pensée. Cela est vrai dans les pays du Maghreb comme dans les pays du nord de la méditerranée face aux mutations du temps »¹. Si cette phrase trouve une constante pertinence, elle relance le débat récurrent dans le monde musulman, portant aujourd’hui plus que jamais, sur la nécessité de valoriser l’effort d’*ijthad*.

418. L’*ijthad* est de l’essence de l’Islam². Pour Monsieur Bensallem Himmich, l’*ijthad* est « l’instance par laquelle des pratiques cognitives (le jugement discrétionnaire, le raisonnement analogique ou la décision collective) se manifestent dans l’organisation religieuse des rapports socio-juridiques des musulmans », afin de « tempérer ou actualiser l’existence en rapport à un savoir »³. Si pour l’auteur, il s’agit d’une ingérence humaine dans la loi divine, il convient de rappeler que l’homme, dès l’origine même de la création, a été appelé à user de son effort personnel⁴. Défini généralement comme l’effort personnel d’exégèse des textes sacrés -en l’occurrence de la *charia*- l’*ijthad* subit, lui aussi, l’influence des mouvements rigoristes ou progressistes d’une société donnée. S’il n’occupe, parmi les sources du droit en Islam, que la dernière place⁵, l’*ijthad* confère pourtant à la règle de droit une extraordinaire plasticité qui la maintient ouverte à l’évolution de la société. Cette « ajustabilité »⁶ pourrait être rapprochée de l’exigence européenne d’adaptation du droit au fait, limitée néanmoins par le souci de conformité à la finalité islamique. Dans ce contexte, le pouvoir du juriste en Islam n’est pas seulement d’interpréter la règle de droit, mais bien de créer du droit là où la norme religieuse ne s’exprime pas, en tenant compte de l’environnement social et culturel⁷. C’est ce qu’exprime un auteur lorsqu’il souligne que « le droit musulman est par définition pluraliste : tourné vers l’homme, il lui fallait prendre en charge tous les problèmes, brûlants ou non, des hommes. Les sociétés musulmanes sont pluralistes par nature. Elles se sont développées en “grappe” tout en demeurant unifiées, quant au souffle et à l’esprit qui les

¹ *Ibidem.*, p. 184.

² Sur ce point, cf. *supra*, sur la consistance du message divin islamique, n° .

³ Sur ce point, cf. B. Himmich, *Ijthad, la face voilée de l’Islam*, Rabat, éd. Marsam, 2006, p. 21.

⁴ Cette idée est à mettre en parallèle avec la fin de la Révélation en Islam, qui coïncide avec le décès du prophète Mohammed. Cet événement, perçu comme une rupture dans le mode de communication de Dieu avec l’Homme, ouvre justement une voie plus large à l’effort personnel, la créativité, l’innovation et l’inventivité. La fin de l’ère des prophètes correspond donc à l’avènement de l’âge de la raison dans toutes ses acceptions. C’est pourquoi la clôture de la prophétie constitue un élément important. En ce sens : A. Bouhdiba, « Existe-t-il un Islam des Lumières ? », in *Droit, Éthique et Religion, de l’âge théologique à l’âge bioéthique*, B. Feullet-Liger, P. Portier (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 170.

⁵ Après le Coran, la *sunna* (tradition du prophète), le *qiyas* (raisonnement par analogie) et enfin l’*ijmaâ* (le consensus).

⁶ Pour reprendre l’expression de Monsieur A. Bouhdiba, « Existe-t-il un Islam des Lumières ? », in *Droit, Éthique et Religion, de l’âge théologique à l’âge bioéthique*, B. Feullet-Liger, P. Portier (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 180.

⁷ Sur la question de la diversité des Codes du statut personnel dans le monde arabe, cf. La thèse de Madame F. Tobich, *Les statuts personnels dans les Pays Arabes : de l’éclatement à l’harmonisation*, Marseille, PUAM, 2008.

animent »¹. Et c'est justement ce souffle et l'esprit qui l'anime, tiré de « la prescription sacrée (...) (qui) appelle un travail de compréhension en profondeur pour conclure au cas précis (...). Aller de l'absolu au contingent implique d'emblée l'intelligence des principes, et la saisie objective des choses (...) ». Dans ce contexte, le débat relatif à la fermeture des portes de l'*ijtihad*² ne peut valablement s'accommoder de l'esprit du droit musulman, lequel est par nature adaptation et créativité. Le réduire à un mimétisme répétitif et fermé sur lui-même ne conduit pas moins à en ignorer les finalités et le sens profond, dont le but est « d'assurer au sein de la cité islamique les conditions juridiques optimales pour le plein épanouissement de l'homme afin qu'il puisse vivre harmonieusement et exécuter les tâches qu'il doit assumer en ce monde » Les prescriptions divines, contrairement à ce qui est largement répandu, ne sont pas « des ordres à respecter mécaniquement, mais plutôt, et au plein sens des mots, des normes de conduite proposées à l'homme pour qu'il puisse s'accomplir »³. Dans ce contexte, l'usage de l'*ijtihad* par le législateur marocain en 2004 éclaire sur la portée de la réforme, car il valorise une démarche qui s'inscrit dans un procédé propre au droit musulman, et non celui de la modernité occidentale. C'est bien aussi la preuve que « le droit musulman de la famille auquel se rattachent les codes maghrébins (...) n'est pas voué à rester hors du siècle », comme certains ont pu l'affirmer⁴.

B) Le Code marocain de la famille, reflet d'une culture juridique propre

419. L'impact de la réforme. Dès avant sa promulgation, le Code marocain de la famille eut un écho retentissant à travers le monde. Les craintes exprimées par la société civile dès l'annonce du projet de réforme tenaient d'une part au fait que le statut personnel, intimement liée aux valeurs de la société arabo-musulmane, cristallise un certain nombre de tabous dont la question récurrente du statut de la femme marocaine⁵. D'autre part, la réforme entreprise intervenait cinq années seulement après l'intronisation de sa majesté le roi MOHAMMED VI. Jeune monarque -commandeur des croyants- affichant des allures modernistes, légiférer sur une question de l'ordre du religieux lui permettait de mettre en place la conception de la famille qu'il souhaitait privilégier, en jetant les bases de sa politique. C'est pourquoi la crainte d'une large frange conservatrice de la société n'a pas manqué de s'exprimer sur le risque que la modernité ne l'emporte sur la tradition. Cette

¹ A. BOUHDIBA, *art. précit.*, p. 182.

² Sur les facteurs historiques (d'ordre politique notamment) justifiant cette fermeture, cf. B. HIMMICH, *Ijtihad, la face voilée de l'Islam*, *op. cit.*, spec. p. 75 et s.

³ *Ibid.*, p. 183.

⁴ S. JAHEL « La lente acculturation du droit maghrébin de la famille dans l'espace juridique français », in *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, S. JAHEL, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 181.

⁵ N. ZARZAR, « Le statut des femmes, un éternel recommencement », *Confluences méditerranées*, Hors-série, l'Harmattan, 2000, p. 78.

même crainte a tout au long de la réforme, opposé les conservateurs -fervents défenseurs de la traditionnelle famille arabo-musulmane- aux progressistes. Tout le défi était donc d'allier harmonieusement tradition et modernité, en imprimant à la réforme son « label d'islamité »¹ dans la modernité. Les nombreux commentaires² de la réforme témoignent de l'importance du changement dans un pays où les dispositions relatives au statut personnel se réduisaient à une simple compilation (*moudawana*) des règles issues du droit musulman classique au sein d'un code. Légiférer en usant de l'*ijtihad* en matière familiale revêtait donc une dimension symbolique qui désacralisait l'ancienne *moudawana* en acceptant de l'adapter aux évolutions de la société³. Le succès de la réforme dans le monde musulman a également été significatif, à tel enseigne que le Prix de la personnalité de l'année 2015, de la cohésion familiale et du soutien social a été décerné, le 19 avril 2015 par l'Organisation arabe de la famille au roi Mohamed VI, en signe de reconnaissance des efforts déployés dans le domaine familial.

§2) Une exportation du contenu

420. L'ordre public⁴ comme limite à l'exportation. Si l'absence d'unité juridique caractérise les législations familiales des pays arabo-musulmans, toute tentative d'harmonisation bute tant sur des contraintes institutionnelles que juridiques relatives au cadre régional du monde musulman⁵. Pour autant, les pays de tradition juridique islamique se retrouvent incontestablement unis autour de la conception particulière des droits fondamentaux, qui découle tant de la Charte arabe des droits de l'homme que de la Déclaration du Caire sur les droits de l'homme en Islam, établie sous l'égide de la Conférence islamique. Entre autres éléments caractéristiques de ce système, l'ordre public y constitue une invariante commune (A) dont les contours religieux constituent autant

¹ Pour reprendre l'expression de Madame le professeur Mariam MONJID, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, Étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, Paris, l'Harmattan, 2013.

² Entre autres commentaires : F. SAREHANE, « Le Code marocain de la famille », *Gaz. Pal.*, sept.-oct. 2004, pp. 2792-2805 ; F. MONEGER, « Le Code de la famille marocain de 2004 devant la Cour de cassation », *Rev. crit. DIP*, 2004, p. 249 ; A. ROUSSILLON, « Réforme de la *Moudawana* : statut et citoyenneté des marocaines », *rev. Maghreb-Machrek*, n° 179 ; L. BUSKENS, « Le droit de la famille au Maroc », in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, N. BERNARD-MAUGIRON, B. DUPRET (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 97-125 ; F. LAROCHE-GISEROT, « Le nouveau Code marocain de la famille : innovation ou archaïsme ? », *Rev. dr. inter. et dr. comparé*, 2005, vol. 82, n° 4, pp. 335-355. Sur les incidences de l'adoption du nouveau Code sur les relations privées internationales, cf. : M.-C. FOBLETS, J.-Y. CARLIER, *Le Code marocain de la famille, incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

³ Ainsi que le souligne Madame TOBICH, « c'était la première fois qu'on osa interférer ouvertement et publiquement dans le domaine réservé au statut personnel ». Cf. F. TOBICH, *Les statuts personnels dans les Pays Arabes : de l'éclatement à l'harmonisation*, Marseille, PUAM, 2008, p. 66.

⁴ Sur l'ordre public : Travaux de l'Association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique, Journées libanaises, 1998, LGDJ, 2001 ; F. CADIET, *L'ordre public en droit international de la famille, Étude comparée France/Espagne*, Paris, l'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2005.

⁵ Pour de plus amples développements, cf. F. TOBICH, *op. cit.*, pp. 215-235.

d'obstacles à une exportation, inenvisageable sans une réhabilitation de la place du donné religieux (B).

A) L'ordre public religieux, obstacle à l'exportation

421. Les bonnes mœurs¹, au fondement de l'ordre public. Au sein d'un système juridique, les bonnes mœurs, combinées au concept d'ordre public, permettent de limiter - selon la finalité du droit- l'espace de libertés que le droit reconnaît aux individus². Outre l'objectif d'organisation de la société, les systèmes juridiques occidental et islamique veillent à offrir à l'individu les conditions juridiques optimales pour son plein épanouissement, avec cette différence près que le second ne détache pas cette exigence de la connaissance profonde de l'homme –préalable à la connaissance de Dieu. Dans ce contexte, la détermination du contenu des bonnes mœurs se fait au gré de l'importance hiérarchique de la norme. Si un auteur a pu décréter la fin des bonnes mœurs en France³, celles-ci permettent encore, dans les pays du Maghreb et dans le monde musulman, de dessiner les contours d'un ordre public en accord avec les finalités de la *charia*. Il est vrai que le substantif « mœurs » renvoie à un comportement social et l'adjectif « bonnes », qui lui est accolé, à l'idée de « modèle de vie en société qui est proposé à tous, mais son contenu imprécis en rend la définition délicate, d'autant que leur sens varie selon l'évolution des mœurs. Ainsi s'opère un glissement insensible vers la morale »⁴, qui fait dire à Monsieur le professeur GHESTIN que « les bonnes mœurs ne sont que l'aspect plus spécialement moral de l'ordre public dont elles sont indissociables »⁵. L'importance du concept de norme sociale de conduite⁶, encore très prégnant, se traduit par le respect d'une conduite jugée *conforme* par le groupe, au risque de s'exposer à sa sanction. Si l'ordre public ne sanctionne pas expressément le défaut de respect des bonnes mœurs mais le fait en général *via* le mécanisme de l'ordre public, c'est que la désapprobation du groupe constitue une sanction bien plus grave que la sanction juridique.

¹ V. sur cette notion : J. FOYER, « Les bonnes mœurs », in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir (1804-2004)*, Paris, Dalloz, coll. « Université Panthéon-Assas, 2004, pp. 495-513. Cf. aussi E. FRAGU, *Des bonnes mœurs à l'autonomie personnelle. Essai critique sur le rôle de la dignité humaine*, Thèse, Paris 2, 2015.

² X. DIJON, *La raison du corps*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et Religion », 2012, p. 31.

³ D. FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique », in *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle*. Études offertes à Pierre CATALA, Paris, éd. Litec, 2000, p. 487-528.

⁴ J. FOYER, « Les bonnes mœurs », *art. précit.*, pp. 495-496.

⁵ J. GHESTIN, « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », in *Les notions à contenu variable*, C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 85.

⁶ Cf. *supra*, n° 257 et s.

1- La spécificité de l'ordre public en droit marocain

422. Méconnaissance de l'ordre public international. La controverse liée à la dimension internationale de l'ordre public en Occident ne retrouve pas la même résonance en droit marocain¹. Afin d'écartier l'application d'une loi ou refuser l'*exequatur* d'une décision contraire aux valeurs du système juridique marocain, le juge n'a pas recours -à l'instar de ce que fait le juge français- à l'ordre public en tant que concept. Les juridictions marocaines utilisent davantage ses composantes -privilège de nationalité et privilège de religion²-, et ne mobilisent l'ordre public au sens où nous l'entendons que dans les rapports internes. Selon qu'il s'agit de le faire jouer dans les relations internes ou d'en mobiliser les composantes à l'échelle internationale, le contenu de l'ordre public sera donc différent. Lorsqu'il s'agit de protéger les fondements politiques et religieux de la société marocaine d'une contamination de l'esprit libéral des droits occidentaux, l'ordre public mobilisé gagnera à être intransigeant s'il s'agissait, par exemple, de soumettre la volonté des contractants à certaines restrictions relatives à l'objet ou à la cause d'une transaction³. C'est pourquoi il est rare, ainsi que le souligne Monsieur le professeur Mohamed LOUKILI, « de rencontrer une décision qui utilise le terme "ordre public international" ou ordre public au sens du droit international privé, dans les procès internationaux relevant du droit de la famille. Les juges se contentent la plupart du temps de se référer à la notion d'ordre public tout court, pour l'ériger en arme contre les lois ou décisions étrangères incompatibles avec les principes ou les lois impératives du statut personnel musulman. Ainsi, la distinction entre ordre public interne et ordre public international, c'est-à-dire au sens du droit international privé, n'existe pas dans l'esprit du juge marocain »⁴. Pour preuve, à l'occasion d'une affaire mettant en cause un testament rédigé par un ressortissant français établi au Maroc au profit de sa concubine, la Cour suprême marocaine, afin de sanctionner de nullité le testament ainsi établi, retient comme motif de nullité la contrariété du legs à l'ordre public marocain⁵ en évoquant l'article 490 du Code pénal qui incrimine les relations hors mariage. Une décision demeurée isolée de la chambre administrative de la Cour suprême, mettant en cause un italien ayant effectué un legs au profit de sa concubine au Maroc, avait permis aux juges de valider le legs en application du droit italien, rendu applicable par la règle de conflit de lois. Perçue comme étant une atteinte aux bonnes mœurs pour certains, cette décision rendue par des magistrats de

¹ M. LOUKILI, « L'ordre public et les institutions familiales étrangères », *Rev. dr. fam.*, 2015, sept., n° 38.

² V. *infra*, n° 425 et 426.

³ Cf. art. 62 du DOC : « L'obligation sans cause ou fondée sur une cause illicite est non avenue. La cause est illicite, quand elle est contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou à la loi ».

⁴ M. LOUKILI, *art. précit.*, p. 147.

⁵ Cour suprême, chambre civile, 14 sept. 1977, arrêt n° 512.

formation moderne demeura isolée et n'a jamais reflété la position de la Cour suprême marocaine¹.

423. La place du roi dans le système de justice. Au Maroc², la justice est rendue au nom du roi, Commandeur des croyants. Son pouvoir repose sur une légitimité religieuse, qui trouve dans la descendance prophétique de la famille *alaouite* son fondement. En tant que descendant du prophète, une certaine *obéissance* -présentée comme une sorte de bénédiction- lui est due³. Cette aura sacramentelle n'est pas neutre sur le plan de la justice. Un arrêt célèbre rendu le 20 mars 1970 par la chambre administrative de la Cour suprême a précisé que « *la fonction judiciaire fait partie de l'ensemble des attributions qui relèvent en premier lieu du chef des croyants* », avant d'ajouter que « *le Roi exerce ses pouvoirs constitutionnels en qualité d'imam des croyants et à cet égard il ne saurait être considéré comme une simple autorité administrative* »⁴. Par conséquent le juge « doit tenir compte dans ses décisions de certains principes et commandements de la loi religieuse (*charia*) qui gouverne la vie de chaque Marocain musulman sur le plan du statut personnel et familial, même quand il vit sur une terre étrangère ou quand il noue des relations avec un étranger non musulman »⁵. La jurisprudence est parfois allée jusqu'à exiger que le juge prononçant la dissolution du mariage entre deux marocains à l'étranger soit également musulman, et qu'il applique les règles de droit marocain découlant de la *charia*⁶. Le nouveau Code de la famille prévoyant un nouvel article 128 relatif à l'*exequatur* des décisions étrangères dont l'objet est la dissolution du mariage a, fort heureusement, abandonné ce « dérapage judiciaire »⁷.

424. L'hésitation jurisprudentielle entre le système de la personnalité des lois et celui de territorialité. La jurisprudence rendue pendant le protectorat français répondait aux exigences et au contexte propres à cette période. Pourtant, certains mécanismes issus de cette période semblent être toujours ignorés par les juges ou, à tout le moins, leur maîtrise ferait défaut⁸. À titre d'exemple, la question de la qualification est encore l'occasion pour les juges marocains de se montrer hésitants⁹ quant au rattachement à la loi

¹ M. LOUKILI, *art. précit.*, p. 149.

² A. BENJELLOUN, « La monarchie au Maroc : un régime entre tradition et modernité », in *les nouvelles constitutions africaines : la transition démocratique*, H. ROUSSILLON (dir. de), Toulouse, Presses de l'Institut d'études politiques, 1993, pp. 125-143.

³ S. PAPI, *L'influence juridique islamique au Maghreb*, *op. cit.*, p. 307.

⁴ Cité par M. LOUKILI, « L'ordre public en droit international privé marocain de la famille », in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, N. BERNARD-MAUGIRON, B. DUPRET (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 127.

⁵ *Ibid.*, p. 127.

⁶ Cour suprême, 24 janv. 2001, arrêt n° 90, cité par M. LOUKILI, *art. précit.*, p. 141.

⁷ Pour reprendre l'expression de Monsieur le professeur LOUKILI, *art. précit.*, p. 152.

⁸ M. LOUKILI, « Le droit international privé marocain de la famille », *art. précit.*, p. 130.

⁹ Malgré des indices qui laissaient à croire un éventuel abandon du système de la personnalité des lois. Statuant sur la validité d'un testament (écrit conformément à la règle de conflit de loi locale relative aux conditions de forme des actes juridiques (art. 10 DCC)) laissé par un anglais résidant au Maroc, les juges ont pu retenir que « si

du *for* ou la loi personnelle de l'étranger résidant au Maroc¹. La Cour de cassation manifeste clairement son attachement au principe de la personnalité des lois « hérité de la tradition islamique et du régime des capitulations »². De la même manière, le renvoi « n'a jamais été suivi par la jurisprudence au Maroc, ni pendant la période du protectorat, ni après l'indépendance du pays. Les tribunaux français du Maroc, pendant l'époque coloniale, ont jugé le procédé du renvoi inapplicable pour le système marocain de 1913, en raison du respect absolu dû à la loi étrangère et de l'inexistence d'une *lex fori* locale en matière de droit familial du fait de la pluralité des statuts personnels et de leur nature religieuse »³. Cette situation persiste encore aujourd'hui, notamment lorsque les juges se bornent à appliquer le droit étranger sans même se soucier du système de conflit des lois, alors même qu'un texte conventionnel les oblige à y procéder⁴.

2- Les composantes internationales de l'ordre public en droit marocain

425. Le privilège de nationalité. À défaut de codification des mécanismes relatifs aux conflits de lois, c'est le *dahir* sur la condition civile des Français et des étrangers⁵ au Maroc (DCC) qui contient l'essentiel des règles applicables⁶. Celle-ci fait la part belle au système de personnalité des lois, dont le critère tiré de la nationalité. Le DCC trouve donc à s'appliquer dès qu'un litige met en cause un étranger et un marocain, du fait de la règle bilatérale de conflit qu'il met en place. Néanmoins, la portée de cette règle se trouve considérablement atténuée. En effet, la Cour suprême⁷ procède à la limitation de son application au seul cas où les deux parties en cause sont de nationalité étrangère, pour permettre au droit local de déployer ses pleins effets lorsque le litige met en cause au moins une partie de nationalité marocaine. C'est pourquoi on a pu écrire que « l'arrêt, qui

la loi nationale du testateur exige pour le testament une forme particulière à tel point qu'elle peut paraître comme une condition de fond pour sa validité, il faut appliquer la règle de rattachement énoncée par l'article 18 du DCC relatif aux conditions du fond du testament », par conséquent sa loi personnelle. Cour suprême, chambre civile, 23 fév. 1977, arrêt n° 139. Le même raisonnement a été adopté à l'occasion d'une décision annulant un contrat de vente d'immeuble conclu par un étranger. L'état de maladie comme cause d'annulation du contrat n'a pas été rattaché à la catégorie « conditions de forme » dont le consentement est une composante (afin de permettre le rattachement à la loi du *for* (art. 13 DCC)), mais par référence à la règle de conflit en matière d'état et de capacité des personnes permettant le rattachement à la loi personnelle (art. 3 DCC). Cour suprême, 20 janv. 1982, cité par M. LOUKILI, p. 132.

¹ Cour suprême, chambre civile, arrêt n° 251, 5 juil. 1967, *JDI*, 1971, note P. DECROUX, p. 184.

² M. LOUKILI, *art. précit.*, p. 132.

³ *Ibid.*, p. 132.

⁴ Cf. art. 3 de la convention franco-marocaine de 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire.

⁵ *Dahir* du 12 sept. 1913, *B.O.*, 12 sep. 1913, n° 46, p. 77. Celui-ci a connu plusieurs réformes dont la plus importante est celle du 28 septembre 1974.

⁶ Cf. sur ce *dahir* P. DECROUX, « Le mariage des Français et des étrangers au Maroc », *D.*, 1956, chron. XXI, pp. 109-116.

⁷ Cour suprême du Maroc, 7 fév. 1972, *Rec. arrêts Cour suprême*, nov. 1972, p. 46.

établit un privilège de nationalité, masque à peine le privilège de religion sous-jacent »¹. La décision rendue en 1972 par la Cour suprême sera confirmée par la Cour à l'occasion de l'affaire Eugène Girel². L'influence de ce critère³ permet au législateur et aux juges de privilégier la nationalité marocaine au détriment de toute autre nationalité. Ce critère a été repris à l'occasion de la détermination du champ d'application spatial du Code marocain de la famille⁴. L'article 2 prévoit que les dispositions de la *moudawana* s'appliquent entre deux personnes de nationalité marocaine, mais aussi entre un marocain (ou un individu musulman non marocain) et un étranger (non musulman)⁵. À ce stade déjà se profile le spectre du critère tiré du privilège de religion, lequel peine à être détaché de la nationalité⁶. Seules les relations entre deux étrangers non musulmans respectent l'esprit du système de conflit des lois. La première apparition textuelle de ce privilège se retrouve dans le *dahir* du 4 mars 1960⁷ relatif à la célébration, suivant les formes déterminées par l'état civil, des mariages entre Marocains et étrangers. En cas de mariages mixtes, la priorité est donc le respect de la loi marocaine⁸. La jurisprudence permettra par la suite une diffusion de ce privilège à tous les rapports familiaux impliquant une personne marocaine⁹.

¹ M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations, Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, op. cit., p. 190, spec. n° 203.

² Cour suprême du Maroc, 5 juil. 1974, *JDI*, 1978, p. 681.

³ Lequel est, somme toute, d'apparition relativement récente. Pendant la période du protectorat, la situation inverse prédominait, c'est-à-dire que le souci de préserver la loi étrangère conduisait fréquemment à retenir cette dernière au détriment de la loi marocaine, même lorsqu'une partie marocaine était en cause. C'est ce personnalisme excessif qui justifie sans doute, que la situation ait été ensuite inversée afin de favoriser une application plus large de la loi marocaine lorsqu'un ressortissant marocain est en cause.

⁴ Contrairement à la *moudawanna* de 1958 qui ne se prononçait pas sur la question.

⁵ Le Code marocain de la famille ne s'applique pas aux juifs marocains qui demeurent soumis à leur statut personnel. Cette situation révèle une inégalité car les personnes de confession juive, bien que marocaines, ne peuvent se prévaloir d'un tel privilège de nationalité pour demander l'application de leur statut hébraïque à l'encontre d'une personne de la même confession et d'une autre nationalité. V. au sujet d'un conflit d'héritage entre deux personnes de confession juive, l'une de nationalité maroco-tunisienne, l'autre tunisienne, l'éviction de la loi marocaine au profit de la loi tunisienne : Cour suprême, 24 janv. 2007, arrêt n° 69, cité par M. LOUKILI, *art. précit.*, p. 141.

⁶ Monsieur le professeur LOUKILI le souligne d'ailleurs parfaitement lorsqu'il explique qu'« en réalité, l'arrière-pensée des rédacteurs de la nouvelle *moudawana* était d'évincer les règles normales de conflits de lois en ce qui concerne les rapports familiaux où l'une des parties est marocaine et de confession musulmane, de sorte que ce genre de rapports ne soit pas soumis à une loi étrangère contraire aux préceptes de l'islam. Cela avait pour raison, mais a aussi pour conséquence, une confusion entre le privilège de nationalité et le privilège de religion ». *art. précit.*, p. 140.

⁷ *Dahir* du 4 mars 1960 relatif à la célébration des mariages entre marocains et étrangères ou marocaines et étrangers, *B.O.*, 25 mars 1960, p. 689.

⁸ CA Rabat, 23 déc. 1969. Dans cette décision, la Cour a considéré qu'« on ne peut appliquer au défendeur, le mari marocain de confession musulmane, que sa loi naturelle, c'est-à-dire la *moudawana* ». Alors même que les juridictions, lorsqu'elles étaient saisies d'une demande de divorce entre un marocain et un étranger, appliquaient la loi des deux parties au procès. Cité par M. LOUKILI, *art. précit.*, p. 140.

⁹ Cour suprême, 7 fév. 1972, arrêt n° 57, *JDI*, 1978, note P. DECROUX, p. 674.

426. Le privilège de religion¹. La primauté du rattachement religieux au sein du système de tradition islamique est le reflet de l'importance attachée à la norme religieuse. Dans les litiges mettant en cause une personne de confession musulmane, la loi religieuse est systématiquement appliquée, alors même que le litige s'élèverait entre un musulman et un non-musulman². La priorité est donc donnée à l'application du droit musulman indépendamment de la loi personnelle, la nationalité –initialement inconnue du système islamique- étant absorbée par l'appartenance religieuse³. S'il n'est mentionné nulle part dans le Code de la famille, le critère tiré du privilège de religion a, une fois de plus, été introduit en jurisprudence dès 1974. À l'occasion d'une affaire relative au règlement de la succession d'un ressortissant français converti à l'Islam -et décédé au Maroc en y laissant des biens-, la Cour suprême a décidé que « la conversion à l'Islam implique obligatoirement l'application des règles du droit musulman pour ce qui est des questions relevant du statut personnel et des successions des intéressés, dès lors que cette conversion est intervenue sans fraude et qu'elle est conforme aux règles de procédure légale (...) »⁴. La loi nationale du défunt normalement applicable est donc expressément écartée au profit de la nouvelle religion du *de cuius*. Dans l'affaire rapportée, la règle de conflit normalement applicable -issue du *dahir* du 4 avril 1958 relatif à l'organisation et au fonctionnement des juridictions de droit commun⁵ - a été tacitement abrogée par le *dahir* du 24 avril 1959 qui attribue aux tribunaux *charaïques* (compétents en matière de *charia*) « les contestations relatives au statut personnel et successoral des Marocains régis par le Code du statut personnel et successoral et des étrangers musulmans établis dans le royaume qui relèvent également des tribunaux du *chraâ* ». Ce dernier *dahir* constitue donc la base légale qui permet d'écarter l'application de la règle de conflit normalement applicable. Les magistrats siégeant dans ces tribunaux étant les *cadis*, la loi qu'ils appliquent est exclusivement la loi musulmane. L'analyse conflictualiste de droit international privé leur étant méconnue, ceux-ci ne jugeaient qu'à partir de la qualité de musulman ou de personne convertie à l'islam. Le système de justice marocain ayant depuis été unifié par la loi du 26 janvier 1965⁶ et les tribunaux *charaïques* supprimés, il aurait été

¹ M. CHARFI, « L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans », *Rec. cours Acad. La Haye*, 1987, III, 329.

² Sur l'existence d'un élément endogène dans les relations des non-musulmans dans les pays de tradition islamique, V. spec. le Titre 2 de la Partie 2 de la thèse de Monsieur K. ZAHER, *op. cit.*, p. 343 et s.

³ J. DEPREZ, « Environnement social et droit international privé. Le droit international privé marocain entre la fidélité à l'Umma et l'appartenance à la communauté internationale », in *Droit et environnement social au Maghreb*, Paris-Casablanca, éd. CNRS&Fondation du roi Abd-El-Aziz pour les études islamiques et les sciences humaines, pp. 281-330 ; A. MOULAY R'CHID, « Les grandes lignes du droit international privé en matière de statut personnel », *Rev. dr. et éco.*, 1991, n° 7, pp. 7-42.

⁴ Cour suprême, 5 juil. 1974, arrêt n° 250.

⁵ Pour un aperçu avant, pendant et après le protectorat, cf. M.J. ESSAID, *Introduction à l'étude du droit*, Rabat, Fondation M.J. ESSAID pour la Réforme du droit et le développement Socio-Économique, avec le concours de la Fondation Éducation et Culture du Groupe Banque Populaire, 4^{ème} éd., 2010, pp. 326-370.

⁶ L. du 26 janvier 1965 dite loi d'unification, de marocanisation et d'arabisation de la justice, *B.O.*, 3 fév. 1965, p. 105.

souhaitable, par souci de cohérence, d'écartier l'application du critère tiré de la religion des individus. Celui-ci n'a, en l'état du droit positif –et à la date même du prononcé de la décision- plus aucune assise légale, si ce n'est la jurisprudence qui continue de considérer ce critère comme étant un privilège au fondement même du système marocain.

427. Les dangers d'une telle approche. La prise en compte de la religion dans les rapports de droit international privé des pays de tradition islamique empêche au système de conflit de lois de jouer, en le neutralisant au profit du donné religieux. Or, ce système révèle rapidement ses limites, une présomption de religiosité pesant sur tout justiciable. Si ce dernier peut bien être musulman, car né de parents musulmans, il peut aussi ne pas adhérer à la profession de foi de ces derniers. Droit fondamental, le principe de liberté de conscience permet à l'individu de choisir sa religion voire, n'en adopter aucune. La question du privilège de religion amène à évoquer la problématique de la liberté de conscience, particulièrement celle de la liberté religieuse en droit musulman¹. Bien que fort intéressante, la problématique dépasserait le cadre de nos recherches. Il convient néanmoins de souligner que le critère tiré du donné religieux est d'autant plus paradoxal qu'il aboutit à la négation de l'égalité des personnes entre elles, à l'heure où la nouvelle Constitution marocaine –bien qu'elle accorde une place de choix aux valeurs islamiques² dans son préambule- affirme que la prééminence « accordée à la religion musulmane dans ce référentiel national va de pair avec l'attachement du peuple marocain aux valeurs d'ouverture, de modération, de tolérance et de dialogue pour la compréhension mutuelle entre toutes les cultures et les civilisations du monde », en s'engageant à « bannir et combattre toute discrimination à l'encontre de quiconque, en raison du sexe, de la couleur, des croyances, de la culture, de l'origine sociale ou régionale, de la langue, de l'handicap ou de quelque circonstance personnelle que ce soit ». C'est bien l'adhésion purement formelle à ces valeurs, lorsqu'elles se traduisent sous la forme de conventions internationales que le Maroc ratifie, qui empêche leur pleine efficacité. Faut-il rappeler à cet égard que le statut des conventions et des traités internationaux n'a acquis force obligatoire³ dans le système juridique marocain qu'à l'occasion de la réforme de la

¹ L'article 25 de la Constitution marocaine dispose toutefois que : « Sont garanties les libertés de pensée, d'opinion et d'expression sous toutes ses formes (...) ». V. les développements de Monsieur le professeur S. ALDEEB ABU SAHLIEH sur cette question : *Religion et droit dans les pays arabes*, Bordeaux, PUB, 2008, p. 159 et s., V. aussi : B. PONT-CHELINI, *Quelle politique religieuse en Europe et en méditerranée. Enjeux et perspectives*, Marseille, PUAM, 2004.

² Selon l'article 3 de la Constitution : « L'islam est la religion de l'État, qui garantit à tous le libre exercice des cultes ».

³ Seule la jurisprudence a eu à statuer sur la question relative à la nécessité de publier le texte conventionnel dans le bulletin officiel, jugée comme l'unique garantie permettant de porter le texte juridique à la connaissance du public. Cf. l'arrêt de la Cour suprême du 3 novembre 1972, dit affaire *Zahra BENNANI c/ Air France*, cité par H. ALAMI M'CHICHI, *Genre et politique au Maroc, Les enjeux de l'égalité hommes-femmes entre islamisme et modernisme*, Paris, l'Harmattan, 2002, p. 54. Or, la question de la force juridique attachée au texte conventionnel demeure attachée à la résolution du problème de la hiérarchie des normes pour lequel il n'existait, jusqu'à la réforme de la Constitution en 2011, aucune règle impérative.

Constitution en 2011¹. À défaut de retenir le critère tiré du privilège de religion si l'une des parties en contestait l'application, les juges pourraient toujours opérer le rattachement à la nationalité marocaine du requérant, laquelle présume la religion de l'individu. Au demeurant, à partir du moment où un musulman est partie au litige, le juge raisonne en dehors de tout système conflictuel, avec pour seule considération « l'exclusivisme de l'ordre public religieux »² et en totale indifférence aux objectifs de l'ordre international. Une telle approche du droit international privé limite considérablement le champ d'application de la règle de conflit de lois, et constitue un réel butoir à toute tentative d'ouverture des systèmes occidentaux à la réception du droit étranger.

428. La nécessaire refonte des rapports entre le politique et le religieux. Outre l'atteinte portée à la stabilité et à la continuité des systèmes juridiques, particulièrement lorsque sont en cause le système confessionnel et le système laïque, Monsieur le professeur LOUKILI met l'accent sur la nécessité pour le juge d'analyser « la situation ou la relation comportant un élément étranger et la recherche de l'État avec lequel elle présente les liens les plus étroits pour la soumettre à son droit, selon des critères de rattachement objectifs »³. Dans un contexte de mobilité croissante des ressortissants marocains à travers le monde, le réalisme commanderait que les acteurs judiciaires renoncent à leur attitude conservatrice et de réserve au profit d'un minimum de tolérance dans leurs décisions ainsi que dans la réception du droit étranger⁴. Il en va de l'harmonie des décisions de justice ainsi que de la continuité des situations juridiques au-delà des frontières. La persistance du législateur et des juges à n'observer le monde qu'à travers le prisme religieux est aujourd'hui dépassée dans un monde globalisé et multiculturel, dans lequel l'individu est de moins en moins considéré à travers une religion donnée. À cet égard, Madame le professeur ALAMI M'CHICHI dénonce à juste titre la prétexte tiré de la souveraineté des États afin de continuer à masquer des discriminations flagrantes⁵. L'alliance conjuguée de la modernité et de la tradition à l'occasion de la promulgation du Code marocain de la famille prouve bien la possibilité de renouer avec le monde, en demeurant fidèle aux principes de base qui définissent une société donnée. Si le droit international privé marocain a pu être qualifié comme étant « à la croisée des chemins »⁶, celui-ci se laisse entraîner -malgré sa situation géographique stratégique- par la vague de religiosité qui touche le monde arabo-musulman.

¹ Au terme de l'article 19 al. 1, « l'homme et la femme jouissent, à égalité, des droits et libertés à caractère civil, politique, économique, social, culturel et environnemental, énoncés dans le présent Titre et dans les autres dispositions de la Constitution, ainsi que dans les conventions et pactes internationaux dûment ratifiés par le Maroc et ce, dans le respect des dispositions de la Constitution, des constantes du Royaume et de ses lois (...) ».

² Pour reprendre l'expression de Madame NAJM. Cf. *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, op. cit., p. 551.

³ M. LOUKILI, art. précit., p. 146.

⁴ V. en ce sens M. LOUKILI, J. SAGOT-DUVAUROUX, « La neutralisation des obstacles à la réception des institutions familiales », *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 9, 38.

⁵ H. ALAMI M'CHICHI, *Genre et politique au Maroc*, op. cit., p. 144.

⁶ M. LOUKILI, art. précit., p. 158.

De l'aveu du professeur LOUKILI, la résolution de cette question « ne se limite pas à l'élaboration d'un nouveau Code de droit international privé mais passe nécessairement par la refonte de l'État lui-même et l'introduction d'une sorte de laïcité, qui circonscrirait la sphère du religieux au strict domaine personnel en faisant abstraction, dans les rapports qui se nouent quotidiennement entre les hommes, de leur nationalité et de leur religion »¹.

429. Une approche *genre* limitée à la déconstruction des inégalités sociales. Dans la droite ligne de ce vœu, l'analyse proposée par Madame le professeur ALAMI M'CHICHI repose sur le constat d'un monde « profondément affecté par des relations transcendant les frontières des États et qui affectent les structures internes »². C'est pourquoi l'économie d'une projection de la politique interne vers l'international³ ne saurait être faite. L'auteur suggère d'analyser le système politique marocain à l'aune de la perspective *genre* afin de déconstruire les distorsions existantes dans les représentations sociales vécues par les femmes⁴. Relevant l'existence de rapports socialement et historiquement construits autour de nombreuses inégalités, l'auteur distingue la sphère publique dans laquelle l'égalité des femmes est affirmée, pourtant immédiatement contredite par les inégalités au sein de la sphère privée. Selon l'auteur, la complexité des interactions entre ces deux sphères empêche l'émergence d'une réelle citoyenneté des femmes et nuit à l'effectivité de leur contribution dans la redéfinition du politique, dans lequel elles sont pourtant déjà actrices. C'est pourquoi une reconsidération des inégalités les plus flagrantes contenues dans le Code de la famille ne doit pas être, en soi, perçue tel l'objectif ultime, mais un simple tremplin à « l'émergence de conditions pour une re-définition complète de la politique »⁵. Dans cette perspective, le défi lancé par l'auteur aux femmes marocaines est « de réconcilier sphère privée et sphère publique en faisant la démonstration que “tout ce qui est personnel est politique” »⁶. Cela passerait en premier lieu par la recherche de l'égalité au sein de la famille⁷. Or, l'étude de l'évolution du droit français en ce sens a révélé que la famille ne devait pas en être le lieu privilégié. Tendre à une égalité où les spécificités de l'homme et de la femme seraient respectées est, bien entendu, bienvenu. La théorie du *gender* pourrait, en contexte arabo-musulman⁸, contribuer à la déconstruction des

¹ *Ibidem.*, p. 159.

² H. ALAMI M'CHICHI, *Genre et politique au Maroc*, *op. cit.*, p. 144.

³ Pour reprendre une expression de Madame ALAMI M'CHICHI, *op. cit.*, p. 144.

⁴ Dans le même ordre d'idées, V. M. BENRADI, « Nouvelle approche de la question féminine en sciences sociales », in *Les sciences humaines sociales au Maroc*, Rabat, IURS, 1998, pp. 91-102. Plus récemment, V. B. DUPRET, Z. RHANI, A. BOUTALEB et alii, *Le Maroc au présent. D'une époque à l'autre, une société en mutation*, Casablanca, Publications du Centre Jacques BERQUE et de la fondation du roi Abdulaziz AL-SAOUD, coll. « Dialogue des deux rives », 2016.

⁵ H. ALAMI M'CHICHI, *Genre et politique au Maroc*, *op. cit.*, pp. 146-147.

⁶ *Ibid.*, p. 146.

⁷ *Ibidem.*, p. 146.

⁸ Simple effet de mode ou idéologie déjà à l'œuvre, la théorie du *gender* jouit au Maroc d'une véritable faveur, particulièrement sous l'effet des études sociologiques. Il est à espérer que si une telle idéologie devait à l'avenir déteindre sur la règle de droit, celle-ci ne se montre perméable qu'à la remise en cause des inégalités les plus

stéréotypes et inégalités les plus flagrantes. Or, les dynamiques qui sous-tendent cette idéologie vont bien plus loin et portent atteinte à l'essence même de la structure familiale¹. C'est pourquoi nous n'adhérons pas entièrement à l'alternative telle que proposée car elle porte en son germe le risque d'égalitarisme, voire d'indifférenciation sexuelle. Pour l'auteur enfin, l'économie d'une évolution du droit privé vers le sens d'une égalité est inévitable du fait de l'interdépendance des droits politiques avec les droits privés. C'est pourquoi la question se pose de savoir s'il peut en aller autrement de cette évolution et surtout, de la méthode à privilégier si une telle évolution était inévitable ?

B) La nécessaire réhabilitation de la place du donné religieux

430. L'exploration du sens profond du Coran, source du droit musulman. Le *fiqh* ou droit musulman tel que connu du système juridique occidental n'est pas un droit d'origine divine. Il s'agit de la compréhension humaine de la *charia* telle qu'elle a été comprise, en déformation des normes coraniques². Le travail de tout comparatiste, lorsqu'il s'intéresse à un système juridique donné, est de s'intéresser au sens profond des institutions qu'il compare, à travers la finalité du droit qu'il étudie. Ce n'est que de cette manière que son travail peut être paré de la vertu de loyauté intellectuelle. Concernant le système juridique islamique, les diverses interprétations discriminatoires auquel il donne l'occasion, tant dans le travail du législateur que dans la jurisprudence génère un durcissement corrélatif du droit issu des systèmes occidentaux. Sans revenir sur l'évolution *post-moderne* du droit en France et son détachement du référent religieux, le regain contemporain de religiosité³ des sociétés islamiques –qui se répercute sur la manière de concevoir le droit- empêche à n'en pas douter toute harmonie entre ces deux systèmes. Cet antagonisme n'efface pourtant pas la réalité de la rencontre des deux systèmes du point de vue du droit international privé. C'est pourquoi la solution serait à rechercher dans une réhabilitation de la place faite au donné religieux dans le monde arabo-musulman⁴. Loin de

flagrantes, à l'exclusion de celles touchant les spécificités de l'homme et de la femme. Il n'est en revanche pas certain qu'une fois en marche, il soit possible d'arrêter un tel processus. Rapp. notamment du programme mis en place au Maroc -qui s'inscrit dans le cadre du plan des Nations-Unies au Maroc (2007-2011)- sous l'égide du fonds de développement des Nations-Unies pour la femme, en collaboration étroite avec le ministère de la justice et des libertés dont l'objet est, outre d'apporter un appui aux sections de la famille pour la mise en œuvre du Code, de répondre aux résultats D du plan initié. Entre autre résultats de ce point D, établir que des progrès significatifs ont été atteints en matière d'*égalité de genre*, de protection des droits de la femme et des filles et de participation à la vie publique, politique, économique, sociale et culturelle.

¹ En ce sens, M. DOUCHY-OU DOT, « Les expressions visibles de la théorie du *gender* en droit », in « *La théorie du Gender* ». *Vers une nouvelle identité sexuelle ?*, Lethiellieux, 2012, pp. 33-50.

² V. *supra*, n° 93.

³ Ce regain de religiosité est davantage vécu « comme un retour au formalisme rigoriste qu'à une spiritualité de l'engagement et de la conscience de Dieu ». A. LAMRABET, *Femmes et hommes dans le Coran : quelle égalité ?*, éd. Albouraq, 2012, p. 196.

⁴ V. en ce sens : F. FREGOSI (dir. de), *Lectures contemporaines du droit islamique (Europe et monde arabe)*, PUS, 2004.

s'en détacher, un certain nombre de propositions doctrinales très pertinentes prônent une lecture actualisée des sources coraniques. À cette fin, Madame Asma LAMRABET insiste sur la nécessaire valorisation de l'éthique islamique que véhicule le texte, en remettant dans leur cadre normatif tous les versets supports des multiples discriminations. Une vision d'ensemble de l'humanité serait ainsi dégagée du texte sacré.

431. La méthode à suivre. Pour l'auteur, une telle entreprise nécessite « de distinguer trois niveaux de lecture de versets coraniques » : ceux à portée universelle - majoritaires-, les versets conjecturels -liés à l'histoire- et les versets spécifiques -révéls spécifiquement pour les hommes ou pour les femmes. Leur représentation permettrait de distinguer les principes universels, valables selon l'approche holistique en tout temps et en tout lieu, des principes relevant du particulier et du contingent¹. Colossale, l'entreprise nécessite de s'affranchir du poids de la transmission héréditaire, empreinte d'un savoir peu conforme à la finalité du message divin. C'est pourquoi une réforme tant du fond que de la forme de l'enseignement islamique² s'impose car « aucune réforme sérieuse du champ religieux ne peut être envisagée sans avoir initié en priorité et en urgence la réforme du contenu de l'enseignement des sciences islamiques ». Des disciplines telles que l'histoire, la philosophie, la sociologie, l'anthropologie, la pensée islamique³ mais aussi occidentale, la science du *hadith* et le droit musulman en vigueur doivent être mises à l'honneur. Bien que relégué à une simple compilation, passivement transmise de génération en génération, toute réforme doit être appréhendée à la lumière du droit musulman afin de comprendre les raisons ayant pu conduire à une interprétation *décalée* de la source religieuse. Son étude ne doit plus se limiter à une transmission passive mais elle doit être en connexion avec la raison et l'effort d'*ijtihad*. Concept de base, celui-ci doit recouvrir la place qui est sienne car il n'est plus possible, comme le souligne l'auteur, « de continuer à appliquer les solutions juridiques élaborées par les juristes du 8^{ème} siècle à des problèmes relevant du 21^{ème} siècle. Nous avons besoin d'un *fiqh* réaliste, intelligent, cohérent et critique »⁴. Ce n'est qu'en procédant à une réforme de l'intérieur, de ce qui constitue l'être le plus profond de milliers de musulmans et non par reproduction mimétique d'une « modernité dissolvante niant sa spécificité »⁵, que pourra être réhabilité le donné religieux, source inconditionnelle du droit musulman de la famille.

¹ A. LAMRABET, *op. cit.*, p. 35.

² Cette réforme semble être en cours au Maroc. Après les manuels d'éducation religieuse, le ministre de l'éducation nationale Monsieur BELMOKHTAR a annoncé la révision projetée des contenus des programmes d'histoire. Cf. « Après les manuels d'éducation religieuse, ceux d'histoire seront aussi réformés », panorapost.com du 17 mars 2016.

³ Notamment par l'étude des grands penseurs et philosophes de l'âge d'or islamique, lesquels prônaient les valeurs d'ouverture et de tolérance propres au message spirituel.

⁴ A. LAMRABET, *op. cit.*, p. 194.

⁵ Pour reprendre l'expression de Monsieur PAPI, *L'influence juridique islamique au Maghreb*, *op. cit.*, p. 367.

Conclusion du chapitre second

432. Au Maroc, la question relative à l'évolution de la conjugalité ne connaît pas la même évolution qu'en France, le mariage y étant toujours considéré comme l'institution sexuée fondatrice du lien familial. Point de famille en dehors du mariage, et l'existence de concubinages est purement et simplement ignorée. Tant le fondement religieux du droit que l'existence d'un ordre public fortement directif empêchent de donner aux concubins une visibilité qui les hisserait hors de leur zone de non-loi. C'est pourquoi l'évolution qui ne connaît plus en France, de limites, est freinée au Maroc grâce aux valeurs religieuses de la société. Le droit de la famille demeure fidèle à ses sources, formées par la religion et par les mœurs. Ceci étant, le droit musulman a démontré sa capacité à évoluer au gré des besoins de la société, bien que cette évolution ne soit pas sans limites. En effet, les sociétés islamiques sont plus que tout attachées au seul modèle légal du mariage entre personnes de sexe opposé.

Loin d'être à l'abri du phénomène de globalisation qui touche le village planétaire, la mobilité croissante des ressortissants d'origine maghrébine dans l'espace européen offre d'intéressantes opportunités de rencontre et de circulation des différents modèles familiaux. À de telles occasions, les conflits de lois ne se réduisent pas uniquement à la question technique relative à l'applicabilité de la loi du *for* ou plutôt de la loi nationale, mais les conflits cristallisent de manière beaucoup plus profonde un conflit de valeurs entre deux conceptions du droit. L'opposition entre le système juridique des pays de tradition islamique et le système juridique français est porteuse de cet antagonisme. Alors que la diffusion du modèle libéral de familles françaises s'étend, non pas territorialement outre-méditerranée, mais indirectement par contamination des mœurs au mode de vie des (bi)nationaux résidant en France, une telle propagation est rendue possible du fait de la vocation « intégrative » de la règle de droit. Cette contamination est le reflet du degré d'intégration d'une frange de la population au système juridique français, étant entendu que c'est par la reproduction des comportements familiaux qu'un tel objectif est atteint. Est-ce à dire qu'une telle intégration favorise corrélativement l'érosion du modèle familial islamique au-delà des frontières ? Nous ne le pensons pas. Si l'objectif d'adhésion des citoyens aux valeurs de l'État de résidence est une préoccupation majeure et légitime des deux systèmes c'est, au demeurant, l'individu qui se retrouve au cœur d'une dualité de valeurs. D'un côté, le système juridique français s'attache à la satisfaction des désirs individuels dans une démarche générale tendant à assurer à tout citoyen les conditions optimales garantissant son bonheur sur le fondement des droits fondamentaux. Une telle entreprise traduit plus simplement l'importance accordée à l'individu en tant que tel, et cet objectif, à première vue, semble louable. D'un autre côté, le système islamique poursuit le même objectif, mais ne conçoit jamais l'individu comme un être isolé, mais bien au sein d'une communauté dont l'intérêt se confond nécessairement avec l'intérêt de ses membres.

L'un et l'autre sont donc indissociables. Ce sont alors les moyens employés par l'un et par l'autre de ces systèmes –droits fondamentaux pour le premier, *charia* islamique pour le second- qui diffèrent, l'objectif commun étant le bien être de l'homme en ce monde. Par conséquent, le conflit tel que posé constitue un abus de langage, car celui-ci ne porte pas tant sur la finalité de la loi applicable que sur la méthode utilisée pour parvenir à cet objectif.

Conclusion du titre premier

433. L'étude de la trajectoire qu'a connue le mariage entraîne incontestablement celui-ci à ne plus être qu'un mode de conjugalité parmi les autres. Sa nature est changée, ses obligations affaiblies et son sens affadi¹. Pour Monsieur le professeur Hugues FULCHIRON, il s'agit bien d'une « défamiliarisation »² du mariage. Dans cette chute, ce sont les autres formes de couples qui ont gagné la sympathie du législateur, qui a fait de l'impératif de protection de la personne le principe directeur phare de sa politique.

L'incursion en droit étranger afin d'évaluer l'exportabilité de ce nouveau modèle à travers le prisme du droit international privé a fait apparaître au grand jour la contrariété des législations française et marocaine, mais surtout les obstacles à cette exportabilité. L'interventionnisme du législateur dans les pays du Maghreb contraste fortement avec le désengagement vis-à-vis de la norme juridique du législateur français. Dans ce contexte, deux conceptions du droit font leur face à face : l'une interventionniste, l'autre libérale. La première conception considère la loi comme devant être directive, afin de « ne pas accréditer des systèmes dangereux »³. Surtout, d'essence religieuse en matière familiale, elle ne saurait être écartée au profit d'une loi *humaine*, nécessairement imparfaite. L'effort de création humaine ne saurait prospérer sans la base qui lui est préalable, qui est en dernier ressort, le texte coranique. Ainsi que le souligne Louis MILLIOT, « (...) le donné qui, chez nous, est recherché et découvert par la science, c'est-à-dire par la connaissance de la nature des choses, (est), dans l'Islam, apporté par la croyance (...) »⁴. C'est pourquoi l'atteinte alléguée à la liberté individuelle ne peut se concevoir dans ce système global, où l'individu n'existe ni par lui-même ni pour lui-même, mais s'intègre au sein d'une communauté dont l'intérêt passe par la préservation de la cellule familiale comme entité. Dans ce contexte, la distribution des rôles selon des fonctions sociales expressément édictées par les droits positifs au profit de l'homme et de la femme exclut une approche du droit de la famille en termes d'égalité purement abstraite. Ainsi qu'a pu le souligner un auteur, cette complémentarité naturelle de l'homme et de la femme n'est pas spécifique au monde musulman, « (...) mais, de nos jours, c'est dans le monde musulman qu'elle est le plus fortement explicitée et revendiquée »⁵. Par conséquent, la notion d'atteinte à la liberté

¹ C'est ce que le professeur Méline DOUCHY-LOUDOT appelle le « mariage triste ». Cf. M. DOUCHY-LOUDOT (dir. de), *La réforme du mariage. Approche critique sur les mutations familiales*, Poitiers, DMM, 2013, p. 142.

² H. FULCHIRON, « Le partenariat est-il soluble dans le mariage (et réciproquement) ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris, Dalloz, 2012, p. 128.

³ P. MURAT, « Individualisme, libéralisme, légistique », in *Mariage-Conjugalité, Parenté-Parentalité*, op. cit., p. 241.

⁴ L. MILLIOT, « L'idée de la loi dans l'Islam », in *Travaux de la semaine internationale de droit musulman*, L. MILLIOT (dir. de), Paris, Recueil Sirey, Institut de droit comparé, 1953, p. 29.

⁵ H. ALAMI M'CHICHI, *Genre et politique au Maroc, les enjeux de l'égalité hommes-femmes entre islamisme et modernisme*, Paris, l'Harmattan, 2002, p. 63.

individuelle telle que perçue du point de vue occidental n'en constitue pas réellement une au sein de ce système. Face à la puissance de l'interventionnisme législatif, le laconisme de la loi, loin d'être perçu telle une faiblesse, confère au juge un large pouvoir d'appréciation des situations particulières.

Dans la seconde conception en revanche, le droit adopte une attitude de neutralité vis-à-vis de la norme juridique, car celui-ci doute « qu'il puisse avoir une réelle emprise sur les régulations familiales »¹. Ainsi, le bonheur individuel ne saurait être sacrifié à la prévention d'un éventuel danger pour la société². Cette approche place en réalité chaque individu sous sa propre responsabilité. Défendable en son principe, du fait de la marge de liberté qu'elle accorde à l'individu, cette forme de désengagement a néanmoins pu être critiquée. Elle a notamment été qualifiée d'une « dureté inflexible », car elle serait en réalité impitoyable aux « petits, aux faibles, aux mal éduqués, à ceux qui se trompent, à ceux qui souffrent et à ceux auxquels ni l'origine sociale ni la chance n'ont souri »³. Particulièrement, elle porte la marque du doyen CARBONNIER qui pensait substituer d'autres normes non-juridiques à la règle de droit afin de responsabiliser les individus. Ainsi qu'il a pu l'exprimer, « en libérant certains comportements de la sanction juridique, le législateur a entendu les renvoyer à d'autres systèmes normatifs, moeurs, morale, religion. Plaçant ainsi chacun sous sa propre responsabilité, il a ouvert entre toutes les familles une sorte de libre concurrence –l'arrière-pensée étant que l'emporteront à la longueur les autres, en réussite sociale, celles qui se seront évertuées à être sinon les plus vertueuses, du moins les plus sobres, les plus dures envers elles-mêmes »⁴. Or, en réalité, il semblerait que le législateur lui-même ait surestimé la capacité des individus à se passer du pouvoir directif de la loi lorsqu'il croyait légitimement que d'autres formes de régulation pouvaient prendre le relais de la norme juridique⁵. Bien que non expressément garanti par l'État, c'est bien le droit au bonheur qui sous-tend cette conception du droit, « philosophie du bonheur qui a traversé la société des années 1960 »⁶. Si celle-ci a réussi à chasser le lien matrimonial de la sphère familiale, la question relative à la parenté ne saurait, en conséquence, demeurer attachée aux vestiges d'une institution qui n'est plus. À la dématrimonialisation actée de la conjugalité fait suite un processus de dématrimonialisation de la parenté.

¹ P. MURAT, « Individualisme, libéralisme, légistique », *art. précit.*, p. 241.

² J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit du mariage », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle*, Études offertes à Georges RIPERT, Paris, LGDJ, t. 1, 1950, p. 335.

³ P. MALAURIE, *Cours de droit civil, La famille*, 6^{ème} éd., Cujas, 1998, n° 23, p. 32, cité par P. MURAT, *art. précit.*, p. 241.

⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil, La famille*, Paris, PUF, 16^{ème} éd., 1993, n° 6, p. 24, cité par P. MURAT, *art. précit.*, p. 241.

⁵ « Toutefois, le législateur n'a-t-il pas trop présumé de la capacité qu'aurait l'individu de se créer ses propres normes familiales ? L'espace de liberté qui a été dégagé pourrait bien être occupé par des normes collectives, des pouvoirs moraux, les médias, l'école, l'Église », J. CARBONNIER, *Droit civil, La famille*, *op. cit.*, cité par P. MURAT, *art. précit.*, p. 242.

⁶ P. MURAT, *art. précit.*, p. 242.

Titre second. La métamorphose juridique de la parenté

434. Mutation de la parenté. Bien qu'elle n'ait jamais été exclusivement biologique, la parenté¹ semble aujourd'hui céder la place au concept moderne de « parentalité »² qui oriente davantage le débat vers la fonction éducative qui échoit aux parents. Alors que le mariage s'est dilué dans la *conjugalité*, la parenté est aujourd'hui débattue sous l'angle de la *parentalité*. Ce mouvement n'a d'ailleurs pas échappé aux organisateurs du colloque³ porteur d'un tel intitulé, fins observateurs du virage conceptuel vers lequel se dirigeait désormais le droit de la famille. Il serait tentant de croire à une hasardeuse coïncidence si l'évolution ne correspondait pas précisément à l'entrée en vigueur du mariage entre personnes de même sexe, dans lequel la potentialité d'un enfant conçu à deux est nulle.

Bien plus fonctionnelle que la parenté, la parentalité permet de faire abstraction des géniteurs de l'enfant au profit de ceux qui l'ont désiré et éduqué. Pourrait donc être parent toute personne qui s'est, à un moment de la vie de l'enfant occupée de lui, voire toute personne qui l'aurait désiré et permis sa conception. S'il ne suffit pas pour être parent de donner la vie, l'inconvénient majeur de cette thèse est de favoriser l'émergence d'une parenté intentionnelle totalement détachée de la notion de filiation. Après le mariage pour tous, il s'agirait de mettre en place une filiation juridique *pour tous* (**Chapitre 2**). Autre hasardeuse coïncidence, ce mouvement fait également écho à l'émergence de nouveaux liens de proximité que l'enfant entretient avec son beau-parent, à l'occasion des recompositions familiales⁴. Si ce premier mouvement ouvrait l'enfant vers d'autres liens qui pourraient contribuer à son épanouissement, la situation est aujourd'hui autre. Ainsi que cela a été exprimé par Monsieur le professeur MURAT, « ces réformes ont ouvert la voie à d'autres, plus profondes, qui ont métamorphosé les structures mêmes du droit familial (...) les réformes contemporaines nous ont donc emmenés loin des bases traditionnelles et les bouleversements du Code ne sont sans doute pas encore finis si l'on prend la mesure de la révolution que représente, pour l'ensemble du droit de la famille, l'ouverture du mariage aux couples de même sexe »⁵.

¹ En ce sens : C. SIFFREIN-BLANC, *La parenté en droit civil français. Étude critique*, Marseille, PUAM, 2009.

² H. FULCHIRON, « Parenté, parentalité, homoparentalité », *D.*, 2006, p. 876.

³ H. FULCHIRON (dir. de), *Mariage-Conjugalité, Parenté-Parentalité*, Paris, Dalloz, 2008.

⁴ V. *supra*, notre Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

⁵ P. MURAT (dir. de), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz Action, 7^{ème} éd., 2016-2017, n° 01.43, spec. pp. 18-19.

Cette parenté intentionnelle émergente est d'autant plus renforcée par le progrès de la science biomédicale, que le droit encourage. À l'unité traditionnelle de la filiation reposant sur la procréation (**Chapitre 1**) se substitue la pluriparentalité. Dans un souci de cohérence juridique, la parenté devrait -dans un contexte de bouleversement culturel et social- être repensée à la lumière de son interaction avec la nouvelle vision de la conjugalité.

Chapitre premier. L'unité de la filiation inhérente à la procréation

435. Le concept de filiation : une fonction et un sens. Outre la dimension symbolique que le droit a en charge d'organiser afin de permettre le rattachement de l'enfant à ses parents¹, le concept désigne, sous l'angle juridique, un ensemble de devoirs et d'obligations, support de la fonction parentale qui incombe aux adultes auxquels est rattaché l'enfant. Au delà de son aspect fonctionnel, ce concept est également porteur d'un sens, afin d'informer « sur un ordre, une représentation des choses, des constructions intellectuelles, des places... »² qui font prendre à tout individu une place qui l'inscrit dans une généalogie indiquant son origine. Porteur d'une vérité symbolique, cet univers de représentations relève d'une sorte de « mythe, d'un récit allégorique qui laisse voir le fondement sans le réduire à une réalité de fait »³. Toute la construction du droit de la filiation, notamment aujourd'hui encore dans les pays du Maghreb (**Section 2**), repose sur ce mythe de l'engendrement qui structure le droit de la famille. Le droit de la filiation, en France non plus, n'est guère en reste de ce mythe bien qu'il s'inscrive davantage dans une perpétuelle quête d'égalité, qui passe en premier lieu par la recherche de l'égalité entre les enfants en mariage et les enfants hors-mariage (**Section 1**). Or, c'est à cette même évolution que le droit maghrébin de la famille refuse de procéder afin de préserver la place du mariage dans son système.

¹ P. MURAT, « Passer la filiation ou dépasser la filiation », in *Parenté, Filiation, Origines, Le droit et l'engendrement à plusieurs*, H. FULCHIRON, J. SOSSON (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 260.

² P. MURAT, *art. précit.*, p. 265.

³ *Ibid.*, p. 266.

Section 1. L'évolution du concept de filiation en droit français

436. Le déclin de la présomption de paternité. Mode privilégié par le législateur, l'établissement du lien de filiation de l'enfant à l'égard de ses parents a longtemps exclusivement reposé sur le mariage. Or, l'autonomisation de ce dernier à l'égard de la filiation a conduit à l'affaiblissement du rôle de la présomption de paternité. Principalement rendue possible par l'égalisation du statut de l'enfant naturel avec celui de l'enfant légitime (§1), cette évolution n'a pas manqué de se répercuter sur les prérogatives parentales (§2).

§1) L'égalité du statut de l'enfant naturel et de l'enfant légitime

437. L'émergence d'un statut privilégié de l'enfant. Jusqu'à la première moitié du XX^{ème} siècle en France, l'inégalité des enfants¹ était un des principes directeurs du droit de la famille. Petit à petit, l'importance de son bien-être² a permis de faire émerger l'idée que toute décision conjugale doit être prise à l'aune de ce qu'exige son intérêt³. Sous l'influence d'une mondialisation des droits et des instruments internationaux⁴ de protection, les différents systèmes juridiques entendent donc promouvoir le statut de l'enfant en lui conférant une place inédite dans leur législation. L'inégalité de naissance, autrefois principe *naturel* du droit de la filiation laisse rapidement la place à l'égalité des

¹ Absolue, la puissance paternelle se manifestait à l'égard de l'enfant par un droit de correction qui pouvait aller jusqu'à son incarcération, et l'enfant était perçu tel un *producteur*. L'adoption du Code civil revient de façon considérable sur les acquis de la Révolution, assimilant les enfants nés hors mariages à des « bâtards ». Au même titre que les femmes ou les personnes aliénées, les enfants n'étaient pas considérés comme des personnes à part entière et ne jouissaient pas de la personnalité juridique. Cf. H.-L. BRIN, *Les innovations de décret-loi du 30 octobre 1935 en matière de droit de correction*, Paris, Recueil Sirey, 1938 ; F. BOULANGER, *Les rapports juridiques entre parents et enfants, Perspectives comparatistes et internationales*, Economica, Paris, 1998, pp. 4-13.

² Surtout que ce dernier « est devenu un bien rare et durable, un capital, un investissement, et l'impératif de qualité se substitue à la valeur quantité », cf. I. THERY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, op. cit., p. 36, alors qu'auparavant, le droit ne s'intéressait au sort de l'enfant que pour ce qui touchait à « l'établissement de la filiation, selon des règles relativement strictes et inégalitaires, et la protection du patrimoine qui pouvait lui échoir lors des transmissions successorales ». Cf. F. BOULANGER, *Les rapports juridiques entre parents et enfants, Perspectives comparatistes et internationales*, Economica, Paris, 1998, p. 1.

³ J. RUBBELIN-DEVICHI, « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises », *JCP, G*, 1994, I, 3739, n° 13 ; M. DONNIER, « L'intérêt de l'enfant », *D.*, 1959, chron. p. 180. V. notamment les thèses de Y. LEGUY, *L'intérêt personnel de l'enfant et les relations familiales*, Rennes, 1973 ; R. LEGUIDEC, *La notion d'intérêt de l'enfant en droit civil français*, Nantes, 1973 ; J.-P. SERVEL, *La notion d'intérêt de l'enfant. Essai sur les fondements de l'autorité et des décisions parentales*, Aix-Marseille, 1978.

⁴ J. HAUSER, « L'enfant supranational : mythe ou réalité ? », *LPA*, 1995, n° 53, p. 36-37.

statuts¹. Par humanité, le législateur a lors de ses réformes, veillé à établir une parfaite égalité entre les enfants dans l'établissement de leur lien de filiation (A). Telle qu'héritée du Code Napoléon, la construction du droit de la filiation a nécessité une refonte radicale pour refléter les nouvelles bases égalitaires au fondement du droit de la filiation (B).

A) L'humanité du législateur à l'égard de l'enfant né hors mariage

438. Une inégalité de naissance injustifiée². La place qu'occupent les enfants « naturels »³ au sein d'un ordre juridique dépend de la conception sociale que l'on se fait de la famille hors mariage et du fondement du droit successoral. Selon la conception traditionnelle du mariage et de la famille, le lien de mariage unissant les parents entre eux permet de rattacher les enfants nés durant l'union au mari de la mère. Or, la distinction faite par le Code civil entre enfants légitimes, enfants naturels simples, enfants adultérins et enfants incestueux contrevenait à l'égalité civile proclamée deux siècles auparavant⁴, et créait entre les individus des inégalités fondées sur la naissance, à partir de la conduite de leurs géniteurs⁵. C'est pourquoi le droit de la filiation s'accommodait mal des impératifs internationaux de protection des enfants, peu importantes les circonstances de leur naissance. Par ailleurs, s'inscrivant dans l'entreprise de modernisation du droit de la famille, la promotion de l'enfant né hors mariage constituait également une des pièces maîtresses dans l'avènement de la famille égalitaire moderne, et plus rien ne justifiait que la filiation « en mariage » soit une filiation « de⁶ qualité » préférable à l'autre. Dans l'attente de l'intervention du législateur, la jurisprudence faisait pourtant déjà preuve de souplesse afin de statuer selon ce qu'exigeait l'intérêt de l'enfant.

¹ P. RAYNAUD, « Les deux familles. Réflexions comparatives sur la famille légitime et la famille naturelle », in *Aspects du droit privé en fin du XX^{ème} siècle*. Études réunies en l'honneur de Michel DE JUGLART, Paris, LGDJ, 1986, pp. 63-79.

² V. en ce sens : V. VOITTO SAARIO, *Étude des mesures discriminatoires contre les personnes nées hors mariage*, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, publication des Nations Unies, 1968.

³ Pendant l'Ancien droit, les enfants naturels étaient écartés de la succession de leur père. La loi du 12 brumaire an II (2 novembre 1793) leur accorda des droits successoraux identiques à ceux des enfants légitimes, à condition qu'ils aient été reconnus. Le Code civil reviendra pourtant sur cet acquis, en leur concédant des droits successoraux inférieurs à ceux des enfants légitimes. L'enfant adultérin demeure exclu de la succession et ne peut prétendre qu'à des aliments. Cf. P. MALAURIE, L. AYNES, *Les successions et les libéralités*, Paris, Defrénois, 6^{ème} éd., 2014, p. 52, n° 60 ; C. PLESSIX-BUISSET, *Ordre et désordre dans les familles, Études d'Histoire du droit*, Rennes, PUR, 2002 ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, « L'enfant naturel dans l'ancien droit français », *Recueils de la société Jean Bodin*, Bruxelles, T. XXXVI, 1976, pp. 256-269 ; J. POUMAREDE, « La législation successorale de la Révolution entre l'idéologie et la pratique », in *La famille, la loi, l'état. De la Révolution au Code civil*, Paris, 1989, pp. 167-182 ; Y. FLOUR, « De l'égalité des héritiers devant la loi », in *Les enjeux de la transmission entre générations*, LERADP, éd. Septentrion, 2005, p. 100.

⁴ Art. 1^{er} DDHC : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit ».

⁵ V. en ce sens : M. FABRE, *Étude de droit français et de droit comparé sur l'état de l'enfant naturel dans la famille et la société*, Avignon, éd. François Seguin, 1900.

⁶ D. FENOUILLET, *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 3^{ème} éd., 2013, p. 343, spec. n° 383.

439. La souplesse de la jurisprudence. La jurisprudence de l'époque était écartelée entre son respect du mariage et de la présomption *pater is est* d'un côté, et sa volonté d'adoucir le statut de l'enfant illégitime. Lorsqu'elle devait statuer sur la date de la conception (lorsque celle-ci était incertaine), elle le faisait souvent dans un sens favorable à l'enfant (en vertu de la règle *omni meliore momento*). Une telle souplesse lui permettait de choisir, à l'intérieur de la période légale, la date de la conception qui préservait au mieux son intérêt. L'enfant pouvait donc, dans certains cas, choisir son père juridique ou la nature de sa filiation en fonction de ce qu'exigeait son intérêt concret¹, sans que la preuve contraire ne puisse être rapportée. Sur ce même raisonnement reposait un arrêt de la Cour de cassation² ayant autorisé un enfant à fixer sa date de conception pendant le mariage de sa mère et non après. La qualité d'enfant adultérin lui permettait d'obtenir des aliments, la preuve de la paternité de fait étant ensuite possible par tous les moyens, tandis que la qualité d'enfant naturel simple l'aurait obligé à se situer dans le cadre des conditions de recevabilité de l'action en recherche de paternité naturelle. L'intention de la Cour de cassation était incontestablement de servir l'intérêt de l'enfant en minimisant les effets d'une législation discriminatoire, en prenant en compte la réalité sociologique et affective, pouvant se traduire au quotidien par la possession d'état.

440. La loi du 3 janvier 1972 et le principe de vérité biologique. La nouvelle loi affichait comme objectif la nécessité de responsabiliser les parents, en offrant la possibilité à tout enfant naturel d'établir sa filiation (à l'exception de la filiation incestueuse). Le principe d'égalité constituait le nouveau vecteur du droit de la filiation et toute idée de hiérarchie entre les filiations s'amenuisait. Le respect de l'identité personnelle de l'enfant en tant qu'individu prenait le dessus sur la référence sociale. Toujours est-il que le nouveau principe d'égalité était relatif et diverses différences demeuraient entre filiation légitime et filiation naturelle. L'adoption de la loi du 3 janvier 1972 constitue à n'en pas douter l'élément central de la rupture³ car elle signe « la fin de l'exclusivité de la filiation en mariage »⁴. Surtout, le législateur entendait réconcilier le droit de la filiation et le principe

¹ Affaire *Brousson*, Cass. civ., 23 sept. 1940, *Sirey*, 1941, 161, note ESMEIN. Pour la Cour, la présomption de durée de grossesse doit être entendue dans un sens favorable à l'enfant. Elle en déduit que l'enfant né entre le cent quatre-vingtième et le trois centième jour qui suivent une ordonnance en résidence séparée entre la mère et son mari n'est pas couvert par la présomption *pater is est*. Il peut néanmoins prétendre à la qualité d'enfant légitimé du second mari de la mère, en soutenant que sa conception se situe après cette ordonnance.

² Cass. civ., 29 juin 1965, *D.*, 1966, 2-120, note ESMEIN.

³ Au nom « de la garantie essentielle de la pureté du foyer domestique et du bon ordre des familles », il fallait que « les crimes contre la morale demeurent ensevelis dans l'obscurité et le silence », C. SCALPEL, « Que reste-t-il de la "paix des familles" après la réforme du droit de la filiation ? », *JCP*, *G*, I, 1976, 2757.

⁴ I. THERY, « Mariage et filiation de même sexe : une approche sociologique », in *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, Y. LEQUETTE, D. MAZEAUD (dir. de), Paris, éd. Panthéon-Assas, 2014, p. 94, spec. n° 9-10. Madame THERY exprime ainsi la situation : « L'ordre matrimonial traditionnel ne divisait pas les hommes mais il divisait fortement les femmes selon "la logique de l'honneur" : d'un côté les dignes épouses et mères de famille, et de l'autre les filles perdues, les prostituées, les catins, les filles-mères, et on pourrait multiplier les exemples. C'est donc avec tout cela que progressivement la société démocratique a rompu (...) ».

fondamental de vérité¹, souvent mis à l'écart au profit de la paix des familles. Outre les maladresses techniques² lors de la mise en œuvre des réclamations d'état et des revendications d'enfants légitimes³ (avant l'adoption de la loi), le législateur introduisit à l'occasion de la réforme⁴ des conceptions nouvelles permettant l'établissement de la filiation des enfants⁵. Une règle en particulier permettait aux juges de privilégier la filiation établie en premier. Ce n'était qu'en cas de conflit que ces derniers tranchaient selon la filiation la plus vraisemblable. Subsidiairement, la possession d'état ne constituait plus pour les juges qu'un élément permettant une meilleure appréciation à défaut d'autres éléments de conviction. Or, au lieu de s'inscrire dans la continuité jurisprudentielle préservant au mieux l'intérêt de l'enfant, la nouvelle loi, faisant la place large au critère tiré de la vérité biologique⁶, inversa les données du problème en instaurant une législation chaotique et contradictoire⁷. Une fois atteint, le critère de vérité biologique ne laissait place à aucun autre élément d'appréciation, alors même qu'un juste équilibre pouvait être trouvé en faisant un choix ou, à tout le moins, en privilégiant un au détriment de l'autre. Une telle approche a eu pour conséquence de faire perdre aux présomptions relatives à la grossesse leur caractère irréfragable, la preuve contraire pouvant désormais être administrée. Les interventions législatives ultérieures, notamment la loi du 8 janvier 1993⁸ puis l'adoption

¹ A. CHEYNET DE BEAUPRE, « Les liens du sang (filiation et vérité biologique) », *Mélanges en l'honneur du professeur Claire NEIRINCK*, Paris, LGDJ, 2015, pp. 443-459.

² Cf. C. COLOMBET, J. FOYER, D. HUET-WEILLER et alii, *La filiation légitime et naturelle. Étude de la loi du 3 janvier 1972*, Paris, Dalloz, 1977, p. 324-344.

³ G. CHAMPENOIS, *Réclamation d'état et revendication d'enfant légitime*, Paris, LGDJ, 1971.

⁴ J. MASSIP, « La contestation de la filiation légitime depuis la loi du 3 janvier 1972 », *D.*, 1977, chron. p. 237 ; G. CHAMPENOIS, « La loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 a-t-elle supprimé la présomption *Pater is est quem nuptiae demonstrant* », *JCP, G*, I, 1975, 2686 ; M. REMOND-GUILLOUD, « La possession d'état d'enfant (À propos de la loi du 3 janvier 1972 », *RTD civ.*, 1975, p. 45 ; M.-L. RASSAT, « Propos critiques sur la loi du 3 janvier 1972 portant réforme du droit de la filiation », *RTD civ.*, 1973, p. 207.

⁵ Il était reproché à l'ancien article 334-10 de « ruiner la logique d'un système qui prétend dissocier le sort de l'enfant de la situation de ses auteurs ; on lui a également fait grief de traiter différemment l'union incestueuse, toujours marquée du sceau de l'infamie, et l'union adultérine qui, elle, serait désormais tolérée », Cf. C. COLOMBET, J. FOYER, D. HUET-WEILLER et alii, *La filiation légitime et naturelle, étude de la loi du 3 janvier 1972, op.cit.*, p. 145, spec. n° 148.

⁶ Si la filiation ne repose pas exclusivement sur le critère biologique, ce fondement n'en demeure pas moins important car il facilite la représentation du lien symbolique de filiation. Les deux critères sociologique et biologique sont donc nécessaires afin de construire une filiation solide. Dans certaines situations, l'absence de fondement biologique est palliée par la construction d'une filiation fictive en vue d'inscrire l'enfant dans cette représentation symbolique. C'est notamment le cas de l'adoption lorsque l'enfant a été abandonné. La fiction vient donc pallier un accident dû au hasard de la vie, et aider à mettre en place le schéma symbolique de la filiation. À l'inverse, un lien biologique peut rester lettre morte s'il n'est pas reconnu juridiquement, ou n'a pas été voulu.

⁷ Pour preuve, l'ancien article 311 alinéa 2 disposait que « la conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période, suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant ». Or, l'alinéa 3 poursuit « la preuve contraire est recevable ». La règle *omni meliore momento* pouvait donc toujours être utilisée dans l'intérêt de l'enfant, mais son rôle était beaucoup plus restreint car la recherche de la vérité permettait d'aller à l'encontre de l'intérêt de l'enfant, que cette même règle est censée assurer.

⁸ 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 1993, p. 495 ; V. pour les commentaires de cette loi : F. GRANET, « L'établissement judiciaire de la filiation depuis la loi du 8 janvier 1993 », *D.*, 1994,

des lois bioéthiques en 1994 participeront à l'incohérence du droit de la filiation, la première faisant largement la place à la vérité biologique, la seconde la niant au profit d'une réalité sociologique et affective¹ dont le fondement est le désir d'enfant. Le droit de la filiation oscillera ainsi entre lien biologique et lien affectif² pour favoriser l'adéquation de la paternité juridique à la vérité biologique³. Or, le principe de vérité conduira à conférer aux tribunaux une responsabilité accrue dans l'appréciation souveraine des preuves de la filiation.

441. La généralisation de l'expertise biologique. Un arrêt très remarqué de la première chambre civile⁴ -dénotant selon un auteur « des médiocrités législatives de ces dernières années »⁵, contribua au désordre du droit de la filiation. Son attendu de principe est ainsi libellé : « *en matière de filiation, l'expertise biologique⁶ est de droit, sauf motif légitime de ne pas y recourir* ». Antérieurement à cet arrêt, le juge n'était tenu d'ordonner une expertise que lorsque celle-ci était de nature à établir une fin de non-recevoir⁷. Il n'était jamais tenu de recourir à l'expertise lorsque, comme en l'espèce, elle ne constituait qu'un moyen de preuve. De plus, le régime de l'action en recherche de paternité et de l'action à fins de subsides avait été modifié par la loi du 8 janvier 1993⁸, supprimant les

chron. p. 21; G. SUTTON, « La filiation au fil d'une loi en *patchwork* (loi n° 93-22 du 8 janvier 1993) », *D.*, 1993, chron. p. 163.

¹ V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Le mythe du sang en droit de la filiation », *LPA*, 1994, n° 32, pp. 15-21.

² C. LABROUSSE-RIOU, « La vérité dans le droit des personnes », in *L'homme, la nature et le droit*, B. EDELMAN et M.-A. HERMITTE (dir. de), éd. Christian Bourgois, 1988, pp. 159-198.

³ J. MASSIP, « La contestation de la filiation légitime depuis la loi du 3 janvier 1972 », *D.*, 1977, I, 237.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, n° 98-12.806; Cf. s'agissant des commentaires abondants de cet arrêt : T. GARE, « L'expertise biologique est de droit en matière de filiation », *D.*, 2000, p. 731 ; H. GAUMONT-PRAT, « L'expertise biologique en droit de la filiation », *D.*, 2001, p. 1427 ; C. DESNOYER, « L'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder », *D.*, 2001, p. 2868 ; S. LE GAC-PECH, « De Louis XVII à Z... », *D.*, 2001 p. 404 ; F. GRANET, « L'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder », *D.*, 2001 p. 976 ; J. HAUSER, « Préliminaire : théorie générale des actions d'état, l'expertise génétique et le juge », *RTD civ.*, 2000, p. 304 ; *LPA*, 5 sept. 2000, p. 8, note N. NEVEJANS-BATAILLE et 27 nov. 2000, note C. DABURON p. 13; *JCP, G, I*, 2000, n° 253, obs. C. BYK et II, n° 10409, concl. C. PETIT; *Deffrénois*, 2000, art. 37194, obs. J. MASSIP, p. 769; *RJPF*, 2000, n° 5, obs. J. HAUSER, p. 23; *Gaz. Pal.*, 10 au 12 sept. 2000, note J. MASSIP, p. 30; *Rev. dr. fam.*, 2000, comm. n° 72, note P. MURAT.

⁵ J. HAUSER, « Préliminaire : théorie générale des actions d'état, l'expertise génétique et le juge », *art. précit.*, p. 304.

⁶ V. récemment l'arrêt de la première chambre civile, précisant que l'expertise biologique n'est de droit que pour les actions relatives à la filiation, de sorte qu'« elle ne saurait être une expertise génétique réglementée par l'article 16-11 du Code civil », aux fins d'obtenir la copie intégrale d'un acte de naissance. Cass. civ. 1^{ère}, 27 janv. 2016, n° 14-25.559, *JCP, G, I*, 2016, n° 6, 148.

⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juin 1999, n° 97-13.199 : « attendu que la reconnaissance d'un enfant naturel est présumée être l'expression de la vérité et qu'il incombe à celui qui la conteste d'apporter la preuve de son caractère mensonger ; que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel a refusé l'expertise, après avoir relevé que M. L..., qui avait vécu pendant plusieurs années en concubinage avec Mme B..., ne fournissait aucun élément de preuve sérieux permettant de mettre en doute sa paternité ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision... ».

⁸ Dès lors qu'il existait des indices graves ou présomptions (art. 340 al. 1 et 2 du Code civil), l'action était librement exercée.

fins de non-recevoir, ce qui avait entraîné un recul significatif de l'expertise comme moyen de preuve au fond. En d'autres termes, il convenait de démontrer l'existence des présomptions ou indices graves justifiant l'action en recherche de paternité autrement qu'au moyen de l'expertise génétique. Or, c'est bien sur cela que revient la Cour de cassation. Rendu au visa de l'article 311-12 du Code civil, l'arrêt consacre un « droit à l'expertise »¹ au détriment de la vérité sociologique. C'est également à la sécurité et la prévisibilité de la filiation qu'il est renoncé, en en faisant un outil de construction et de déconstruction des liens. Avec cet arrêt, il a été avancé que « le père a le droit de détruire le lien de filiation paternelle mensonger qu'il a lui-même établi en connaissance de cause, de même que la mère infidèle de l'enfant a le droit de remettre en cause la paternité de son compagnon ; en revanche, l'enfant ainsi privé de toute filiation paternelle ne se voit pas reconnaître les mêmes facilités probatoires s'il désire retrouver son véritable père (...) ». Il semblerait que le droit de la filiation charnelle ait été « beaucoup plus sensible à l'intérêt de l'adulte (ne pas avoir à répondre des conséquences de son acte) qu'à l'intérêt de l'enfant (avoir une filiation stable) » première victime de cette instabilité selon un auteur².

Tirailées entre le respect dû au mariage, et la volonté de rendre moins injuste le statut de l'enfant né hors mariage, tant la législation –par ses maladresses techniques– que la jurisprudence – que ce soit par sa rigidité ou sa souplesse – ont contribué à la confusion en matière filiale. Cette situation révélait l'urgence d'une réforme, que l'ordonnance du 4 juillet 2005³ opéra.

¹ Droit à l'expertise biologique que la CEDH ne considère pas attentatoire au droit au respect de la vie privée d'un individu, dont la paternité a été déclarée par les juridictions internes en raison du refus du requérant de se soumettre à l'expertise. CEDH, 25 juin 2015, *Canonne c/ France*, n° 22037/13 ; *AJ fam.*, 2015, S. LE GAC-PECH, p. 499.

² C. DESNOYER, « L'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder », *art. précit.*, p. 2868.

³ Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 (*J.O.*, 6 juillet 2005, p. 11159) « portant réforme de la filiation » ratifiée par la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009. V. les nombreux commentaires : P. MURAT, « Dossier spécial filiation : avant lecture », *Rev. dr. fam.*, 2006, n° 1, p. 4 ; A. DIONISI-PEYRUSSE, « La sécurisation de la filiation paternelle par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 », *D.*, 2006, p. 612 ; F. MILLET, « La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », *JCP, G, I*, 2006, 112 ; A. GOUTTENOIRE, « Les réformes du droit de la famille », *Rev. dr. fam.*, 2006, n° 3, p. 12 ; J. MASSIP, « Le nouveau droit de la filiation », *Deffrénois*, 2006, p. 6 ; C. NEIRINCK, « La maternité », *Rev. dr. fam.*, 2006, n° 1, p. 14 ; A. GOUTTENOIRE, « Les actions relatives à la filiation après la réforme du 4 juillet 2005 », *Rev. dr. fam.*, 2006, n° 1, p. 15 ; J. HAUSER, « La réforme de la filiation et les principes fondamentaux », *Rev. dr. fam.*, 2006, n° 1, p. 6 ; J. HAUSER, « Des filiations à la filiation », *RJPF*, 2005, n° 9, p. 6 ; P. MURAT, « La filiation simplifiée », *Rev. dr. fam.*, 2005, n° 9, p. 4 ; G. KESSLER, « La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant », *Rev. dr. fam.*, 2005, n° 7-8, p. 11 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Feu les enfants légitimes et naturels ! Vive la présomption de paternité...légitime ! », *Rev. dr. fam.*, 2005, n° 10, repère n° 9, p. 3 ; A. BATTEUR, « Recherche sur les fondements de la filiation depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *LPA*, 19 juin 2007, n° 122, p. 6 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « La loi du 16 janvier 2009 sur la filiation : bien plus qu'une simple ratification ! », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2009, n° 58, p. 37 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation : les modifications », *AJ fam.*, 2009, p. 76.

B) La refonte du droit français de la filiation

442. L'unification des filiations. L'ordonnance du 4 juillet 2005 consacre l'égalité dans l'établissement du lien de filiation. Elle procède à son unification et supprime les termes de filiation « légitime » et « naturelle »¹. Un principe simple est posé : « la loi ne distingue pas selon les modes d'établissement de la filiation »². Afin de sécuriser³ les filiations et ses modes d'établissement, l'ordonnance simplifie les règles concernant la prescription. Afin de favoriser au maximum l'impératif de protection de la famille fondée sur le mariage, et bien que la loi de 1972 ait égalisé le statuts des enfants nés hors mariage avec celui des enfants nés en mariage, celle-ci maintenait des délais très différents⁴ selon la nature de la filiation., Jugés trop restrictifs et défavorables à la poursuite du principe de vérité biologique, ces délais avaient été remis en cause par les juges, dont le libéralisme devenait source d'insécurité juridique. À cet égard, l'ordonnance tire les conséquences de l'égalité entre enfants posée dès 1972⁵ en consacrant deux délais de prescription : un délai restreint de cinq ans, et un autre de droit commun de dix ans. L'équilibre ainsi trouvé par la conciliation entre un délai de droit commun plus court qu'avant et un délai plus large que les brefs délais du régime antérieur traduit les impératifs du nouveau régime : rapidité, efficacité et sécurité.

443. La conception biologisante de la Cour européenne. L'équilibre enfin trouvé par le législateur français -entre réalité génétique et stabilité de la filiation- contraste avec la tendance contemporaine de la Cour européenne à privilégier la filiation génétique, particulièrement l'intérêt de l'enfant à connaître ses ascendants⁶. Si la Cour procède à un contrôle de proportionnalité afin d'apprécier si les droits nationaux des États membres⁷ préservent suffisamment un équilibre entre ces trois impératifs, l'issue des quelques décisions rendues semble être de moins en moins favorables au principe de stabilité de la

¹ J. HAUSER, « Des filiations à la filiation », *art. précit.*, p. 6.

² Art. 733 al. 1.

³ En ce sens, V. C. SIFFREIN-BLANC, « Le lien de filiation à l'épreuve de la sécurité juridique », in *Lien familial, lien obligationnel, lien social*, Livre II « Lien familial et lien social », E. PUTMAN, J.-P. AGRESTI, C. SIFFREIN-BLANC (dir. de), Marseille, PUAM, pp. 133-168.

⁴ Il était possible de procéder à un désaveu de paternité dans les six mois de la naissance de l'enfant ou de sa connaissance de la fraude. Ce court délai favorisait la présomption de paternité qui, au-delà des six mois, déployait ses pleins effets. Poursuivant le même objectif de protection de la famille légitime, l'action en recherche de paternité de l'ancien article 340-4 du code civil devait être exercée dans les deux années suivant la naissance ou dans les deux années suivant la majorité.

⁵ I. CORPART, « La filiation sur ordonnance, ou l'abolition des inégalités », *Gaz. Pal.*, 24-25 août 2005.

⁶ *Déc. précit.* : CEDH, 25 juin 2015, *Canonne c/ France*.

⁷ J. POUSSON-PETIT, « Les volontés individuelles et le droit de la filiation charnelle dans les droits européens », in *De la volonté individuelle*, M. NICOD (dir. de), Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2009, pp. 57-76.

filiation. Dans l'arrêt *Mizzi c/ Malte*¹, la CEDH a considéré qu'une législation qui ne permettait pas au mari de contester sa paternité n'a pas ménagé un juste équilibre « *entre l'intérêt général de la protection de la sécurité juridique des liens familiaux et le droit du requérant à obtenir un réexamen de la présomption légale de paternité à la lumière des preuves biologiques* ». Bien que le requérant disposât d'un délai de six mois après l'entrée en vigueur de la loi permettant le désaveu de paternité, celui-ci n'ayant pas agi dans ce délai, s'est trouvé forclus. Prévus par la loi maltaise au profit des pères d'enfants nés avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, cette possibilité d'action n'avait pourtant pas permis à l'État maltais d'échapper à la condamnation.

Dans une autre affaire l'opposant à la Russie², la Cour européenne a condamné la brièveté et la rigidité du délai d'action en contestation de la paternité. Bien que la Russie ait également prévu la possibilité de contester la paternité sans délai, la loi de 1996 ne recevait pas application en l'espèce en raison des dispositions transitoires. En effet, le droit russe permet l'inscription du nom du père dans le registre des naissances. Mais le père peut y avoir été inscrit sans en avoir eu connaissance. À compter du jour où celui-ci découvre sa paternité, la loi lui permet, dans un délai d'un an, de la contester. Ayant eu connaissance de l'inscription de son nom sur ces registres, ce n'est qu'après l'expiration du délai d'un an qu'il découvre ne pas être le père biologique de l'enfant. La Cour a donc considéré que l'impossibilité pour le père d'agir en contestation de sa paternité après l'expiration de ce délai légal n'était pas proportionnée au but de sécurité des liens familiaux poursuivi. Elle relève en conséquence l'absence de juste équilibre « *entre l'intérêt général de la protection de la sécurité juridique des liens familiaux et le droit du requérant à obtenir un réexamen de la présomption légale de paternité à la lumière des preuves biologiques* », avant de conclure à la violation de l'article 8 de la Convention protégeant le droit au respect de la vie privée. Allant plus loin, la Cour européenne considèrera dans l'arrêt *Paulik c/ Slovaquie*³ que l'autorité de la chose jugée ne peut être opposée à la contestation d'une paternité dont il a été démontré la non conformité à la réalité biologique. Les tests génétiques ayant été faits à l'amiable, la requérante ne s'opposait pas à ce que sa filiation paternelle, déclarée par décision judiciaire à l'époque, soit remise en cause, d'autant plus que cette dernière était mariée et ne dépendait plus de son père. La Cour condamne la Slovaquie tant sur le fondement de l'article 8 que de l'article 14 de la Convention, car la loi slovaque n'a pas suffisamment tenu compte de la variété concrète des situations, en opposant l'autorité de la chose jugée au père souhaitant remettre en cause sa paternité. Il y

¹ CEDH, 12 janv. 2006, sect. I, *Mizzi c/ Malte*, n° 26111/02; *contra* CEDH, 18 février 2014, *A.L. c/ Pologne*, n° 28609/08; *AJ fam.*, 2014, obs. M. ROUILLARD, p. 186; *Rev. dr. fam.*, 2014, n° 7-8, étude 12, A. GOUTTENOIRE.

² CEDH, 24 nov. 2005, *Shofman c. Russie*, n° 74826/01.

³ CEDH, *Paulik c. Slovaquie*, 10 oct. 2006, n° 10699/05. Dans le même sens plus récemment : CEDH, 25 févr. 2014, *Ostace c/ Roumanie*, n° 12547/06, *JCP, G*, 2014, n° 28, doct. 832, F. SUDRE ; *Rev. dr. fam.*, 2014, n° 7-8, étude 12, A. GOUTTENOIRE.

avait donc disproportion¹ entre le but légitime poursuivi et les moyens employés pour l'atteindre. Il semblerait que la Cour n'admette pas l'impossibilité de contester le lien de filiation lorsque l'enfant y est favorable. Si la découverte du défaut de filiation biologique ne doit pas pouvoir priver l'enfant de celui qui l'a élevé comme un père², le consentement de l'enfant, combiné à la preuve génétique que la filiation n'est pas conforme à celle indiquée sur son acte de naissance, devrait pouvoir être contestée³.

Dans ce contexte, la condamnation de la France par la Cour européenne⁴ était des plus prévisibles. Le requérant, qui ne disposait plus de filiation juridique, n'avait pu procéder à une expertise *post-mortem* afin de faire établir sa filiation à l'égard de son géniteur⁵. Cette solution s'inscrit dans le droit chemin de celle adoptée quelques années plus tôt par la Cour, lorsqu'elle a considéré qu'en vertu de l'article 8 relatif au respect de la vie privée et familiale, les personnes souhaitant « *établir leur ascendance ont un intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle* »⁶, bien qu'au mépris de l'opposition des ayants-droit du défunt.

Dans tous les cas, il semblerait que l'intérêt particulier du requérant puisse justifier de passer outre le délai de prescription, au détriment du principe de sécurité juridique. De plus, la lecture extrêmement biologisante de la Cour européenne des droits de l'homme ne

¹ Ce qui, selon Madame le professeur DEKEUWER-DEFOSSEZ est révélateur d'une manière autre d'appréhender ce critère de proportionnalité, non plus utilisé afin d'apprécier les intérêts privés à la lumière de l'intérêt général, mais seulement entre les différents intérêts privés en présence. Une telle utilisation est révélatrice de la conception individualiste dominante face à la généralité de la loi et l'intérêt que celle-ci est censée servir. Cf. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Les empreintes génétiques devant la CEDH : avis de coup de vent sur l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2007, n° 5, p. 42.

² CEDH, 1^{ère} sect., 16 juil. 2015, *Nazarenko c/ Russie*, n° 39438/13, *AJ fam.*, 2015, E. VIGANOTTI, p. 490.

³ Or, cette analyse semble être remise en cause par l'arrêt de la CEDH *Mandet c/ France*, 14 janv. 2016, req. n° 30955/12. La Cour européenne approuve le raisonnement des juridictions françaises ayant placé l'intérêt supérieur de l'enfant au cœur de leurs considérations, et conclut à la non violation de l'article 8. La requête de l'enfant et de ses parents légaux visant la contestation de la remise en cause de la filiation de l'enfant par son père biologique, à l'égard du mari de sa mère (qu'il considérait comme son vrai père) est rejetée par la Cour. La particularité de cette espèce est que ni l'enfant, ni les parents légaux ne souhaitaient remettre en cause le lien de filiation établi, mais la CEDH semble dégager un véritable principe général en considérant que l'intérêt supérieur de l'enfant et celui du père biologique se rejoignent. Dès lors, l'intérêt supérieur de l'enfant serait d'établir ses origines, quitte à les lui imposer.

⁴ CEDH, *Pascaud c/ France*, 16 juin 2011, aff. 19535/08, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Rev. Lamy dr. civ.*, 2011, oct., n° 4399.

⁵ En vertu de l'article 16-11 al. 2 du Code civil, l'identification par empreintes génétiques n'est possible que si la finalité poursuivie est l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation. Une QPC a été formulée devant la Cour de cassation pour vérifier la constitutionnalité de cet article, mais elle n'a pas été transmise, au motif « que la question posée (...) n'est pas nouvelle et qu'elle ne présente pas de caractère sérieux dès lors que la disposition contestée ne prive pas une personne de son droit d'établir un lien de filiation avec un enfant ni de contester une paternité qui pourrait lui être imputée ». Cass. civ. 1^{ère}, 16 déc. 2015, n° 15-16.696, *RJPF*, 2016, n° 2.

⁶ CEDH, *Jäggi c/ Suisse*, 13 juill. 2006, n° 58757/00, *Rev. dr. fam.*, 2008, étude n° 14; *RTD civ.*, 2007, 99, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.*, 2006, obs. MARGUENAUD, 727; *Defrénois*, 2008, n° 5, obs. J. MASSIP, 573.

s'accommode qu'imparfaitement avec l'anonymat du don de sperme¹ et l'accouchement sous X.

444. Vers une remise en cause de l'ordonnance de 2005 ? Un arrêt récent de la Cour de cassation² semble toutefois enclin à accepter l'application de l'article 8 de la Convention européenne. Loin de donner satisfaction au requérant³, la Cour de cassation procède par substitution de motifs en statuant au visa de l'article 8 de la Convention combiné aux articles 14 et 125 du Code de procédure civile. La Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas avoir relevé d'office la fin de non-recevoir tiré de « l'absence d'ayants droit du défunt », celle-ci étant d'ordre public en matière d'état des personnes⁴. Est-ce à dire qu'en cas d'accord des ayants-droit du défunt, une action en connaissance de ses géniteurs aurait été possible ? Permise, l'interrogation est de la plus haute importance si l'on songe à la lettre même de l'article 147-7 du Code de l'Action sociale et des familles qui permet « l'accès d'une personne à ses origines (...) », bien qu'elle soit « sans effet sur l'état civil et la filiation ». Poussant davantage le raisonnement, un auteur envisageait la possibilité -une fois la connaissance de ses origines acquise- d'un établissement d'une filiation en adéquation avec ses origines génétiques⁵. Il est vrai que l'ordonnance du 4 juillet 2005 a clairement entendu verrouiller, dans de brefs délais, toute contestation des filiations pour privilégier le principe de sécurité juridique. Or, tant la jurisprudence européenne qu'un récent arrêt de la Cour de cassation⁶ sèment le trouble quant à la cohérence du droit de la filiation tel qu'issu de l'ordonnance. Se fondant sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation considère que l'arrêt d'appel qui rejette la recevabilité de l'action en contestation d'une filiation sur le fondement de l'article 333 du Code civil ne ménage pas un *juste équilibre* entre les intérêts du demandeur -à voir sa filiation contestée à l'égard de son père légal- et ceux des deux filles -du nouveau mari décédé de sa mère- à l'égard duquel il souhaiterait faire établir sa filiation (et qui a, peu avant son décès, expressément consenti à l'expertise génétique qui allait sans doute établir sa paternité). La difficulté tenait en l'espèce au fait que les conditions d'action du ministère public en contestation de la filiation de l'intéressé n'étaient pas remplies. Or, curieusement, la Cour de cassation glisse sur le terrain du *juste équilibre* en application de la jurisprudence européenne, adoptant ainsi une lecture

¹ Cf. *infra*, n°

² Cass. civ. 1^{ère}, 13 novembre 2014, n° 13-21.018, *Rev. dr. fam.*, 2015, comm. 9, obs. C. NEIRINCK ; *JCP, G*, 2015, n° 3, 49, M. DOUCHY-LOUDOT.

³ Celui-ci souhaitait procéder à l'exhumation de son géniteur, décédé il y a plus de soixante ans afin de procéder à l'analyse ADN et lever tout doute sur son lien de filiation régulièrement établi.

⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 2009, n° 07-21.826; *Bull. civ.*, I, 2009, n° 89 ; *RTD civ.*, 2009, p. 509, obs. J. HAUSER ; *D.*, 2010, p. 728, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *D.*, 2010, M. DOUCHY-LOUDOT, p. 989.

⁵ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Les droits de l'enfant face aux prérogatives parentales », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2015, supp. n° 132.

⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 2015, n° 14-20.790; *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 9, comm. 163, C. NEIRINCK; *D.*, 2015, note H. FULCHIRON, p. 2365; *RTD civ.*, 2015, obs. J. HAUSER, p. 596.

extrêmement européeniste de l'espèce, bien que l'affaire ne s'y prêtait pas. La Cour d'appel de renvoi aura en tous cas la charge de répondre à ce moyen, et devra apprécier l'économie générale de la loi française au regard du critère de *juste équilibre*. De l'aveu de Madame le professeur DEKEUWER-DEFOSSEZ, « c'est tout le droit de la filiation subtilement construit et dosé entre vérité biologique, possession d'état et stabilité de l'état qui sera mis à mal. Et il sera de plus en plus difficile de s'opposer à la demande de ceux qui, ayant la connaissance de leurs origines par la voie de l'action découverte par l'arrêt du 13 novembre 2014, voudront s'en servir pour fonder un nouveau lien de filiation, malgré les garde-fous que l'ordonnance de 2005 avait cru poser »¹.

§2) L'égalité en matière de droits parentaux

445. Une relation parentale fondée sur l'égalité. Principe structurant du droit de la filiation, l'égalité a également permis de consacrer un exercice identique de l'autorité parentale entre l'homme et la femme (A). À travers le prisme de l'intérêt de l'enfant, l'égalité parentale commande de maintenir les liens de ce dernier à l'égard de ses deux parents, qui se traduit au quotidien par la mise en place d'une résidence alternée à la rupture (B).

A) L'ascension de l'exercice conjoint de l'autorité parentale

446. La promotion de l'exercice conjoint de l'autorité parentale². L'autorité parentale qu'exercent ensemble les parents³ durant le mariage est un ensemble de droits et de devoirs indissociables, qui donne consistance à une charge de famille tant sur les biens de l'enfant que sur sa personne⁴. Tournée vers sa protection⁵, cette autorité constitue également un pouvoir qui découle naturellement de la paternité et la maternité. En substituant l'autorité parentale à la puissance paternelle⁶, la forte connotation idéologique⁷

¹ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Les droits de l'enfant face aux prérogatives parentales », *art. précit.*

² Deux origines latines sont prêtées au terme « autorité ». D'une part le terme latin *auctoritas*, dérivé du mot *auctor* qui signifie auteur ; d'autre part l'autorité est parfois rattaché au verbe *augere* qui signifie accroître, augmenter. Il y a donc dans l'expression « autorité parentale » l'idée d'être l'auteur de quelqu'un, et de l'élever, l'adjectif « parentale » mettant l'accent sur les parents à qui incombe cette charge.

³ L. GAREIL, *L'exercice de l'autorité parentale*, Paris, LGDJ, 2004 ; P. MURAT, « L'état des devoirs légaux des parents envers leurs enfants », in *Être parent aujourd'hui*, P. JACQUES (dir. de), Paris, Dalloz, 2010, pp. 49-63.

⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, 10^{ème} éd., Quadrige, 2014, p. 108.

⁵ F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil, la famille*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 8^{ème} éd., 2011, p. 886, n° 915.

⁶ Sur la force des mots de la loi, V. *supra*, n° 161 et 162.

⁷ Dès 1979, le Conseil de l'Europe, (via la Recommandation 874 (1979) relative à une Charte européenne des droits de l'enfant de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe adoptée le 4 octobre 1979) a affirmé « qu'il faut substituer à la notion "d'autorité parentale" celle de "responsabilité parentale", en précisant les droits de l'enfant en tant que membre distinct de la famille ». L'expression est depuis lors utilisée dans les différents

de la loi du 4 juin 1970¹ brise la hiérarchie traditionnelle père-enfant dans la famille. La commission DEKEUWER-DEFOSSEZ n'a d'ailleurs pas manqué de mettre en relief l'idée que « pour responsabiliser les père et mère, il ne suffit pas de mettre l'accent sur leur responsabilité, il convient aussi d'insister sur les pouvoirs qui leur appartiennent pour mener à bien leur mission : il y a responsabilité parce qu'il y a autorité »². Les termes mêmes de la loi sont très révélateurs³, et le passage de la puissance exclusivement masculine à une autorité parentale dénote cet adoucissement d'attitude à l'égard de l'enfance. Davantage personnel, le lien père-enfant repose désormais sur le respect et le dialogue.

447. Le préalable d'entente. La collaboration et l'entente au sein de la famille légitime -ou famille close⁴- sont présumées. Les articles 213 et 372 du Code civil y servent d'assise. Sur la base de ces deux textes -et bien d'autres- l'exercice de l'autorité parentale est donc commun aux deux parents. La consécration juridique du principe de codirection et sa traduction jettent les bases d'une collaboration familiale et permettent de dessiner la physionomie des relations parentales idéales. Un tel modèle parental bute néanmoins sur les multiples cas de désaccord des couples.

448. L'absence d'entente et l'exercice de l'autorité parentale. À l'origine, le recours au juge dans l'exercice en commun de l'autorité parentale était exceptionnel car il s'inscrivait dans un contexte où les situations de désunion ne se soldaient pas impérativement par un divorce. Impossible à obtenir avant 1975, celui-ci n'était prononcé que sur le fondement de la faute. C'est bien la preuve que la collaboration familiale et la codirection ne survivaient pas à la rupture du lien conjugal. La conscience profonde de cette réalité a néanmoins été passée sous silence en 1970 lors des débats parlementaires. Afin de remédier à la mésentente -et non la prévenir-, seule l'intervention judiciaire a été jugée utile. Pourtant, l'ingérence qui en découle dans les relations familiales avait fait, dans le temps, l'objet de nombreuses critiques. L'article 372-1 du Code civil issu de la loi du 4

textes du Conseil de l'Europe. Cf. la Convention du Conseil de l'Europe sur les relations personnelles concernant les enfants du 15 mai 2003. De son côté, le Parlement européen a adopté une Résolution A3-0172/92 le 8 juillet 1992 qui va dans le même sens, et l'expression est aujourd'hui utilisée dans tous les textes communautaires.

¹ L. n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, *J.O.*, 5 juin 1970, p. 5227. Parmi les commentaires de cette loi, V. notamment C. COLOMBET, « Commentaire de la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale », *D.*, 1971, chron. p. 1; G. DESMOTTES, « La loi sur l'autorité parentale », *Rev. dr. sanit. soc.*, 1970, p. 229; F. TERRE, « A propos de l'autorité parentale », *Arch. philo. dr.*, 1975, n° 20, p. 45.

² F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la justice, La documentation française, nov. 1999, p. 74.

³ À la notion traditionnelle de « garde » est substituée celle de « résidence habituelle », car l'idée de « garde » porte en son germe l'idée de « la chose gardée », incompatible avec l'esprit de l'autorité parentale perçue comme fonction.

⁴ La famille close renvoie au modèle de la famille légitime fondée sur le mariage, fermée à l'intervention judiciaire et par conséquent, close sur elle-même contrairement à la famille naturelle. Cf. J. CARBONNIER, *Droit civil, La famille, l'enfant, le couple*, Paris, PUF, t. 2, coll. « Thémis droit privé », 21^{ème} éd. refondue, 2002, p. 102.

juin 1970 prévoyait qu'en cas de désaccord des père et mère sur ce qu'exige l'intérêt de l'enfant -et à défaut d'une pratique antérieure du couple- l'époux le plus diligent pourrait saisir le juge pour enfants qui statuera, après avoir tenté de concilier les époux. Initialement conçu dans des cas marginaux de simple mésentente, cet article a rapidement été utilisé par la jurisprudence dans le cadre de séparations de fait¹, voire de conflits plus persistants entre époux aboutissant au divorce. En cas d'échec de la procédure de conciliation, les époux étaient toujours unis par les liens du mariage et, au mieux, pouvaient-ils obtenir une résidence séparée sur le fondement de l'article 215 ancien du Code civil, voire faire prononcer une séparation de fait, sans incidence sur l'exercice de l'autorité parentale². Seul ce dernier cas justifiait le recours au juge des tutelles afin de fixer les modalités de la garde des enfants sur le fondement de l'article 372-1 du Code civil.

449. L'admission de l'exercice conjoint de l'autorité parentale dans la famille légitime. La jurisprudence a pourtant eu à connaître de nombreux litiges³ dans lesquels les pères se sentaient exclus de la vie de l'enfant⁴. Sans doute était-ce, dans le temps, la situation de la famille naturelle qui a servi de matrice aux revendications des pères divorcés⁵. C'est donc par les grâces d'un régime jurisprudentiel favorable à un tel exercice au-delà de la rupture⁶ que l'élargissement de l'exercice en commun de l'autorité parentale a été rendu possible. La condition préalable d'accord n'étant pas expressément prévue par les textes, il a été facile de passer outre. Néanmoins, cette condition constitue la condition *sine qua non* pour un exercice conjoint de l'autorité parentale, particulièrement par les couples séparés. Si le juge conservait une faculté d'appréciation de l'opportunité de l'exercice conjoint par les ex époux⁷, c'est bien que le conflit conjugal continuait d'être un élément central dans l'appréciation de son opportunité. Pourtant, les travaux préparatoires à la loi de 1993 ont fait fi de la nécessité de s'accorder sur le choix d'un exercice en

¹ T. FOSSIER, « L'intervention du juge des tutelles dans la séparation de fait de parents légitimes », *JCP, G, I*, 1987, 3291.

² Le juge pouvait uniquement fixer la résidence des enfants en vertu de l'article 215 alinéa 3, faute d'équivalent à l'époque de l'article 258 qui permettait, à partir de 1975 en cas d'échec de la procédure de divorce, de demander au juge d'organiser la séparation de fait et de fixer les modalités d'exercice de l'autorité parentale.

³ Particulièrement après la réforme du divorce en 1975.

⁴ L'article 373 alinéa 1^{er}, dans sa version antérieure à la réforme du 4 juin 1970 disposait que « Durant le mariage, l'autorité parentale est exercée par le père en sa qualité de chef de famille ».

⁵ Cf. l'arrêt remarqué de la Cass. civ. 2^{ème}, 21 mars 1983, *D.*, 1983, 583, note MOUSSA. Selon cet arrêt, « l'article 287 n'interdit pas d'accorder la garde conjointe à des parents divorcés ». Celui-ci a particulièrement marqué les débats parlementaires à l'occasion de la loi MALHURET. V. en ce sens les interventions de M. PIERRE MAZEAUD, rapporteur de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République (*J.O.A.N.*, séance du 7 mai 1987, p. 948, 949, et 969 ; séance du 3 juillet 1987, p. 3662).

⁶ Au profit notamment des couples non mariés. L'article 374 alinéa 2 du Code civil dispose que (en sa rédaction issue de la loi du 22 juillet 1987) « l'autorité parentale peut être exercée en commun par les deux parents s'ils en font la déclaration conjointe devant le juge des tutelles ». C'est donc la volonté exprimée du couple d'assurer ensemble la fonction parentale qui justifia son exercice conjoint, le juge ne disposant que d'un contrôle de la volonté ainsi exprimée, dénué de toute appréciation de la mesure.

⁷ Particulièrement sur l'existence d'un minimum d'entente des parents, ce que traduisait bien l'article 287 issu de la loi MALHURET. Au terme de cet article, « Selon l'intérêt des enfants mineurs, l'autorité parentale est exercée soit en commun par les deux parents (...), soit par l'un d'eux ».

commun, en ne retenant pas la condition préalable d'entente. L'exercice en commun devenait alors le principe et ne pouvait être écarté que si l'intérêt de l'enfant le commandait. De la même manière, il n'était plus nécessaire de recueillir l'avis des parents sur la question de savoir s'ils préféreraient mettre en place un exercice conjoint ou non. Ainsi que le souligne Madame GAREIL dans sa thèse, « de même que le législateur n'envisageait l'exercice en commun de l'autorité parentale dans la famille naturelle qu'en cas d'entente entre les parents, la désunion des époux excluait cette modalité : l'un seul des parents exercerait l'autorité parentale. Le législateur paraissait alors convaincu que le désaccord des époux faisait obstacle à l'exercice en commun de l'autorité parentale, modalité fondée sur un accord renouvelé des parents »¹. Si l'exercice conjoint de l'autorité parentale a été étendu aux couples non mariés présentant de fortes similitudes avec les personnes mariées, ce n'était que dans des cas restreints, et relevait surtout de la sagesse des juges. « Modalité dangereuse »² dans les familles désunies, elle l'était d'autant plus lorsque les juges la préconisaient comme remède à la mésentente au sein du couple³. D'une mesure permettant à l'enfant de maintenir le lien avec ses deux parents, les juges en inversent la fonction pour en faire un remède au profit des parents⁴, au mépris de l'intérêt de l'enfant.

450. L'extension de l'exercice en commun de l'autorité parentale à la famille naturelle. L'article 374 alinéa 2 du Code civil⁵ permettait aux parents naturels d'obtenir du juge l'exercice en commun de l'autorité parentale⁶. Cette situation trouvait néanmoins de cas rares d'application, du fait de la méfiance manifestée à l'égard de la famille hors mariage. Tant les travaux préparatoires⁷ à la loi de 1970, que la jurisprudence⁸ et les commentaires de doctrine⁹ insistaient sur la nécessité que seuls des parents unis par des liens *semblables* à ceux des époux et ayant un mode de vie semblable à ceux-ci pouvaient se voir reconnaître un tel exercice en commun. Reposant sur des conditions strictes, la mise

¹ L. GAREIL, *L'exercice de l'autorité parentale*, Paris, LGDJ, 2004, p. 170.

² *Ibidem.*, p. 170.

³ CA Paris, 3 juil. 1996, *Rev. dr. fam.*, 1997, n° 3, note H. LECUYER, p. 13. La Cour s'exprimait en ces termes : il convient « de maintenir (...) l'autorité parentale conjointe, cette mesure devant inciter les parents à renouer un dialogue constructif dans l'intérêt de leurs deux enfants qui souffrent de leurs dissensions ». V. aussi, H. FULCHIRON, « La généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale par les parents divorcés à l'épreuve des pratiques judiciaires », in *Sociologie judiciaire du divorce*, J. HAUSER (dir. de), Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 1999, pp. 69-83.

⁴ Ou encore un instrument permettant aujourd'hui d'établir une stricte égalité entre eux.

⁵ Issu de la loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, *precit.*

⁶ Avant la loi du 4 juin 1970, seul exerçait la « puissance paternelle » le parent qui avait reconnu l'enfant. Lorsque les deux liens de filiation étaient établis, était privilégié celui établi en premier, généralement le lien de filiation à l'égard de la mère. En cas d'établissement simultané, le père l'emportait.

⁷ Cf. le discours du rapporteur de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, M. ANDRE TISSERAND (*J.O.A.N.*, séance du 8 avr. 1970, p. 865).

⁸ TGI Montauban, 14 janv. 1976, *JCP, G, IV*, 1976, p. 317; *D.*, 1977, I.R., p. 41. TGI Grenoble, 12 juin 1978, *D.*, 1978, I.R., p. 399. Cass. civ. 1^{ère}, 25 nov. 1981, *Bull. civ.*, n° 348.

⁹ E.S. DE LA MARNIERRE, « Exercice en commun de l'autorité parentale sur les enfants dont les parents sont divorcés ou célibataires », *Gaz. Pal.*, 1987, doct., p. 638.

en œuvre de l'exercice en commun de l'autorité parentale hors mariage était tributaire d'une reconnaissance de l'enfant par ses deux parents avant qu'il n'atteigne l'âge d'un an, et que les parents vivent en commun au moment de la reconnaissance concomitante ou de la seconde reconnaissance¹. L'entrée en vigueur de la loi MALHURET² leur offre néanmoins la possibilité, sur simple déclaration devant le juge des tutelles, d'un exercice en commun de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant né hors mariage³. La loi étendait ainsi à l'enfant naturel une solution similaire à celle qui avait été admise par la jurisprudence en cas de divorce. Une telle possibilité avait déjà été envisagée lors des débats parlementaires relatifs à la loi de 1970, mais elle avait été abandonnée en raison de vives oppositions⁴. L'accord entre les parents devenait alors un élément clé. Celui-ci permettait désormais l'exercice conjoint de l'autorité parentale, indépendamment de toute appréciation par le juge de son opportunité⁵. Devenu la règle en pratique, il était largement admis par les juges, et la loi du 8 janvier 1993⁶ en étend la portée tant dans la famille divorcée que dans la famille naturelle⁷. Le juge, relégué à une fonction d'enregistrement de la déclaration conjointe des parents, ne disposait plus du pouvoir de contrôle. Or, si la mesure pouvait être naturelle pour les couples mariés, en raison de la direction de la famille que les époux assurent *ensemble* elle l'était moins au sein de la famille naturelle⁸, caractérisée par l'absence de devoirs et d'obligations à charge du couple, et de tout engagement réel et durable.

¹ Art. 372 du Code civil issu de la loi du 4 juin 1970.

² L. n° 87-570 du 22 juil. 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale, *J.O.*, 24 juil. 1987, p. 8253. Cf. pour les commentaires de cette loi : R. LEGEAIS, « Les ajustements égalitaires de l'autorité parentale », *Defrénois*, 1988, art. 34243 ; F. MONEGER, « L'exercice conjoint de l'autorité parentale : aperçu d'une réforme », *Rev. dr. sanit. soc.* 1987, p. 668 ; F. RUELLAN, « A propos de l'exercice en commun de l'autorité parentale en cas de divorce ou de séparation de corps (loi du 22 juillet 1987) », *D.*, 1990, chron.81 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, F. VAUVILLE, « Droits de l'Homme et droits de l'Enfant (Commentaire de la loi « Malhuret du 22 juin 1987) », *D.*, 1988, chron. p. 147 ; F. BASTIEN-RABNER, « Le charme discret de la loi MALHURET. (Une reconnaissance imparfaite du droit de l'enfant à l'égalité parentale) », *JCP, G*, I, 1992, 3613, n° 18 ; M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER, « Vers l'égalité parentale. Loi n° 876570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale », *D.*, 1988, chron. n° 9, p. 10 ; H. FULCHIRON (dir. de), *L'exercice de l'autorité parentale après-divorce et dans la famille naturelle, bilan d'application de la loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale*, Rapport pour le ministère de la justice, 1993.

³ L'alinéa 2 de l'article 374 était ainsi libellé : « L'autorité parentale peut être exercée en commun par les deux parents s'ils en font la déclaration conjointe devant le juge des tutelles ».

⁴ *J.O.A.N.*, séance du 8 avril 1970, p. 865.

⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 26 juin 1990, *JCP, G*, II, 1991, note F. VAUVILLE.

⁶ L. n° 93-22 du 8 janv. 1993, *J.O.*, 9 janv. 1993. Parmi les nombreux commentaires de cette loi, cf. notamment, C. BOULLEZ, « Les relations parents-enfants dans la loi du 8 janvier 1993 : l'autorité parentale », *Gaz. Pal.*, 1993, doct. p. 828 ; H. FULCHIRON, « Une nouvelle réforme de l'autorité parentale », *D.*, 1993, chron. p. 117 ; J. MASSIP, « Les modifications apportées au droit de la famille par la loi du 8 janvier 1993 », *Defrénois*, 1993, art. 35559 ; F. MONEGER, « La loi du 8 janvier 1993 et les droits de l'enfant », *Rev. dr. sanit. soc.*, 1993, p. 223 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Une réforme importante en droit de la famille : la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 », *JCP, G*, I, 1993, 3659 ; H. FULCHIRON, *D.*, 1993, p. 117.

⁷ H. FULCHIRON, « L'autorité parentale à l'épreuve du pluralisme familial », *Rev. dr. fam.*, 2000, n° 12, hors série, p. 45.

⁸ S. VITSE, « Regards judiciaires sur l'enfant des concubins », *Rev. dr. fam.*, 1997, chron. n° 3, p. 7.

451. La généralisation de l'autorité parentale conjointe par la loi du 4 mars 2002. L'idée centrale portée par la réforme de 2002 est d'assurer la pérennité d'un lien parental qui a tendance à se distendre, voire disparaître après la rupture à l'égard du parent dont l'enfant n'est pas à la charge effective et permanente. Le besoin d'adapter le droit aux « réalités et aux aspirations de notre temps » était également avancé afin de justifier la nécessité d'*améliorer* la législation¹. Après le renforcement de l'exercice en commun de l'autorité parentale des parents non mariés, Madame le professeur THERY préconisait déjà dans son rapport un renforcement du principe de coparentalité en cas de séparation. L'article 372 du Code civil issu de la loi du 4 mars 2002 affirme donc avec vigueur que : « les père et mère exercent en commun l'autorité parentale »². La formulation très générale imprime au principe une dimension intemporelle, indépendante de la nature du lien qui unit les parents, et au-delà de la rupture du couple. Or, nier la réalité de la séparation à l'égard des enfants revient, une fois de plus, à surestimer l'entente d'un couple à l'heure de la séparation. Réaliste quant à l'existence systématique d'une telle entente, le législateur reconnaît³ la compétence du juge dans l'aménagement des modalités de l'exercice de l'autorité parentale après la rupture.

452. L'aménagement de l'exercice de l'autorité parentale par le juge aux affaires familiales (JAF). Les modalités de l'exercice conjoint de l'autorité parentale ne sont laissées à l'appréciation du JAF qu'à défaut d'accord entre les parents. L'aménagement conventionnel étant privilégié, le juge aux affaires familiales homologue⁴ l'accord parental dès lors lorsqu'il respecte les droits des parties. Garant de ce double lien parental, le juge est appelé à « prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents »⁵, en exhortant chacun des père et mère à respecter le lien de l'autre parent avec l'enfant. Une décision de la Cour d'appel de Paris a très justement rappelé que le juge, appelé à se prononcer sur les

¹ Cf. I. THERY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la justice, éd. O. Jacob, La documentation française, juin 1998 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la justice, La documentation française, nov. 1999.

² De même que pour en assurer l'effectivité, l'article 373-2 alinéa 2 les appelle à « maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent ».

³ Admettre autant d'égalité au sein du couple supposait de recourir à une tierce personne en cas de différend, qui ne pouvait être que le juge aux affaires familiales. Or, admettre l'intervention du juge au sein de la sphère familiale est éminemment symbolique : il atteste en premier lieu du rôle de l'État à l'égard de l'autorité parentale, qui n'est pas un lieu clos et fermé aux regards extérieurs (F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille, op. cit.*, n° 957, p. 957). En second lieu, l'intervention judiciaire permet aux situations familiales particulières d'accéder aux prétoires et d'acquérir une plus grande visibilité. La compétence du juge passe ainsi d'un contentieux essentiellement lié au divorce, point d'ancrage de la famille fondée sur le mariage, à un contentieux relatif à la parentalité, signe du déplacement du cœur même du droit de la famille. La loi du 12 mai 2009 contribua à modifier cette compétence en attribuant au JAF l'exercice des fonctions du juge des tutelles des mineurs. SALVAGE-GEREST, « Le juge des affaires familiales (De l'homme orchestre du divorce à l'homme orchestre de l'autorité parentale) », *Rev. dr. fam.*, 2003, avr., n° 12.

⁴ Art. 373-2-7 du Code civil.

⁵ Art. 373-2-6 al. 2 du Code civil.

modalités de l'exercice de l'autorité parentale peut notamment prendre en considération les sentiments exprimés par l'enfant mineur et l'aptitude de chacun des parents à exercer les droits de l'autre. Influencée par son mari actuel, une mère n'ayant respecté ni le droit de l'enfant à l'éducation en le déscolarisant sans l'accord de son père¹, ni l'exercice en commun de l'autorité parentale, a pu voir la fixation de la résidence de l'enfant auprès de son autre parent. La mère avait fait preuve de son inaptitude à respecter les droits de l'autre parent.

Si le juge est appelé à favoriser le double lien parental, cette mesure trouve sa traduction concrète par la mise en place de la résidence alternée.

B) La résidence alternée en quête d'égalité

453. Les hésitations jurisprudentielles initiales. Au départ, la jurisprudence française n'était guère favorable, à l'admission d'une résidence alternée dans les relations parentales. Condamnée à plusieurs reprises -dans des cas favorables de proximité de résidence²- les juges du fond y voyaient une source de fatigue et de scolarité décousue pour l'enfant³. Avant l'adoption de la loi MALHURET, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation l'a exclu au motif qu'une telle mesure comportait un risque d'instabilité pour l'enfant⁴. L'adoption de la loi du 8 janvier 1993 a permis de relancer le débat, mais le choix du législateur était de maintenir l'obligation incombant au juge de déterminer le lieu de la résidence habituelle de l'enfant⁵.

454. L'objectif affiché de maintien des liens au cœur de la nouvelle mesure. Le modèle parental français actuel repose sur le principe affirmé du maintien d'une coparentalité dans toutes les situations⁶, que les parents soient ou non mariés, divorcés ou

¹ CA Paris, 13 déc. 2012, n° 12-129.26, *Rev. dr. fam.*, 2013, n° 3, comm. C. NEIRINCK.

² CA Paris, 10 févr. 1999, *JCP, G, II*, 1999, n° 10170, note T. GARE ; mais *contra*, CA Toulouse, 2 mai 2000, *JCP*, 2001, IV, n° 1128 ; CA Rennes, 3 juil. 2000, *JCP, G, IV*, 2001, n° 2650.

³ La doctrine s'est soulevée, et continue de dénoncer cette pratique qui a prouvé, dans sa mise en œuvre, de multiples difficultés. Des études ont démontré que la résidence alternée ne pouvait constituer pour l'enfant le cadre de vie idéal qui puisse lui procurer la stabilité et l'épanouissement nécessaires, surtout en bas âge. Aussi, a-t-on tenté d'inverser la donne et de mettre en place une résidence alternée à l'égard des parents. L'enfant demeurerait à un domicile fixe, et ce sont les parents qui, à tour de rôle, se déplaceraient régulièrement au domicile de l'enfant. Les résultats ont révélé que les parents n'ont pu supporter sur le long terme les multiples déplacements. Comment dès lors, pourrait-on imaginer qu'un enfant supporte les multiples va et vient sans en subir un préjudice quelconque ?

⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 21 mars 1983, *Bull. civ.*, II, n° 78 ; Cass. civ. 2^{ème}, 2 mai 1984, *Bull. civ.*, II, n° 78, p. 56 ; Cass. civ. 2^{ème}, 20 nov. 1985, *Bull. civ.*, II, n° 174.

⁵ Au terme d'une réponse ministérielle, il a été considéré que « si le législateur a souhaité en 2002 élargir l'éventail des modalités d'organisation de la vie de l'enfant pour une meilleure adaptation des décisions à la diversité des réalités familiales, il n'a pas pour autant, entendu introduire une quelconque préférence pour telle ou telle modalité de résidence (...) et le Garde des Sceaux, ministre de la Justice, estime qu'il est nécessaire de laisser aux magistrats un large pouvoir d'appréciation ». Rép. min. n° 4313, *JOANQ*, 23 oct. 2007, p. 6574.

⁶ La lutte contre la « monoparentalité maternelle » a été un objectif majeur du nouveau texte.

séparés¹. Après plusieurs tâtonnements législatifs, le dispositif existant trouve son aboutissement avec la loi du 4 mars 2002². Celle-ci introduit la possibilité pour le juge d'ordonner une résidence en alternance, au moins à titre provisoire, pour favoriser le maintien des liens de l'enfant avec ses deux parents. Le rôle prépondérant du père s'étant progressivement effacé à partir des années 1970, la nouvelle loi tente de revaloriser son rôle³ dans l'éducation de l'enfant. La généralisation de la mesure trouve son fondement dans la CIDE⁴ qui proclame le droit de l'enfant d'être élevé par ses deux parents⁵, les États parties étant exhortés à respecter ce droit sauf si « (...) cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant »⁶, en s'engageant de leur mieux « à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement »⁷.

455. Les objectifs visés. Si la réforme des prérogatives parentales en 1970 était commandée par le souci de mettre en place une autorité parentale conjointe aux deux parents en lieu et place de la notion de puissance paternelle, la loi du 4 mars 2002 renforce cette égalité en la rendant parfaite et applicable à tous les couples et à tous les enfants. Il était alors possible de croire que l'égalité poursuivie était atteinte, et que tant les mères que les pères jouissaient de prérogatives identiques. Or, le principe de coparentalité n'a jamais été autant discuté qu'aujourd'hui. Les statistiques ont révélé que plus de 85 % des mères obtenaient la garde de leur enfant, et la jurisprudence considère toujours –fort heureusement– que l'exercice conjoint de l'autorité parentale n'implique nullement un

¹ En 1884, l'article 302 du Code civil issu de la loi des 27/29 juillet 1884 disposait que « les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce », c'est-à-dire à l'époux « innocent ». Le divorce était alors perçu comme le moyen de maintenir la famille sous l'autorité du parent n'ayant pas failli à ses devoirs.

² F. BOULANGER, « Modernisation ou utopie ? La réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002 », *D.*, 2002, p. 1571 ; C. BRIERE, « La coparentalité : mythe ou réalité ? (Commentaire de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale) », *Rev. dr. sanit. soc.*, 2002 p. 567 ; J. ROCHFELD, « Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale », *RTD civ.*, 2002, p. 377 ; H. FULCHIRON, « L'autorité parentale rénovée. Commentaire de la loi du 4 mars 2002 », *Deffrénois*, 2002, p. 959 ; A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « La consécration de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002 », *Rev. dr. fam.*, 2002, chron. p. 27 ; S. THOURET, « La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale ou la recherche d'une véritable coparentalité », *Rev. Procédures*, 2002, n° 5, p. 8 ; S. BEN HADJ YAHIA, « La résidence de l'enfant », in *Mélanges en l'honneur du professeur Raymond LE GUIDE*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 547-571 ; F. BOULANGER, « Réflexions sur la portée et les limites du principe d'égalité des deux membres du couple dans l'attribution et l'exercice des droits parentaux », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard CHAMPENOIS*, Paris, Defrénois, 2012, p. 59-71.

³ Or, aussi louable puisse être cet objectif, il est en contradiction flagrante avec la nouvelle loi relative au nom et dont l'objet est de procéder à un rééquilibrage égalitaire en faveur de la mère. Reposant sur deux philosophies contradictoires, l'une cherche à satisfaire les revendications féministes et libérales d'un côté, l'autre à établir une égalité de la fonction parentale entre les deux parents de l'enfant. Cf. J. ROCHFELD, « Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale », *RTD civ.*, 2002, p. 377.

⁴ Texte de la convention publié par décret du 8 octobre 1990, *J.O.*, 12 oct. 1990, p. 12363. G. RAYMOND, « La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant et le droit français de l'enfance (Convention du 20 novembre 1989) », *JCP, G, I*, 1990, 3451.

⁵ Art. 7.

⁶ Art. 9.

⁷ Art. 18.

partage égalitaire de l'hébergement de l'enfant¹. L'articulation de la logique paritaire abstraitement posée par le texte contraste avec la réalité du vécu parental. Le rapport de Monsieur le président JUSTON le relève très justement lorsqu'il préconise l'inscription dans le Code civil de ce partage inégalitaire du temps passé par chacun des parents auprès de l'enfant². La coparentalité instituée par la loi du 4 mars 2002 n'a pas été à même d'assurer l'effectivité³ de la parité parentale⁴, bien qu'elle ait voulu occulter la réalité de la séparation. Si la première loi avait pour objectif de procéder à un rééquilibrage des prérogatives parentales au profit de la mère, les projets de réforme actuels dénoncent une mise à l'écart des pères⁵ dans le cadre des séparations parentales. La réalité démontre que l'enfant est le plus souvent confié à sa mère. Les contraintes d'ordre matériel et la reconstitution de nouvelles familles⁶ ne favorisent pas le maintien des liens entre le père et l'enfant.

456. Une énième tentative d'égalité parentale. La proposition de loi adoptée en première lecture⁷ propose une réforme des règles applicables à la détermination de la résidence de l'enfant en cas de séparation. L'objectif symbolique d'établir une coparentalité positive en cas de séparation n'étant qu'imparfaitement atteint⁸, le texte souhaite dépasser le débat relatif aux bienfaits et inconvénients de la résidence alternée en

¹ Même dans le cas de la résidence alternée, la Cour de cassation n'a pas jugé bon d'imposer un partage égalitaire du temps passé auprès de l'enfant. Si son intérêt le commande, le partage du temps peut être inégal : Cass. civ. 1^{ère}, 25 avr. 2007, *Rev. dr. fam.*, 2007, comm. 143, note P. MURAT. Dès lors, la finalité posée par l'article 373-2-9 du Code civil commande une interprétation mesurée, éloignée de toute idée d'un partage abstrait du temps passé par l'enfant auprès de chacun de ses parents pour satisfaire les désirs de l'adulte.

² Proposition n° 26 du rapport.

³ Surtout que « la règle de droit est d'abord la traduction – nécessairement plus pauvre et incomplète – d'une réalité humaine et sociale beaucoup plus riche : le comportement des générations plus âgées vis-à-vis des plus jeunes et réciproquement ». V. F. BOULANGER, *Les rapports juridiques entre parents et enfants, Perspectives comparatistes et internationales*, Economica, Paris, 1998, p. 1.

⁴ Malgré l'égalité formelle posée par les textes, la pratique ne reflète pas une réelle égalité des père et mère. L'exploitation de 6042 décisions rendues par les juges aux affaires familiales sur une période de 15 jours sur tout le territoire français a permis de révéler qu'en 2012, la résidence habituelle est fixée au profit de 71 % des enfants chez la mère (ils étaient plus de 80 % en 2003 et 73,5 % en 2010), 17 % en alternance chez chacun de leurs parents (9,9 % en 2004 et 16,5 % en 2010) et environ 12 % chez leur père (10 % en 2010). En cas d'accord, trouvé dans plus de 80 % des cas, la proportion de résidences chez la mère demeure identique. Cf. M. GUILLONNEAU, C. MOREAU, *La résidence des enfants de parents séparés. De la demande des parents à la décision du juge*, Ministère de la justice, nov. 2013, p. 5 ; V. AVENA-ROBARDET, « La résidence des enfants : les chiffres », *AJ fam.*, 2013, p. 666.

⁵ « Autorité parentale entre parents désunis : des propositions pour améliorer les prérogatives du père », *Rev. dr. fam.*, 2012, n° 12, alerte 64.

⁶ V. *supra*, notre chapitre relatif aux recompositions familiales.

⁷ Proposition de loi n° 1856 relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 1^{er} avril 2014, adoptée en première lecture le 27 juin 2014, puis transmise au Sénat.

⁸ Cf. récemment, le refus d'un juge de mettre en place une résidence alternée « en raison de l'absence de disponibilité d'un père, gérant d'un commerce de proximité, qui n'accorde qu'un investissement réduit à ses enfants. Ses bonnes qualités de père ne sont pas suffisantes pour appuyer sa demande de résidence alternée ». V. CA Versailles, 2^{ème} ch., sect. 1, 6 févr. 2014, n° RG 13/07811.

procédant à une clarification¹. Le projet de réforme évoque -une fois de plus- l'idée de renforcer la coparentalité, ce qui était soutenu déjà lors des précédentes réformes. Face au renouvellement constant des modalités de l'exercice de l'autorité parentale, il semblerait que ce soit l'intérêt de l'enfant qui peine à trouver pleinement son expression, malgré toute l'attention qui lui est accordée. C'est pourquoi il est proposé, avec cette proposition, de recentrer le débat sur ce qui est le plus conforme à l'intérêt de l'enfant. Le changement législatif proposé est d'ordre terminologique² mais aussi légal, donnant une impression de travail d'expérimentation alors même que la personne de l'enfant est en jeu. Au titre des mesures proposées, la principale nouveauté consiste à fixer la résidence de l'enfant conjointement au domicile de chacun des parents³. Cette nouvelle modalité deviendrait donc le principe en matière d'exercice conjoint de l'autorité parentale, et ce n'est qu'à titre exceptionnel que le juge pourrait fixer la résidence de l'enfant au domicile de l'un des parents. Le texte met fin à l'alternative binaire qui a longuement été débattu lors de l'adoption de la loi du 4 mars 2002. L'observateur non avisé ne peut qu'être troublé par la fréquence du changement de la règle de droit qui, d'une mesure possible mais généralisée en 2002 accède aujourd'hui au rang de mesure principale, dans un domaine aussi sensible que celui de l'organisation de la vie de l'enfant. Au plan terminologique il est prévu de mettre fin à ce qui est considéré être une terminologie péjorative. La résidence alternée, parce qu'elle met l'accent sur la dimension temporaire de l'hébergement, est considérée stigmatisante⁴ à l'égard du parent n'hébergeant pas régulièrement l'enfant (nominalisme humanitaire). L'enfant n'étant plus *hébergé* par l'un de ses parents mais disposant de

¹ D'ailleurs, une partie de la doctrine a très justement relevé qu' « on peut singulièrement douter de la nécessité de clarifier les règles existantes, comme le premier chapitre a pour objet de le faire. Depuis la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, le principe de coparentalité qui domine cette matière s'avère déjà relativement clair (...) Les dispositions actuelles du Code civil ne suscitent pas, en elles-mêmes, des difficultés nécessitant une prétendue clarification. C'est la mise en œuvre des règles qui s'avère problématique ». Cf. *Rev. dr. fam.*, 2014, n° 5, alerte 20.

² M. JUSTON était favorable à une adaptation de l'ancienne terminologie au nouvel esprit de l'autorité parentale, en remplaçant notamment le « droit de visite et d'hébergement », par des mots plus doux et plus neutres comme « temps d'accueil, temps de résidence ou période de résidence ».

³ Article 7 de la proposition, découlant de la proposition n° 27 du rapport de M. JUSTON. Le rapport de Monsieur le président JUSTON proposait en réalité le principe de la double domiciliation de l'enfant quel que soit le mode de résidence, tout en insérant dans le Code civil la mention que la résidence alternée ne correspond pas à un mode paritaire de partage du temps de l'enfant. Toute proposition de résidence alternée paritaire ou non, notamment celle imposée par le JAF -ce qui veut dire que celle-ci n'était pas imposée par le juge-, pouvait aussi être accompagnée d'une mesure de médiation familiale, de manière à ce que les parents vérifient par eux-mêmes l'adéquation de ce type de résidence à la personnalité de l'enfant. L'idée de Monsieur JUSTON étant de tirer les conséquences sur les actes de l'état civil de la réalité de cette double domiciliation (que ce soit dans le cadre d'une résidence en alternance ou pas), en maintenant la résidence alternée comme mode *possible* d'organisation de l'autorité parentale, et non d'en faire *le* principe (propositions n° 19 et 26).

⁴ Le rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles souligne l'importance de la terminologie employée à l'égard du parent auprès de qui la résidence de l'enfant n'est pas fixée, les notions de « droit d'hébergement » et de « droit de visite » étant le plus souvent mal ressenties par les parents concernés, qui considèrent que le droit d'héberger et de visiter son enfant ne reflète pas véritablement leurs responsabilités parentales.

« deux chez lui »¹, le « droit d'hébergement » est vouée à la disparition. Dans le cas particulier où l'exercice de l'autorité parentale est confié à l'un des parents, un droit de visite, exceptionnel, pourrait être mis en place.

457. Une proposition de loi contraire à l'intérêt de l'enfant. Si l'intérêt de l'enfant constitue la finalité d'une telle mesure, la réponse législative apportée pour favoriser cet intérêt ne convainc guère. Unifier l'exercice de l'autorité parentale en instrumentalisant la résidence de l'enfant -loin d'être un foyer pour unifier - « peut créer des désordres car l'enfant est aux confins de droits partagés : ses propres droits, ceux de ses parents, ceux des tiers »². De surcroît, elle atteste que l'objectif recherché après l'exercice conjoint de l'autorité parentale est bien l'égalité des deux parents. Or, du « sur-mesure » est particulièrement souhaitable lors de la détermination des modalités de l'exercice de l'autorité parentale. De la même façon, l'investissement respectif des père et mère dans la sphère professionnelle est largement déterminant de la mise en place d'une telle mesure. Si de plus en plus de femmes aspirent aujourd'hui à l'autonomie financière et à l'épanouissement professionnel, nombre d'entre elles privilégient encore l'investissement domestique. Dans ce cas de figure, le temps passé par l'enfant auprès de sa mère est naturellement plus important que celui passé aux côtés du père. Dès lors, le modèle de parentalité suggéré trouve sa limite dans la réalité sociale. La règle de droit se trouve ainsi « en avance » par rapport à la réalité sociale qu'elle a vocation à régler. Cette situation pose le problème d'un droit qui intervient -excessivement ?- à l'inverse d'un droit qui s'abstient. Le suivisme législatif caractéristique de la législation contemporaine tend à satisfaire les revendications de chacun des membres du couple. Ceci est bien la preuve que la famille ne constitue pas plus l'objectif du législateur que ne l'est l'égalité en droit de ses membres. Il est regrettable que la famille ait à servir les ambitions égalitaires du politique alors que celle-ci, par essence inégalitaire, est aux antipodes de cette mission qui lui est aujourd'hui assignée. Oeuvre purement humaine, la règle de droit ne peut tendre à la perfection malgré les efforts déployés en ce sens. L'instabilité de celle-ci, du fait des nombreuses interventions législatives, rend instable le statut même de l'enfant. Or, il a été démontré par les études de sciences humaines que la stabilité est le fondement qui préside au bon développement de l'enfant et à son bien être. Pourquoi dès lors ne pas chercher la perfection auprès des personnes qui en sont responsables, ou en tout cas les y inciter³.

¹ Cette mesure rappelle la suppression du « droit de visite et d'hébergement » par la Convention sur les relations personnelles concernant l'enfant, en faveur de la formulation de « lien de famille ». V. *supra*, n° 153.

² S. BEN HADJ YAHIA, « La résidence de l'enfant », *art. précit.*, p. 570.

³ Madame Aude MIRKOVIC exprime très justement la situation en ces termes : « si cet énième essai sur l'autorité parentale ne convainc pas, n'est-ce pas tout simplement que, si la vie des enfants vivant avec des couples décomposés et recomposés est compliquée, ce n'est pas à cause du droit mais parce qu'il est délicat pour un enfant de vivre avec des adultes qui ne sont pas ses parents, et vice versa ? Les législateurs successifs tentent de réparer les effets dévastateurs de la séparation parentale. Que ne cherchent-ils, aussi, des moyens d'éviter ces séparations destructrices ? Les récents débats sur le mariage ont montré que celui-ci est recherché comme la structure la plus sécurisante en raison de l'engagement sur lequel il repose et du cadre protecteur qu'il offre. Chacun est libre de se marier ou non, mais une seule mesure (fiscale par exemple) encourageant la stabilité du

458. La force des mesures privilégiant l'effectivité de la coparentalité. Les mesures proposées par le texte en vue d'améliorer l'effectivité de l'exercice conjoint de l'autorité parentale retiennent l'attention. En effet, la proposition de loi crée un certain nombre de mesures permettant de faire respecter la décision du juge ou la convention homologuée. Une amende civile¹ est proposée, dont le montant peut s'élever à 10.000 euros afin de sanctionner le parent faisant délibérément obstacle, de façon grave ou renouvelée, aux règles de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, ou lorsqu'un parent ne respecte pas une décision ou la convention homologuée fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale. La mesure est satisfaisante, le recours à la voie pénale étant inopportun dans un tel contexte. L'atteinte à ces règles, en particulier aux décisions des juges n'est à présent pas systématiquement sanctionnée. Bien qu'elle existe, l'astreinte n'est pas utilisée en pratique. C'est pourquoi l'article 5 de la proposition de loi prévoit d'assortir la décision du juge d'une telle mesure, pouvant être un instrument efficace entre les mains des praticiens dans certaines situations. Dans le prolongement de l'amende civile, Monsieur BINET propose, lorsque l'exercice de l'autorité parentale est entravé par l'un des parents, un ajustement du montant de la pension alimentaire versée pour les besoins de l'enfant, qui tiendrait compte de la modification de la répartition de la charge effective de son entretien et son éducation. Loin d'être une réelle sanction, cette mesure permettrait « de tirer les conséquences financières du non-exercice du droit de visite et d'hébergement ou du non-respect des périodes de résidence au domicile de chacun des parents fixées par la décision du juge ou la convention homologuée ». Adoptée par la Commission des lois constitutionnelles², cette mesure mérite d'être approuvée. En revanche, l'exécution forcée des décisions de justice rendues en matière civile³ ne semble pas être adaptée à la nature du litige. En effet, le procureur de la République est invité à user de la force publique afin de veiller à l'exécution des décisions de justice. Si elles sont combinées à celles déjà existantes, les mesures mises en place permettent de faire respecter la décision du juge. Le recours à la force publique n'est ni souhaitable en la matière, ni gage d'un meilleur exercice de la coparentalité. Pour cela, la proposition n° 23 du rapport de Monsieur JUSTON⁴ est fort intéressante car elle préconise en cas de difficultés graves, des mesures d'accompagnement privilégiant la restauration des liens lorsque le dialogue est rompu. Cette mesure se matérialiserait par l'instauration d'ateliers à la coparentalité dans lesquels le dialogue serait de mise. Il est regrettable que l'actuelle proposition de loi n'ait pas repris cette mesure en vue de privilégier la culture du dialogue à celle de la force.

mariage serait certainement mieux venue que toutes ces mesures sur l'autorité parentale et le prétendu intérêt de l'enfant », *Rev. dr. fam.*, 2014, sept., n° 9.

¹ Article 5 de la proposition de loi.

² Art. 6 bis.

³ Art. 8 bis.

⁴ M. JUSTON, *Médiation et contrats de coparentalité*, rapp. précit.

Section 2. La fidélité du droit maghrébin de la filiation au modèle familial islamique

459. Précisions sémantiques. En droit musulman, la parenté recouvre des acceptions multiples. Le sens le plus courant qui lui est assigné est celui qui permet l'inscription de l'enfant dans une généalogie ascendante, tandis que la parenté entendue en termes de filiation inscrit davantage celui-ci dans un ordre descendant, en le rattachant à ses auteurs. La filiation¹, patrilinéaire en droit musulman, consiste essentiellement dans « le fait de porter le nom de son père et de pouvoir hériter de lui, cette dernière disposition découlant juridiquement de la première dans le droit musulman classique »². Dans tous les pays de tradition musulmane, le droit de la filiation demeure une fidèle transcription des préceptes religieux tant le système de parenté est fortement empreint de morale islamique, et l'organisation sociale construite autour du modèle de filiation patrilinéaire. Parmi les fins supérieures auxquelles le croyant doit aspirer en vue de préserver l'objectif de sauvegarde de la vie humaine sur terre, une place de choix est faite à la procréation et aux biens³, d'où l'importance du mariage et de l'héritage en droit musulman. Si les législations positives des pays du Maghreb se réfèrent davantage à la notion de *nasab* -la parenté au sens généalogique- plutôt qu'à la *bounoua* -filiation au sens strict- c'est précisément en raison d'une conception de la parenté irréductible au simple donné biologique, mais qui nécessite une inscription au sein d'un groupe de parenté. Le *nasab* est de ce fait « éloigné des représentations de la parenté mises en rapport avec des données scientifiques. C'est avant tout une représentation sociale, indépendante parfois de toute réalité historique »⁴. Un tel choix repose également sur une conception différente de la procréation qui, à l'inverse de la conception occidentale, ne passe pas par le sang, mais par le sperme. En effet, celui-ci joue un rôle incontournable dans la doctrine juridique islamique qui le

¹ La filiation en droit musulman est constituée de deux éléments : la *bounoua* et le *nasab*. Le second, selon Madame le professeur BEN HALIMA, « est le lien qui unit les membres de la même famille. C'est donc le lien de parenté (...). Dans son sens le plus courant, le *nasab* est le lien légitime qui unit l'enfant à son père. C'est en d'autres termes la filiation paternelle légitime. » qui détermine le statut de la personne dans la société. Si la relation entre la mère et l'enfant s'établit du fait de l'accouchement, celle liant le père à son enfant trouve son fondement dans le *nasab*, qui permet de rattacher l'enfant à son père, en lui attribuant son nom. À cet égard, le *nasab* détermine l'« origine » de l'enfant dans une société où son inexistence est source de stigmatisation. S. BEN HALIMA, *La filiation paternelle légitime en droit tunisien*, Thèse, Tunis, 1976, p. 10. V. K. MEZIOU, « La filiation », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2009, n° 345, pp. 238-260.

² C. FORTIER, « Filiation versus inceste en Islam, parenté de lait, procréations médicalement assistées, adoptions et reconnaissance de paternité. De la nécessaire conjonction du social et du biologique », in *L'argument de filiation. Aux fondements des sociétés européennes et méditerranéennes*, P. BONTE, E. PORQUERES I GENE, J. WILGAUX (dir. de), Marseille, éd. de la Maison des sciences de l'homme, 2011, p. 233.

³ V. *infra*, n° 489.

⁴ A. AOUIJ-MRAD, « Le faible impact des pratiques biomédicales sur la vision de la parenté en Tunisie », in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, B. FEUILLET-LIGER, M.-C. CRESPO-BRAUNER (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 193.

considère comme le principe vital de descendance¹. Le sang n'est utilisé que comme simple métaphore des relations de parenté². C'est pourquoi le biologique, bien qu'il soit central dans l'établissement du lien de filiation, ne se conçoit pas sans le *nasab*, dont le rôle est la représentation sociale et symbolique de la parenté en vue de l'inscription de l'enfant dans une généalogie.

460. Les moyens de preuves biologiques : une évolution du droit de la filiation ?

La consécration des moyens biologiques de preuves –tests ADN- au Maroc à l'occasion de la réforme de 2004 pose la question, à l'instar de l'évolution française, du renouveau du concept de filiation. La consécration de l'expertise biologique a-t-elle permis de faire basculer la filiation dans un « tout biologique » au détriment du modèle de parenté légitime fondée sur le mariage (§1), ou celle-ci demeure-t-elle fidèle à sa fonction de maintien d'une certaine conception de la famille et des relations parentales (§2) ?

§1) La parenté légitime, mode privilégié d'établissement de la filiation

461. Exclusivité de la filiation paternelle. Le droit musulman de la famille accorde une place de choix à l'établissement de la parenté légitime paternelle. Celui-ci ne reconnaît d'effets qu'à ce lien de filiation à l'exclusion du lien maternel³, inapte à permettre l'inscription de l'enfant dans une lignée ascendante en vue de prétendre au *nasab*. Le mariage, condition *sine qua non* peut seul faire jouer pleinement la présomption de paternité à l'égard de l'enfant (A). Point de mariage, point de *nasab* dirait le dicton. La force de ce mécanisme réside dans le lien étroit qu'il entretient avec le mariage des parents. Simple présomption, il peut également être écarté lorsque la probabilité que l'enfant ne soit pas le fils de celui que le mariage désigne est forte (B).

A) La force de la présomption de paternité

462. Une force tirée de l'état de mariage. En mariage, la présomption de paternité est un mode automatique de rattachement de l'enfant au lit conjugal. Mode non volontaire d'établissement de la filiation (1), il ne nécessite nullement une manifestation de volonté et c'est bien là sa force. L'étude des modes volontaires d'établissement de la filiation révélera

¹ Sur cette question, cf. C. FORTIER, « Le lait, le sperme, le dos. Et le sang ? », *Cahiers d'études africaines*, 2001, n° 161, pp. 97-138.

² Sur ce point, cf. *infra*, n° 357.

³ Sur le rattachement unilatéral (contestable) de l'enfant naturel à sa seule mère et son défaut de source scripturaire, V. les développements de Monsieur K. ZAHER, *Conflit de civilisations et droit international privé*, Paris, l'Harmattan, 2009, pp. 62-68, spec. n° 69 et s. Cf. aussi la décision de la Cour de cassation ayant refusé, par le biais de l'expertise génétique, de remettre en cause la *bounoua* de la mère, le recours à l'expertise génétique étant sans effet à son égard : Cass. maroc., 20 janv. 2015, dossier n°192/2/1/2014, n° 2/25.

que ceux-ci sont tributaires, dans leur mise en œuvre, de la volonté paternelle (2) ce qui peut mettre à mal l'intérêt de l'enfant à avoir une filiation.

1- Un mode non volontaire d'établissement de la filiation

463. « L'enfant appartient au lit conjugal ». En droit musulman, l'enfant d'une femme mariée est légitimement rattaché au mari en vertu de l'adage *al waladou lil firach* (l'enfant appartient au lit). Simple présomption, elle permet de conférer la légitimité à l'enfant né pendant le mariage du couple, dans une société qui ne reconnaît aucune place à l'enfant né en dehors du cadre légal. Les rapports conjugaux permettent ainsi de présumer les relations charnelles du couple dont l'enfant serait issu, alors même que la vérité biologique pourrait être contraire à cette réalité. Présomption qui repose sur un fait connu - le mariage- elle aboutit à un fait inconnu, bénéficiant pourtant du cadre protecteur de la loi. Le mariage jouit au sein d'un tel système de toute sa force et constitue bien, l'acte fondateur de la famille. La présomption joue au profit d'enfants nés d'un mariage valide, mais aussi au profit de ceux issus d'un mariage vicié ou nul. Les législations des trois pays du Maghreb sont une fidèle traduction de ces règles¹. Bien que répugnant à la reconnaissance d'une filiation issue de relations illégitimes, le droit musulman, paradoxalement, bénit de sa légitimité toute situation pouvant être *régularisée*.

464. Des délais de grossesse favorables à l'enfant. Pour que la présomption joue encore, la grossesse de la mère doit s'insérer dans les délais fixés par le droit musulman classique. Le délai minimal de la grossesse a unanimement été fixé par les juristes des différentes écoles doctrinales à six mois. Si l'enfant naît six mois suivant la conclusion de l'acte de mariage, celui-ci est considéré comme issu du couple. Cette solution a été reprise par les différentes législations maghrébines². Simple en apparence, la question n'est pas sans soulever des difficultés quant à l'appréciation du délai à partir duquel il convient de faire courir les six mois, car le droit musulman distingue la date de la conclusion de l'acte de mariage, du moment où celui-ci a pu être consommé. Les législations marocaine et tunisienne font courir ce délai dès la conclusion de l'acte de mariage, ce qui simplifie considérablement la question de la preuve des relations charnelles. Néanmoins, le Code marocain exige que les rapports sexuels soient plausibles entre les époux. La difficulté initiale est donc entière. Outre que le législateur ne définit pas ce qu'il convient d'entendre par « la possibilité des rapports » visé à l'article 154 1° du Code de la famille, se pose la difficulté liée à son appréciation. L'existence de rapports sexuels s'entend-t-elle d'une communauté de vie effective sans laquelle le couple serait suspecté de ne pas satisfaire à cette obligation, ou serait-ce notamment les situations d'impuissance de l'époux ou de refus de l'épouse d'entretenir des relations avec son époux ? Le tribunal de première

¹ Ar. 152 du CMF, art. 40 du Code algérien et 68 du Code tunisien.

² Art. 154-1 CMF, 42 du Code algérien et 71 du Code tunisien.

instance de Marrakech a notamment pu constater l'impossibilité des relations conjugales d'un couple du fait de l'abandon par l'épouse du domicile conjugal depuis 1998, alors que la naissance de l'enfant dont la filiation était en cause intervenait le 20 mai 2003. Dans ces conditions, la filiation légitime de l'enfant n'a pu être établie faute de relations conjugales plausibles au sens de l'article 154 1^o. La même difficulté se retrouve tant dans les législations algérienne que tunisienne. S'il est vrai que cette condition tenant à la possibilité des relations conjugales du couple permet de renforcer la présomption de paternité, elle traduit incontestablement le regard (intrusif ?) du droit au sein de la sphère d'intimité du couple, et témoigne du faible espace de liberté qui y est réservé. Le délai maximal de la grossesse² est en revanche ramené à un an dans la législation marocaine et tunisienne³, sauf par la législation algérienne⁴ qui le ramène à dix mois. La terminologie et la conception du droit musulman classique sont patentes et génèrent une certaine confusion, car le droit musulman distingue en matière de rupture du mariage le divorce révocable et le divorce irrévocable, d'où la difficulté de déterminer le moment à partir duquel le délai d'un an ou de dix mois commence à courir. La difficulté est particulièrement présente en droit marocain qui maintient la distinction classique du droit musulman entre le divorce révocable et le divorce irrévocable, lorsque les voisins algérien et tunisien ne le font pas. Pour autant, un laps de temps considérable peut courir entre la cessation de la cohabitation et le prononcé définitif du divorce. Les trois codes s'accordent toutefois pour dire que seul le jugement définitif de divorce fait courir le délai.

465. Le cas particulier des fiançailles en droit marocain. Les législations marocaine et algérienne considèrent -depuis leurs dernières réformes - l'enfant issu des rapports illégitimes préalables au mariage, rattachable à son géniteur. Le droit marocain exige que le mariage ait ensuite été conclu en toute bonne foi⁵, sans quoi l'enfant est considéré comme naturel. Ni la doctrine *malékite*, ni le droit algérien n'exigent pourtant cette condition, preuve que le droit marocain ne souhaite ouvrir aucune brèche et manifeste une tolérance « zéro » à l'égard de toute tentative de reconnaissance d'un enfant issu de relations illégitimes. Malgré cette rigidité, le législateur marocain n'a pas hésité à prendre

¹ TPI Marrakech, 6 mai 2004, n° 1307, dossier n° 04/8/192.

² Celui-ci génère des divergences entre les juristes, faute de donné religieux. C'est pourquoi le délai maximal varie de deux à cinq ans, selon l'école doctrinale. Comme le souligne Madame MONJID, « les délais sont fixés d'une manière tellement large qu'ils ont un caractère extravagant. En effet, considérer que la grossesse peut durer de multiples années après la séparation de la femme de son époux semble pour le moins invraisemblable », et les juristes en étaient bien conscients. En réalité, cette situation traduit le souci permanent de prendre en compte l'intérêt de l'enfant à avoir une filiation, même dans les cas où l'irrégularité pouvait être apparente. Les juristes œuvraient donc vers un rattachement fréquent des enfants à leur géniteur. Dans ces conditions, l'existence d'enfants naturels devait rester minoritaire, c'est pourquoi elle n'a pas fait l'objet de développement dans les traités de droit musulman classique. L'autre objectif des juristes était de permettre à la femme d'échapper à l'accusation et à la sanction de fornication. M. MONJID, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb*, Paris, l'Harmattan, 2013, p. 121-122, spec., n° 227.

³ Art. 154 CMF et 69 du Code tunisien.

⁴ Art. 42 du Code algérien.

⁵ Art. 58 du CMF.

en compte l'intérêt de l'enfant à avoir une filiation paternelle. Ayant eu lieu par *choubha* « par erreur », les rapports sexuels du couple s'étant comporté comme mari et femme permettent de protéger l'enfant. L'article 156 du Code dispose que la grossesse de la fiancée sera imputable au fiancé lorsque la conception de l'enfant a bien eu lieu pendant la période des fiançailles¹. La conception hors mariage d'un enfant peut être régularisée si celle-ci rentre dans le cadre d'un projet de mariage. Le texte exige toutefois certaines conditions : la notoriété des fiançailles doit pouvoir être prouvée -notamment par l'approbation des deux familles²-, par tous moyens (photos, témoignages...), le consentement des futurs mariés établi, enfin que la reconnaissance de la grossesse soit bien du fait du couple³ et que des circonstances impérieuses aient empêché de dresser l'acte de mariage. En cas de contestation de la grossesse par le fiancé, il est fait appel à tous les moyens de preuve légaux pour établir la filiation paternelle. Ayant pour fondement l'intérêt de l'enfant, cette disposition s'inscrit dans une société où l'enfant hors mariage fait encore l'objet de toutes les stigmatisations. Un minimum d'humanité a donc animé le législateur, bien qu'il ne se soit pas laissé emporter par la tendance humaniste caractéristique du législateur français. Fidèle à cet objectif, le juge veille à une stricte application de la nouvelle disposition qui ne joue que dans des cas limités⁴. Il a pu être considéré que la filiation légitime de l'enfant né des fiancés ne peut être établie que si les fiançailles sont connues des deux familles et après aveu des deux fiancés⁵. Dans une autre affaire, la filiation de l'enfant n'a pu être établie faute pour les juges de pouvoir s'être assurés de la réalité du consentement des supposés fiancés⁶.

2- Les modes volontaires d'établissement de la filiation

466. L'aveu de paternité *iqrar*, tributaire de l'appréciation des juges. Repris du droit musulman classique, l'aveu est admis par les trois législations maghrébines comme mode d'établissement de la filiation légitime⁷. Néanmoins, les trois codes sont laconiques sur plusieurs points importants, signe d'un certain malaise des législateurs avec un tel

¹ Cour de cassation, 28 juin 2011, n° dossier 361/2/1/2010, n° 390.

² Cette condition à elle seule témoigne bien de la dimension institutionnelle et publique du mariage dans les sociétés islamiques contrairement à la conception ayant cours en occident. L'importance accordée à la famille est telle que sa bénédiction est nécessaire afin de mener une vie de famille harmonieuse et épanouie.

³ Cf., sur le désaccord du couple quant à la date de célébration des fiançailles, une Cour d'appel a pu être censurée pour avoir rattaché l'enfant à naître au fiancé, sans s'assurer au préalable si la grossesse avait eu lieu avant les fiançailles ou après. Cour. cass. maroc., 28 juin 2011, dossier n° 361/2/1/2010, n° 390.

⁴ A. SAADOUNE, « La "raison impérieuse" requise dans l'établissement du nasab de l'enfant conçu pendant les fiançailles. Étude à la lumière de la pratique judiciaire », in *Justice familiale. Appréhensions plurielles et problématiques contemporaines*, Z. ELAMARI (dir. de), Rabat, Publications de la revue de justice civile, t. 1, 2013, pp. 49-78 (en langue arabe).

⁵ C. cass., 18 avr. 2006, dossier n° 282/2/1/2006.

⁶ C. cass., 16 janv. 2008, dossier n° 34/2/1/2007.

⁷ Art. 152 du CMF, 68 du Code tunisien et 40 du Code algérien.

procédé. À titre d'exemple, rien n'est mentionné sur la nature d'une telle reconnaissance. Constitue-t-elle un mode autonome de reconnaissance de la filiation ou est-elle tributaire de l'exigence préalable d'un mariage ?¹ Si le droit musulman fait preuve de souplesse en n'exigeant pas qu'un mariage soit établi, les droits maghrébins – bien qu'inspirés de l'esprit qui anime le droit musulman, à savoir le rattachement de l'enfant à son géniteur autant que possible – font preuve de méfiance lorsqu'il s'agit de reconnaître la filiation légitime d'un enfant né de relations illicites. Les juges marocains considéraient autrefois que la reconnaissance de l'enfant après la célébration du mariage était inopérante², faute d'un mariage. Un arrêté ministériel³ avait en effet conditionné la reconnaissance à l'exigence préalable d'un lien matrimonial. Pourtant, cet arrêté n'a aucune valeur probante et la loi relative à l'état civil ne la mentionne pas⁴. Après l'entrée en vigueur du nouveau Code, la jurisprudence révèle deux orientations opposées⁵ : l'une en faveur de l'autonomie de l'action en reconnaissance du *nasab*, l'autre considérant qu'une telle action ne saurait constituer une action indépendante de celle visant la reconnaissance du mariage du couple ni de celle visant la reconnaissance de l'enfant issu de relations « par erreur » durant la période des fiançailles⁶. La Cour de cassation a néanmoins tranché en faveur de la première. Pour la Haute juridiction, l'établissement du *nasab* constitue une action indépendante de celle visant la reconnaissance du mariage. À l'occasion d'une décision remarquée, elle a considéré que « la filiation est établie par l'aveu sans qu'il ne soit nécessaire d'établir le mariage ou la *choubha*, à condition que le père ne précise pas que l'enfant est le fruit d'un *zina* »⁷. Dans la même lignée jurisprudentielle, la Cour d'appel de Rabat a admis une action en reconnaissance du *nasab* d'un enfant indépendamment de l'action en reconnaissance de mariage, au motif que le *nasab* est établi, dans le cadre des fiançailles, sur le fondement de l'erreur et des premiers signes de grossesse de la fiancée, corroborés en l'espèce par le recours à une expertise génétique⁸. Dans le même sens, la Cour d'appel de Tétouan a censuré un jugement ayant refusé d'établir le *nasab* de l'enfant au motif que celle-ci serait née avant la conclusion du mariage de ses parents. Pour

¹ Y. SAADOUNE, « La “raison impérieuse” requise dans l'établissement du *nasab* de l'enfant conçu pendant les fiançailles. Étude à la lumière de la pratique judiciaire », in *Justice familiale. Appréhensions plurielles et problématiques contemporaines*, Z. ELAMARI (dir. de), Rabat, Publications de la revue de justice civile, t. 1, 2013, pp. 49-78 (en langue arabe).

² Cour suprême, 30 mars 1983, dossier n° 54758.

³ Arrêté ministériel n° 159, 1^{er} juillet 1983.

⁴ M. MONJID, *op. cit.*, p. 131-132, spec. n° 247.

⁵ Y. SAADOUNE, « La “raison impérieuse” requise dans l'établissement du *nasab* de l'enfant conçu pendant les fiançailles. Étude à la lumière de la pratique judiciaire », *art. précit.*, spec. pp. 63-68.

⁶ Un couple vivant de façon maritale – dont sont issus deux enfants – depuis 1994 n'a conclu mariage que le 19 août 2004. L'action en établissement du *nasab* des deux enfants est admise par les juges de la section familiale au motif que le couple, de 1994 à 2004 était fiancé et qu'une relation de mariage les liait désormais. Sect. fam. Meknès, 22 août 2006, dossier n° 2808/5/06.

⁷ Cour suprême, 8 juin 2005, dossier n° 713/2/1/2003, et n° 439 du 28 sept. 2005, cités par M. LOUKILI. Dans le même sens : CA Agadir, 4 dec. 2007, dossier n° 154/07.

⁸ CA Rabat, 12 juin 2006, n° 171.

infirmier la décision rendue en première instance, les juges en appel ont relevé l'existence d'un aveu conjoint des parents que la naissance de l'enfant était bien de leur fait, conformément aux exigences de l'article 145¹. Depuis, ce libéralisme semble avoir été abandonné par la Cour de cassation qui s'attacherait à la démonstration de la « raison impérieuse » ayant empêché la conclusion de l'acte de mariage. Dans une décision du 14 juin 2011², elle a censuré la Cour d'appel qui a reconnu l'union maritale ayant lié la requérante à son défunt époux (celui-ci étant décédé au jour de l'introduction de l'instance) dans le cadre d'une action en reconnaissance de mariage. Pour justifier la cassation, la Cour retient le défaut de base légale tiré du défaut de caractérisation de la raison impérieuse ayant empêché la conclusion de l'acte de mariage du vivant de défunt. De la même manière, le témoignage de deux personnes n'est pas suffisant pour la Cour, à moins qu'il s'agisse de deux *adouls*.

Le droit algérien soumet également la légitimation de l'enfant à l'existence préalable d'un acte de mariage. Ce procédé, fréquemment exigé en pratique, méconnaît la portée de la reconnaissance de paternité telle que posée par les textes. La Cour de cassation tunisienne semble avoir opté, à l'occasion d'une décision où il apparaissait que le secret entourant la naissance de l'enfant n'était plus préservé³, en faveur de la préservation des bonnes moeurs. Si la filiation d'un enfant adultérin a pu être établie sur le fondement de l'aveu par un tribunal de première instance⁴, celle-ci a eu l'occasion de revenir sur cette jurisprudence en affirmant que « *l'aveu ne permet pas d'établir la filiation légitime d'un enfant né d'une relation adultérine* »⁵. Inconstante, la jurisprudence tunisienne souffre de son manque d'uniformité et de ses revirements permanents. Pour l'heure, la tendance de la jurisprudence est à la tolérance, les juges ayant pu reconnaître la filiation d'un enfant né hors mariage en faisant référence à la Convention de New York⁶.

467. Méconnaissance de l'intérêt de l'enfant ou protection excessive du mariage.

Le scepticisme est permis quant à la portée de la pratique consistant à subordonner la reconnaissance de mariage à son existence préalable. Bien que la reconnaissance apparaisse dans les textes comme un procédé autonome permettant l'établissement de la filiation légitime, la reconnaissance de paternité dépend en pratique de l'existence du mariage des parents. Or, conformément à l'esprit qui anime le droit musulman, elle ne devrait pas en être tributaire au risque de demeurer lettre morte. Elle contreviendrait également au droit d'un certain nombre d'enfants à disposer d'une filiation, ce qui revient à les priver du droit au nom *nasab*, ainsi que de la vocation successorale qui pourrait leur

¹ CA Tétouan, 29 mai 2007, dossier n° 6/06/266.

² Cass. maroc., 14 juin 2011, dossier n° 364/2/1/2010, n° 346.

³ Cass. civ., 23 avr. 1975, n° 9853. Dans le même sens: Cass. civ., 15 mai 1984, n° 9976.

⁴ TPI Gafsa, 21 fév. 1994, n° 43979.

⁵ Cass. civ., 13 mai 1997, n° 56315.

⁶ TPI Manouba, 28 oct. 2003, n° 16198 ; TPI Manouba, 2 déc. 2003, n° 16189/53.

échoir. Admettre ensuite que la filiation légitime puisse être établie du seul aveu du père révèle la suprématie de la branche paternelle en droit maghrébin, en conditionnant son établissement au bon gré du géniteur. La loi, par souci de protection de ces enfants, pourrait réserver un accueil plus favorable aux pères désireux de reconnaître leur enfant. Ceci permettrait de responsabiliser les pères qui n'assumeraient pas leurs responsabilités, la loi pouvant à cet égard revêtir la fonction pédagogique qui lui revient en satisfaisant à l'exigence de protection de l'enfant. Pour l'heure, la reconnaissance de paternité continue de buter sur la révélation de l'illicéité de la relation qui a pu unir les parents de l'enfant. Tant que le requérant n'avoue pas la relation illégitime, la reconnaissance de paternité pourra légitimer l'enfant. Comme le souligne Madame le professeur MONJID, « cette condition qui n'est citée expressément ni par les codes de la famille ni par le droit musulman est simplement sous-entendue et déductible des conditions de l'aveu. Il va sans dire qu'elle est fortement paradoxale et énigmatique voire dissimulant une certaine hypocrisie »¹. Pour autant, il est indéniable qu'elle contribue dans le même temps à la sauvegarde de la spécificité du mariage, par la recherche d'un certain équilibre.

468. Le maintien renforcé de la preuve par témoins. Énumérée parmi les modes d'établissement de la filiation, la preuve par témoins constitue le deuxième procédé de droit musulman classique repris par les législations familiales des pays maghrébins. Survivance de l'ancienne *moudouwana* marocaine², toujours présente dans les codes algérien³ et tunisien⁴, celle-ci n'est, à l'instar du *li'an*⁵ (serment d'anathème), réglementé que de façon très laconique. C'est dire une fois de plus que ce procédé n'est plus adapté à la société actuelle –bien qu'il ait survécu aux réformes opérées– mais témoigne de l'attachement du droit maghrébin de la famille aux règles du droit musulman classique⁶. Indéterminé dans ses modalités, ce mode de preuve dépend pour sa mise en oeuvre de l'appréciation des juges, dont le référentiel est constitué par les règles du rite *malékite*. La Cour de cassation tunisienne n'admet le témoignage qu'à la condition de l'existence préalable d'un mariage⁷. À peine plus souple, la Cour de cassation marocaine a pu établir la filiation d'un enfant sur la base de la renommée commune⁸, sorte de possession d'état reposant sur la vraisemblance du mariage et la notoriété du rattachement en fait de l'enfant à son père. En l'état de la jurisprudence, la Cour de cassation en fait un mode privilégié de

¹ M. MONJID, *op. cit.*, p. 133.

² Ancien article 89 et nouvel article 168 du CMF.

³ Art. 40 du Code algérien.

⁴ Art. du Code tunisien.

⁵ Sur ce moyen de contestation de la paternité, V. *infra*, n° 472.

⁶ R. GRANGER, « La tradition en tant que limite aux réformes du droit », *RIDC*, 1979, n° 1, pp. 37-125.

⁷ En ce sens : Cass. civ., 6 mars 1973, n° 9210 ; Cass. civ., 11 déc. 1987 ; Cass. civ., 2 juin 1991, n° 26431 ; Cass. civ., 18 nov. 1996, n° 43-354. Cités par M. MONJID, *op. cit.*, p. 136.

⁸ Cour suprême, 22 nov. 2006, dossier n° 118/2/2006.

preuve, par l'exigence pour les actions en reconnaissance du *nasab* du témoignage de deux *adouls* à défaut, d'un *lafif* (témoignage de 12 personnes).

469. L'admission encadrée de l'empreinte génétique. Les Codes marocain et algérien¹ ont introduit lors de leurs réformes la possibilité d'établir le lien de filiation paternel par l'expertise judiciaire². Le droit tunisien ne mentionne pas une telle possibilité dans le Code du statut personnel, mais la loi relative à l'attribution d'un nom patronymique au profit des enfants abandonnés ou de filiation inconnue permet d'y recourir³. L'inscription d'une telle alternative dans la loi est hautement symbolique. Elle témoigne de l'ouverture des droits maghrébins aux nouveaux moyens offerts par la science et la médecine en vue de sauvegarder et renforcer le lien de filiation de l'enfant⁴. L'adoption de l'expertise dans l'établissement du lien de filiation reflète également la compatibilité entre ces nouveaux moyens de preuve et les principes tirés du droit musulman. Dans les trois législations, la réglementation de la preuve génétique pêche par son laconisme, particulièrement en ce qui concerne les cas dans lesquels le juge pourrait y avoir recours et, au demeurant, si celle-ci est de droit ? Il convient de préciser que ni le droit marocain, ni le droit algérien n'admettent l'action en recherche de paternité⁵. La solidité de la structure familiale fondée sur le mariage ne favorise l'ouverture d'aucune brèche. En suivant cette logique, il est peu probable que les juges fassent une interprétation extensive de l'expertise, qui ne permettra pas, à l'instar de l'évolution qu'a connue la France, d'établir toutes les filiations de tous les enfants qui en feraient la demande. Celle-ci permettra, plus modestement, d'établir la filiation légitime de l'enfant conformément au cadre déterminé par la loi et dans lequel le mariage constitue une forteresse inattaquable. La conception de l'enfant pendant la période des fiançailles semble être propice à la mise en œuvre de l'expertise lorsque le supposé géniteur conteste ce fait⁶. Il était tentant de croire qu'une filiation paternelle illégitime puisse désormais accéder à la légitimité par la seule reconnaissance, ce qu'expriment pourtant bien les nouveaux textes⁷.

¹ Bien que le législateur algérien refuse toujours l'empreinte génétique comme mode de désaveu de la paternité.

² Art. 158 du CMF et 40 du Code algérien.

³ Art. 3 bis de la loi du 7 juillet 2003, modifiant et complétant la loi n° 98-75 du 28 octobre 1998 relative à l'attribution d'un nom patronymique aux enfants abandonnés ou de filiation inconnue, *J.O.R.T.*, 8 juil. 2003.

⁴ La Cour suprême marocaine a considéré que l'expertise génétique était un moyen d'établissement de la filiation et de désaveu de paternité : Cour suprême, 18 janv. 2006, n° 2005/1/2/108.

⁵ Seul le droit tunisien le permet.

⁶ La Cour de cassation a pu juger que si le fiancé refuse de se soumettre au test ADN en ne comparaisant pas, la non-comparution n'est pas considérée comme un aveu de ce dernier permettant l'établissement de son lien de filiation à l'égard de l'enfant : Cour de cassation, 31 août 2010, dossier n° 173/1/2/2009, n° 388.

⁷ V. en ce sens R. ALUFFI, « Droit de la filiation dans les Codes de statut personnel », *Annuaire dr. et religion*, 2009-2010, vol. 4, pp. 61-67, spec. p. 62, lorsque l'auteur affirme, quant au caractère concis et laconique des dispositions relatives à la filiation, que « la concision de ces dispositions est parfois extrême : elle suppose une précompréhension enracinée dans la tradition juridique islamique, sans laquelle l'interprétation du texte de loi pourrait être aberrante. Par exemple, en l'absence de toute référence au caractère nécessairement légitime de la filiation paternelle, on pourrait lire dans la reconnaissance (*iqrar*) la prévision expresse de la possibilité de légitimer l'enfant naturel. Ce qui ne correspond nullement à l'expérience interprétative courante ».

470. Le choix de la préservation d'un équilibre. Si les droits occidentaux accordent à la volonté une place inédite en matière d'établissement du lien de filiation -à tel point que celle-ci est en phase de constituer le seul et unique mode d'établissement de la filiation¹- l'analyse des modes d'établissement de la filiation en droit maghrébin révèlent que ceux-ci ne constituent pas des procédés autonomes et indépendants au service des intérêts individuels, bien que les différents codes de la famille au Maghreb laissent croire à une possible équivalence entre les moyens d'établissement de la filiation. Ceux-ci s'inscrivent au sein d'une construction solide dont la forteresse est constituée par le mariage. Alors que le droit français, sur la base du principe d'égalité entre enfants, a fait de l'expertise judiciaire un droit en matière d'établissement de la filiation, elle n'est en droit maghrébin, qu'un moyen au service de l'établissement de la filiation légitime de l'enfant, qui n'a aucun droit acquis à la voir établie. Bien qu'injuste à son égard -l'enfant n'a pas à payer le prix fort de l'*insouciance*, voire de l'*erreur* de ses parents- une admission excessive de la preuve génétique ou la déconnexion du mariage des modes d'établissement de la filiation reposant sur la volonté ne revient pas moins à rompre l'équilibre trouvé, en déstabilisant le mariage. N'est ce pas de cette manière, et à partir de l'égalisation entre enfants naturels et enfants légitimes, que la mésaventure du mariage en Occident a commencé² ?

B) La présomption de paternité écartée

471. Une présomption contestable. Bien qu'elle soit toujours la pierre angulaire du mariage et du droit de la filiation en droit maghrébin, la présomption de paternité ne saurait être absolue pour deux raisons. En mariage celle-ci ne pose qu'une simple présomption pouvant ne pas correspondre à la réalité biologique. Par conséquent, le père désigné doit pouvoir contester sa paternité (1). Hors mariage, celle-ci est tout simplement inopérante faute de lien légal entre les parents (2).

1- En mariage

472. Le maintien d'un moyen traditionnel de contestation de la paternité : le *li'an*. Le mécanisme du serment d'anathème permet, outre la contestation de la paternité de l'enfant, d'établir l'adultère de l'épouse. Mode de dissolution judiciaire du mariage qui trouve sa source tant dans le Coran³ que dans la *sunna* du prophète, le mécanisme a été

¹ V. *infra*, notre Chapitre 2, section 2 .

² Pour Madame le professeur Irène THERY, « la véritable rupture s'est faite autour de la fin de l'exclusivité de la filiation en mariage : on change de monde ». Cf. I. THERY, « Mariage et filiation de même sexe : une approche sociologique », in *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, Y. LEQUETTE, D. MAZEAUD (dir. de), Paris, éd. Panthéon-Assas, 2014, p. 94, spec. n° 10.

³ Sourate la *Lumière*, verset 6-9.

repris par les législations des pays du Maghreb. C'est dire combien le droit maghrébin de la filiation calque -malgré les réformes opérées- certains mécanismes traditionnels issus du contexte propre à l'arrivée de l'Islam à l'époque moderne. Il est permis de penser que c'est là une volonté de maintenir la spécificité islamique du système en référence aux institutions de l'époque, preuve de leur intemporalité. La procédure, telle que décrite dans le Coran, permet à l'époux d'accuser sa femme sans que cette accusation ne vaille automatiquement désaveu de paternité. Pour qu'elle le soit, une décision judiciaire est nécessaire. Si l'épouse nie l'accusation, l'époux doit prêter serment cinq fois afin de confirmer son accusation. Si l'épouse nie toujours l'accusation, elle doit à son tour riposter cinq fois en niant les faits reprochés lesquels, malgré la riposte, n'effacent pas la suspicion qui l'entoure. La riposte permet au mieux, de lui épargner la peine réservée aux fornicateurs. Outre la priorité accordée à la parole de l'époux -qui doit avoir la certitude de la tromperie de son épouse- qui n'a rien de comparable à l'époque et aujourd'hui, combien s'en serviraient réellement pour désavouer une paternité ? Le laconisme¹ des codes en dit long sur la question, qui ne saurait valablement être tranchée avec certitude en cas de déclaration mensongère. Relevant davantage du vestige et de la préhistoire juridique, les législateurs demeurent pourtant attachés au *li'an* sur le plan formel. N'ayant pas été réglementé à l'occasion des réformes, il est revenu une fois de plus à la jurisprudence, de déterminer notamment le délai pendant lequel l'époux pouvait agir. La jurisprudence tunisienne a considéré que tout retard dans le désaveu de paternité permet implicitement de consolider le lien paternel². Le juge algérien, de la même manière qu'il prévoit un délai maximal de grossesse plus strict, fixe le délai en désaveu de paternité à huit jours à partir de la connaissance de la grossesse par le mari, ou de la connaissance de l'enfant³. Alliant comme à son accoutumée tradition et modernité, le Code marocain de la famille mentionne expressément le serment d'anathème issu des préceptes coraniques aux côtés de la preuve génétique⁴ laquelle ne laisse pourtant plus de doute quant au véritable géniteur de l'enfant.

La persistance de concepts de droit musulman classique propres à une époque donnée peine à convaincre du point de vue juridique. Le *li'an* ne s'accommode qu'assez mal de l'environnement social et juridique contemporain, à l'heure où l'appel à une adaptation au contexte actuel permettrait de tenir l'aveu et le témoignage pour des procédés distincts d'établissement de la filiation⁵. S'ils se justifiaient dans un système où le mariage pouvait

¹ Ni la procédure du serment, si son mode de fonctionnement ou ses conditions ne sont précisés.

² C'est notamment le cas dont a été saisi le tribunal de première instance de Tadla au Maroc qui a jugé l'action de l'époux forclosé, celui-ci ayant agi six mois après la naissance de l'enfant. TPI Tadla, 5 déc. 2006, dossier n° 06/9/214, n° 489.

³ Cour suprême, 28 oct. 1997. Cité par M. MONJID, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb*, op. cit., p. 125, spec. n° 235.

⁴ Art. 153 CMF.

⁵ K. MEZIOU, « Migrations et relations familiales », in *Rec. cours acad. La Haye*, 2009, n° 345, p. 250.

être célébré sans un écrit l'attestant, où la polygamie était courante et la répudiation facile, ils se justifient beaucoup moins de nos jours¹.

473. La paternité contestée par la preuve génétique. L'accueil de la preuve génétique par les pays du Maghreb a été contrasté. Si la Tunisie l'a adopté plus tôt² -que ses voisins marocain³ et algérien- en tant que mode autonome de désaveu, une décision de la Cour suprême d'Algérie en 1999 a écarté ce mode de preuve de contestation car contraire aux règles d'établissement de la filiation prévues aux articles 40 et 41 du Code de la famille. L'empreinte génétique comme mode de désaveu de la paternité n'est toujours pas consacrée en droit positif, le seul moyen de le faire étant le serment d'anathème.

La situation au Maroc révèle que la modernité se fait lentement. Au terme de l'article 91 de l'ancienne *moudawana*, le recours à l'expertise génétique n'était permis que dans le cadre de l'ancien article 76, lorsque subsistait un doute sur la grossesse d'une femme ayant dépassé le délai maximal prévu. Plusieurs arrêts rendus témoignent de la position restrictive⁴ de la jurisprudence, révélatrice du « blocage du législateur marocain et l'immuabilité de la loi sous le prétexte infondé de l'incompatibilité des moyens scientifiques avec la tradition islamique »⁵. Si cette ligne jurisprudentielle conduisait à des situations absurdes⁶ -tel le mari stérile souhaitant contester sa paternité mais en vain- elle permettait paradoxalement à l'enfant d'échapper au spectre du statut d'enfant illégitime en imposant une paternité à l'individu. Il n'est pas dit que le lien de paternité ainsi établi favorise le lien père-enfant, plus qu'il ne satisfait à l'exigence de légitimité nécessaire dans la société par la transmission du nom du père. L'avènement du nouveau Code de la famille en 2004 a permis aux juges de dépasser leur réserve en matière de preuve

¹ *J.-Cl. Droit comparé*, fasc. 70, Tunisie.

² Sousse, 17 janv. 1974, n° 3411 ; 27 juil. 1976, n° 11005, Tunis, 2 juin 1992, n° 93620, cités par M. MONJID, *op. cit.*, p. 127.

³ Tout comme il permet désormais la contestation à tout moment d'une filiation paternelle par la voie de l'expertise ordonné par le tribunal (art. 153). Or ceci est contraire à l'intérêt de l'enfant, d'autant plus que le droit musulman classique permet une telle contestation mais en l'entourant de lourdes conditions. L'esprit du droit musulman classique est de faire réfléchir aux conséquences d'un tel acte et non d'en faciliter l'exercice. Or, l'expertise génétique en tant que moyen de contestation de la filiation peut surprendre. Saisie de tels cas, la Cour de cassation marocaine, dans un arrêt du 30 décembre 2004, a pu déclarer que l'enfant est rattaché légalement à son père s'il est né dans le délai d'un an à compter du prononcé du divorce, bien que l'expertise conclut que l'enfant n'est pas biologiquement rattaché à l'ex-époux. La Cour accorde ici au principe d'*al firache* (présomption *pater is est*) ses pleins effets. Cette solution a été confirmée par un autre arrêt du 23 juillet 2007. Cette position de la Cour de cassation marocaine est à rapprocher de la récente décision de la CEDH, 18 février 2014, ayant jugé que l'intérêt supérieur de l'enfant peut justifier le maintien du lien de filiation paternel malgré des preuves génétiques : CEDH, 18 fév. 2014, n° 28609/08.

⁴ Cour suprême, 15 sept. 1991, n° 527, dossier n° 91/217 ; Cour suprême, 8 sept. 1992, n° 966, dossier n° 87/5457 ; Cour suprême, 25 janv. 1994, n° 16, dossier n° 87/5556. Cités par M. MONJID, *op. cit.*, p. 127.

⁵ M. MONJID, *op. cit.*, p. 127, spec. n° 238.

⁶ Cour suprême, 9 fév. 1982 ; Cour suprême, 15 sept. 1981, n° 527, cités par M. MONJID, *op. cit.*, p. 127 ; Cour suprême, 26 oct. 2005, dossier n° 293/2/1/2005, n° 492.

génétique¹, qui doit être ordonnée par le tribunal lorsque l'époux concerné produit des preuves probantes à l'appui de ses allégations².

474. L'admission restrictive de la preuve par expertise. Un arrêt remarqué de la Cour suprême marocaine³ (affaire *Bellakhdim*), intervenu les premières années de la promulgation de la *moudawana*, a permis de rattacher à un couple séparé un enfant né dans l'année de la dissolution du mariage de ses parents. Le délai maximal retenu par le droit marocain étant d'un an, la présomption de paternité jouait encore au moment de la dissolution. Or, la filiation de l'enfant ayant été rejetée par le tribunal de grande instance de Mulhouse -au motif que la preuve génétique excluait la paternité du père- la Cour suprême marocaine avait, dans les circonstances propres à l'affaire, exclu le recours à la preuve génétique⁴, assurant à l'enfant un *nasab*. La sagacité des juges leur a permis d'exclure le recours à la preuve génétique lorsque l'intérêt de l'enfant ne le commandait pas, en lui appliquant les délais de grossesse extensifs prévus par le droit musulman classique. Une telle attitude est à féliciter car elle combine harmonieusement un usage réfléchi de la preuve scientifique tout en satisfaisant à l'intérêt de l'enfant de bénéficier d'une filiation paternelle. À l'occasion d'une autre affaire⁵, la Cour de cassation semble faire davantage preuve de rigorisme ou, à tout le moins, affine les contours du recours à l'expertise. Alors que le présumé père biologique de l'enfant ne vivait déjà plus avec son épouse au moment de la naissance de celui-ci (intervenue plus d'un an après le divorce révoqué prononcé), le refus du père de se soumettre à l'expertise génétique n'a pas été considéré -à l'instar de ce qu'a jugé la Cour d'appel- par la Cour de cassation comme un indice probant permettant d'établir sa paternité. Affinant son raisonnement, la Cour de cassation considère que l'établissement du *nasab* doit répondre aux conditions posées par l'article 154 du Code de la famille. Au terme de ce texte, la filiation de l'enfant est établie par *al firach* (le lit) s'il est « né dans les six mois suivant la date de conclusion de l'acte de mariage au minimum et qu'il y ait eu possibilité de rapports conjugaux entre les époux, que l'acte de mariage soit valide ou vicié », ou encore « si l'enfant est né durant l'année qui suit la date de la séparation ». Constatant au surplus que la demanderesse n'apporte -en l'absence de l'aveu du père- ni le témoignage de deux *adouls*⁶, ni de preuve fondée sur le oui-dire, ni a fortiori la « raison impérieuse » ayant empêché la conclusion d'un acte de

¹ Cour supr., 9 mars 2005, n° 150.

² Art. 153 CMF. Dans ce sens : Cour suprême, 10 janv. 2007, dossier n° 101/2/1/2006. La Cour a refusé de prononcer le désaveu de paternité, l'époux ne disposant pas de preuves suffisantes pour appuyer ses allégations, l'enfant étant né pendant le délai maximal admis. Dans le même sens : Cass. maroc., 24 mai 2011, dossier n° 622/2/1/2009, n° 286 ; Cour. Cass. maroc., 25 mars 2014, dossier n° 35/2/1/2013, n° 230.

³ Cour suprême, 30 déc. 2004, n° 658, dossier n° 2003 :1/2/556. Dans le même sens : Cour suprême, 21 juil. 1992, n° 859 ; Cour suprême, 7 sept. 2000, n° 821 ; Cour suprême, 18 janv. 2001, n° 79.

⁴ Pour faire application des dispositions de l'ancienne *moudawana*.

⁵ Cour cass. maroc., 17 août 2010, dossier n° 116/2/1/2009, n° 370 ; dans le même sens, quelques jours après : Cour cass. maroc., 31 août 2010, dossier n° 173/2/1/2009, n° 388.

⁶ V., pour la nécessité de preuve par deux témoins dans l'action en reconnaissance de mariage : CA Settat, 1/11/2006, dossier n° 1960/02, n° 835/06.

mariage, la Cour de cassation censure l'arrêt d'appel ayant déduit du refus du père de se soumettre à la preuve par expertise génétique, sa paternité. Pour la Cour, la cohabitation alléguée (du fait du divorce révocable que l'époux n'aurait jamais régularisé) de l'épouse avec son ex constitue, faute de preuves, une relation illicite dont est issu un enfant de la fornication. Outre cette notion de « raison impérieuse », désormais centrale dans la jurisprudence de la Cour, l'appréciation souveraine des juges du fond semble être l'autre élément déterminant retenu par la Haute juridiction. À l'occasion d'une affaire dont l'objet, outre le divorce des époux, était la contestation de la paternité du père légal, la Cour suprême a approuvé le raisonnement des juges du fond –en vertu de leur pouvoir souverain d'appréciation- ayant considéré que le versement de la pension alimentaire au profit de l'enfant –dont la paternité était contestée-, dûment versée à la caisse de dépôt prévue à cet effet au sein du tribunal, constituait un aveu du père de sa paternité à l'égard de son enfant¹. Si le recours à l'expertise génétique repose sur la nécessité pour le demandeur d'établir de forts éléments probants à l'appui de la demande de contestation de sa paternité, la simple allégation d'une paternité non conforme ne suffit pas à remettre celle-ci en cause lorsqu'elle a été établie par *al firach*. À la force d'attractivité de la présomption découlant du lit fait écho la nécessaire caractérisation de la raison impérieuse permettant d'établir la filiation de l'enfant né hors mariage. Un tel équilibre –qui ne peut, au demeurant, satisfaire les intérêts de tous- permet d'assurer la suprématie du mariage par une forte présomption de paternité, tout en permettant à la filiation des enfants nés en dehors de ce cadre d'être - toutes les fois où les conditions sont remplies- établie. Or, si un tel raisonnement peut convaincre du point de vue du droit marocain, il est constitutif, en droit français, d'une discrimination fondée sur la naissance.

2- Hors mariage

475. Une reconnaissance conditionnée par le respect d'une certaine conception de la famille. Le droit musulman classique ignore la filiation paternelle naturelle. Il ne reconnaît pas l'enfant né de relations sexuelles hors mariage². La légitimation d'enfant naturel n'est pas plus permise car elle aurait pour effet de lever le voile sur des rapports conjugaux illicites³, à moins de les taire. Seule la Tunisie consacre une solution différente en permettant à un enfant naturel d'être reconnu et adopté. Bien que les trois pays du Maghreb se soient joints au mouvement de promotion du statut de l'enfant dans leur législation, la discrimination du fait de la naissance est persistante dans les législations

¹ Cour supr. maroc., 12 nov. 2008, dossier n° 298/2/1/2008, n° 527.

² N. AIT ZAI, « L'enfant illégitime dans la société musulmane », *Rev. Femmes et pouvoir, Peuples méditerranéens*, 1989, n° 48-49, p. 113.

³ Rapp. de la notion de bonnes mœurs, V. *supra*, n° 421.

marocaine et algérienne. Paradoxalement, les juristes¹ manifestent une réelle faveur pour la légitimité en favorisant les possibilités de rattachement de l'enfant à ses deux parents. Sans doute conscients de la stigmatisation dont fait l'objet l'enfant privé de filiation paternelle, la doctrine essaie d'élaborer un système de présomptions qui lui soit favorable. Si les enjeux posés par l'établissement de la filiation de l'enfant né de relations hors mariage sont cruciaux -car mettant en cause la conception même de la famille- les pays de tradition musulmane n'hésitent pas à adhérer aux déclarations de droit assurant son éducation et son intégrité physique².

476. La persistance de discriminations du fait de la naissance. Si l'irrégularité de la naissance empêche de révéler une filiation non fondée sur le mariage³, il va de soi qu'une action en recherche de paternité n'aurait aucune chance d'aboutir, en tant qu'elle lèverait le voile sur l'irrégularité des rapports entre les père et mère de l'enfant. Dans leurs versions initiales, les trois codes maghrébins reprenaient respectivement les solutions du droit musulman, en faisant preuve de laconisme et d'ambiguïté. Pour compléter et clarifier les textes, il était fait recours aux règles du droit musulman classique, or celles-ci ignorent l'enfant naturel. La réforme du Code algérien le 27 février 2005 n'a pas réellement modifié sa législation sur ce point, mais s'est seulement contentée d'un alinéa second à l'article 40 qui consacre le recours par le juge aux moyens de preuve scientifique en matière de filiation dans l'établissement de la paternité. Les législations de ces trois pays s'opposent toujours à toute action tendant à l'établissement d'une filiation paternelle hors mariage⁴, bien que ce soit contraire à l'article 2 de la convention de New York prohibant expressément les discriminations fondées sur le statut juridique des parents, que les trois pays ont ratifié. Au Maroc, l'enfant issu de relations illégitimes n'a aucun droit à l'égard de l'homme qui a entretenu des rapports sexuels avec sa mère. Il ne peut prétendre ni à un lien de filiation ni au droit à la succession⁵. L'article 32 de la Constitution réformée en 2011 dispose pourtant que « (...) l'État œuvre à garantir par la loi la protection de la famille sur les plans juridique, social et économique (...). Il assure une protection juridique et une égale considération sociale et morale à tous les enfants, abstraction faite de leur situation familiale ». Cela signifie-t-il que le droit aurait vocation à protéger les enfants nés de relations hors mariage ? Si l'État œuvre à assurer une protection juridique et une égale

¹ Les rapports sexuels par erreur semblent parfaitement illustrer le cas d'une astuce doctrinale utilisée par le législateur afin de permettre la reconnaissance d'un enfant conçu durant la période de fiançailles. Le droit s'emploie donc à élargir la catégorie des enfants légitimes, et l'enfant né après la promesse de mariage en fait partie sous réserve des trois conditions suivantes : les fiançailles doivent être de notoriété publique, le tuteur matrimonial doit avoir donné son consentement au mariage et les fiancés doivent reconnaître que la grossesse est de leur fait. Si le fiancé nie être à l'origine de la grossesse, il est fait recours à tous les moyens légaux de preuve pour établir la filiation paternelle (art. 156).

² Cf. *supra*, sur l'intérêt de l'enfant en droit musulman, n°

³ Cour suprême, 8 juin 2005, et n° 439 du 28 sept. 2005, *déc. précit.*

⁴ M. CHERIF SALAH-BEY, *Jurisclasser de droit comparé*, V. « Algérie ».

⁵ Art. 148 du CMF : « La filiation illégitime ne produit aucun des effets de la filiation parentale légitime vis-à-vis du père ».

considération sociale et morale à tous les enfants, cela passerait, en principe, par la possibilité de leur permettre d'établir leur lien de filiation à l'égard du père, ou à effectuer une action en recherche de paternité. Ce vœu a pourtant été fermement balayé par une décision de la Cour de cassation qui a précisé qu' « il n'est pas possible d'imposer au père une filiation hors mariage »¹, et que « l'expertise ayant établi la filiation biologique ne prouve pas la filiation légale dès lors que les conditions requises pour l'établissement du *nasab* ne sont pas réunies »².

477. L'appel à une responsabilisation accrue des pères. Au demeurant, la loi ne peut imposer au père biologique d'établir un lien de filiation à l'égard d'un enfant qu'il aurait conçu hors mariage. La possibilité introduite en 2004 par le nouveau Code de reconnaître un enfant né hors mariage se heurte à la volonté du père qui décide, ou non, de reconnaître l'enfant. La faveur pour la famille légitime est ici frappante, puisque le droit marocain ne prend pas le risque de voir s'infiltrer au sein de la famille fondée sur le mariage un enfant naturel, et laisse au bon vouloir de l'auteur de l'enfant cette démarche. Ne reste alors plus que l'individu lui-même face à sa conscience³, qui décide ou pas de faire établir un lien de filiation à l'égard de l'enfant né de relations illégitimes. Quelle est la portée d'une loi qui permet à un homme de se soustraire, en toute impunité, d'un acte pour lequel il devrait assumer toutes les conséquences, particulièrement dans un pays où la stigmatisation sociale qui pèse sur un enfant ne disposant pas de sa filiation paternelle est lourde ? Est-ce là l'esprit de l'Islam ? Nous approuvons dans ce cas de figure la fonction pédagogique de la loi telle que retenue par le législateur français, car elle conduit à dompter les consciences individuelles les plus réfractaires à leurs responsabilités. Lorsqu'il s'agit d'une affaire aussi sérieuse que celle de l'avenir de l'enfant, le droit ne devrait pas se dérober à sa fonction tant symbolique que pédagogique afin d'assurer la protection des plus faibles.

478. Le contexte législatif tunisien. Le droit de la filiation en droit tunisien trouve sa source dans les articles 68 à 76 du Code du statut personnel (CSP) et dans la loi du 28 octobre 1998⁴, non intégrée au CSP⁵. En vertu de cette loi, la filiation naturelle de l'enfant peut être établie en dehors de tout lien conjugal. L'aveu du père devrait donc être suffisant pour établir la filiation de l'enfant à son égard avec tous les droits qui y sont attachés⁶. Si la

¹ Cour suprême, arrêt n° 323, 11 juin 2008, cité par M. LOUKILI.

² Cour suprême, arrêt n° 327, 11 juin 2008.

³ D. LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, Paris, Dalloz, 1993.

⁴ Loi n° 98-75 du 28 octobre 1998 relative à l'attribution d'un nom patronymique aux enfants abandonnés et de filiation inconnue, modifiée par la loi n° 2003-0051 du 7 juillet 2003.

⁵ Les questions pouvant embarrasser le législateur ne sont pas directement intégrées au corpus juridique réglementant les rapports de familles mais font l'objet de lois distinctes. Le même procédé a été adopté pour l'adoption avec la loi du 4 mars 1958, et pour les régimes matrimoniaux par la loi n° 98-91.

⁶ La question de la vocation successorale de l'enfant reconnu se pose toujours, la loi ne l'ayant pas expressément prévu au titre des droits dont l'enfant pourrait bénéficier. Celle-ci, en tant qu'effet de la filiation, devrait automatiquement jouer. Or, le silence du législateur traduit implicitement son refus d'intégrer l'enfant reconnu à

législation tunisienne fait figure de pionnière dans le monde arabe par des interprétations audacieuses de la *charia*, elle demeure ancrée dans la tradition islamique qu'elle n'a jamais totalement ignorée. Bien qu'il ait lors de sa promulgation supprimé la polygamie, la répudiation et admis l'adoption¹, le CSP promulgué en 1956 par Habib BOURGUIBA avait laissé sans réponse la question des enfants naturels mais aussi tout le pan constitué par le droit des successions. Ce vide législatif sera l'occasion pour le juge de faire œuvre réformatrice ou à l'inverse, se montrer conservateur. La jurisprudence oscillera donc entre ces deux tendances.

479. La jurisprudence, frein à l'établissement de la filiation paternelle naturelle.

En matière d'établissement de la filiation, les solutions rendues péchaient par leur manque d'homogénéité, reproche fréquemment adressé aux juges tunisiens. Les solutions retenues pouvaient aller d'une indifférence quant à l'existence d'un mariage², à un durcissement de position à l'égard de cette exigence³. Aux côtés de l'article 68 du CSP⁴ permettant l'établissement d'une filiation paternelle légitime, la loi de 1998 permet l'établissement d'une filiation paternelle illégitime. L'article 3 *bis* de cette loi -modifié en 2003⁵- permet la recherche et l'établissement de la filiation paternelle hors mariage⁶, malgré l'attitude -pour le moins incertaine- des magistrats. Pour les uns, cette loi avait vocation à permettre la seule attribution du nom de famille à l'enfant tandis que pour d'autres, cette attribution ne pouvait être effectuée sans l'établissement préalable du lien de filiation. Or, l'attribution du nom ne constitue qu'un effet de la filiation, qui doit être au préalable établie⁷. La position

la succession de son père, lui assurant ainsi une intégration sociale sans pour autant le mettre sur le même pied d'égalité que l'enfant légitime.

¹ L. n° 58-27 du 4 mars 1958 relative à la tutelle publique, à la tutelle officieuse et à l'adoption, *Journal officiel de la république tunisienne (J.O.R.T)*, 1958, n° 19, p. 236.

² Le concubinage étant néanmoins exclusif de l'aveu. Cass. civ., 15 mai 1984, *Bull. Cour cass.*, 1984, 1, p. 198.

³ Pendant les années 60, une partie du problème a été réglée par la référence au terme de *firach* (littéralement le lit, afin de désigner les rapports conjugaux), que le CSP a compté parmi les causes d'établissement de la filiation aux côtés de l'*iqrar* (aveu du père) et du témoignage. La jurisprudence a fait preuve durant cette période d'une souplesse sans précédent car elle a pu assimiler des cas de simple cohabitation entre deux personnes, au mariage. Le *nasab* de l'enfant était alors établi comme s'il avait été issu d'une relation légitime. Mais cette interprétation a été abandonnée à partir des années 70, à la suite des modifications du CSP qui renforçaient les conditions obligatoires fixées par la loi pour la conclusion du mariage. Désormais, en l'absence d'acte de mariage rédigé et transcrit à l'état civil, il n'est plus possible d'établir le *nasab* de l'enfant né de telles relations.

⁴ Selon l'article 68 du CSP tunisien, « la filiation est établie par la cohabitation, l'aveu du père ou le témoignage de deux ou plusieurs personnes honorables ». La question récurrente se posait de savoir si ces procédés d'établissement de la filiation étaient, ou non, autonomes par rapport au mariage ? Deux tendances prévalaient, l'une -libérale- estimant que l'article 68 instituait trois modes distincts d'établissement de la filiation, alors que l'autre considérait les trois procédés ne pouvant servir qu'à prouver une filiation légitime.

⁵ Loi n° 2003-51 du 7 juillet 2003 qui élargit l'établissement de la filiation à la filiation maternelle, et ouvre expressément l'action à la personne qui cherche à établir sa filiation.

⁶ A. MEZGHANI, « Le droit tunisien reconnaît ses enfants naturels. À propos de la loi n° 98-75 du 28 octobre 1998 relative à l'attribution d'un nom patronymique aux enfants abandonnés ou de filiation inconnue », in *Mélanges BEN HALIMA*, p. 651.

⁷ L'article 3 *bis* de la loi, modifié par la loi n° 51 du 7 juillet 2003 précise que « la personne concernée, le père, la mère ou le ministère public peut saisir le tribunal de première instance compétent pour demander l'attribution du nom patronymique du père à l'enfant de filiation inconnue, dont la paternité est prouvée par l'aveu, le

de la Cour de cassation¹ est symptomatique de l'esprit conservateur des magistrats qui, dans l'ambiguïté de la loi, n'hésitent pas à se rallier aux solutions du droit musulman classique². Certaines décisions ont permis l'établissement du lien de filiation³, bien que la Cour de cassation semble suivre le premier mouvement. Pour la Cour, « *la loi du 28 octobre 1998 permet d'attribuer le nom patronymique du père à l'enfant dont la filiation est prouvée par aveu, témoignage ou test d'empreintes génétiques. Cette question n'intéresse point l'établissement de la filiation ou la preuve de la paternité* »⁴. La Cour de cassation freine donc les entreprises audacieuses du législateur et circonscrit le champ d'application de la loi qui a voulu faire place à la filiation paternelle naturelle.

Présenté comme étant le pays plus progressiste du monde arabe, le poids de la tradition en Tunisie ne permet pas l'affranchissement total du donné religieux. Cette situation est d'autant plus regrettable que le législateur a œuvré pour garantir une filiation à tout enfant, que la jurisprudence refuse de reconnaître en l'absence de mariage. Une telle attitude atteste bien, au demeurant, que toute réforme dont le référent s'inscrit en dehors d'un *ijtihad* propre à la culture islamique, ne favorise pas une réceptivité positive de la règle de droit.

§2) Une conception particulière de l'autorité parentale

480. Des prérogatives tournées vers le bien de l'enfant. La physionomie des relations parentales⁵ dans le droit des pays du Maghreb révèle que le principe d'égalité n'est pas l'objectif du législateur. L'inégalité tenant à l'exercice des prérogatives parentales (B) repose sur une logique islamique de complémentarité des sexes (A).

témoignage ou l'analyse génétique ». S'agissant du recours au test ADN, V. notamment, M. BEN TARDIET GHAMERSA, « La preuve génétique de la paternité à travers la loi n° 98-75 du 28 octobre 1998 relative à l'attribution d'un nom patronymique aux enfants abandonnés ou d'une filiation inconnue telle que modifiée par la loi n° 2003-51 du 7 juillet 2003 », *Rev. tun. dr.*, 2004, p. 157.

¹ Cass. civ., 1^{er} mars 2001, Code de droit international privé annoté, p. 239. Le *nasab*, parce qu'il constitue l'ancrage de l'enfant dans une généalogie paternelle, le sens de la distinction interpelle puisque, sur la base de la loi, l'enfant portera bien le nom de son père. La seule distinction qui sera faite concerne le droit des successions.

² TPI Sfax, 11 juin 1999, n° 41164; TPI Tunis, 21 juin 1999, n° 29840; TPI Tunis, 6 déc. 1999, n° 31968; TPI Sousse, 29 fév. 2000, n° 40376.

³ TPI Tunis, 10 mai 1999, n° 29308; TPI Tunis, 22 nov. 1999, n° 31846.

⁴ Cass. civ., 11 mai 2001, *Bull. Cour cass.*, 2001, p. 331.

⁵ Cf. M. KACHBOUR, *Commentaire du Code de la famille, Le mariage*, t. 1, Casablanca, 3^{ème} éd., Matba'ath Annajah Al jadida, 2015, (en langue arabe), pp. 496-503.

A) Des prérogatives parentales sexuées

481. La conception islamique des droits parentaux. Dans la conception islamique¹, les droits parentaux se composent d'une part de la *hadana* (la garde), d'autre part de la *niyaba shar'iyah* (tutelle légale). Prérogative féminine, la garde² consiste, d'après l'article 163 du Code marocain de la famille à préserver l'enfant « dans la mesure du possible, de tout ce qui pourrait lui être préjudiciable, à l'élever et à veiller à ses intérêts ». Cette fonction revient pendant le mariage, aux deux parents, bien qu'elle soit davantage présentée comme un attribut de la maternité. À la dissolution du mariage, c'est prioritairement à la mère³ que revient la garde de l'enfant, dont l'objet est la préservation de sa personne physique et morale. C'est sans doute pourquoi les droits positifs exigent un certain nombre de *qualités* devant exister en la personne du *gardien* de l'enfant⁴. La protection de ses intérêts patrimoniaux relève en outre du privilège du chef de famille jusqu'à sa majorité. Il s'agit d'un attribut de la tutelle⁵ qui lui revient de droit⁶ pendant et après le mariage. Il ne s'agit pas -contrairement à l'idée de puissance paternelle ou de celle qui avait cours pendant la période pré-islamique- d'un droit absolu sur l'enfant, mais d'un droit-fonction. Lorsque la mère exerce son droit de garde à la dissolution de l'union, elle le fait sous le contrôle du père qui a un droit de regard sur l'éducation de son enfant. Dans toutes les législations maghrébines et musulmanes en général, la mère ne peut être tutrice légale de son enfant qu'en cas de décès ou d'incapacité constatée du père, en général

¹ M. NOKKARI, « Le statut de l'enfant dans le Coran et dans la Sunna », in *L'enfant en droit musulman (Afrique, Moyen-Orient)*, Actes du colloque du 14 janvier 2008 à la Cour de cassation, Paris, société de législation comparée, 2008, pp. 33-44.

² F.-Z. ABDELLAOUI, « La garde de l'enfant dans le nouveau code de la famille marocain », in *L'enfant en droit musulman (Afrique, Moyen-Orient)*, Actes du colloque du 14 janvier 2008 à la Cour de cassation, Paris, Société de législation comparée, 2008, pp. 345-358.

³ La garde est confiée en premier lieu à la mère, puis au père, puis à la grand-mère maternelle de l'enfant. À défaut, le tribunal décide dans l'intérêt de l'enfant, « d'attribuer la garde à l'un des proches parents les plus aptes à l'assumer ». La Tunisie a progressivement transformé le schéma classique de la garde en droit musulman, par trois lois successives. La loi n° 66-42 du 3 juin 1966 fait de l'intérêt de l'enfant l'unique critère pris en compte par le juge afin d'attribuer sa garde à l'un de ses parents. Cette fonction n'est plus uniquement dévolue à la lignée maternelle. Une autre loi n° 81-7 du 18 février 1981 permettra à la mère gardienne de saisir le juge afin de se voir attribuer certaines prérogatives tutélaires et prendre des décisions graves relatives à l'enfant. C'est enfin la loi n° 93-74 du 12 juillet 1993 fait de la mère une quasi tutrice légale en lui permettant la gestion des comptes financiers de ses enfants, leurs voyages ou encore leurs études.

⁴ Entre autres qualités : la majorité légale pour les personnes autres que le père et la mère de l'enfant, la rectitude et l'honnêteté, la capacité d'élever l'enfant sous sa garde, d'assurer sa sauvegarde et sa protection sur les plans religieux, physique et moral, veiller à sa scolarité et enfin, le non-mariage de la candidate à la dévolution de la garde.

⁵ La tutelle entendue ici consiste en une tutelle de protection de l'enfant par son père, tant sur sa personne que sur ses biens, et doit être orientée vers l'intérêt de celui-ci. Il s'agit de ce qu'un auteur a qualifié de « tutelle affectueuse ». Cf. F. DULOUT, « La *hadana*, tutelle affectueuse dans le droit musulman et les coutumes », *Rev. algérienne*, 1946, p. 2.

⁶ Art. 231 et 238 CMF. La mère gardienne ne peut se charger des intérêts patrimoniaux de l'enfant qu'en cas d'absence du père et, « en cas de nécessité, si les intérêts de l'enfant risquent d'être compromis », cf. art. 163.

tuteur. La conception patriarcale de la famille arabo-musulmane explique que le père soit considéré comme le plus à même à protéger l'enfant. Il convient néanmoins de la tempérer.

482. Une conception patriarcale à atténuer. Lorsque le père se trouve dans l'impossibilité d'exercer la tutelle légale sur son enfant, une personne de sexe masculin en est toujours chargée. Or, exclure la mère d'une telle prérogative afin de la cantonner à son seul aspect affectif peut être critiquable¹, car une femme est tout aussi apte à assurer cette mission du fait du lien naturel et affectif qui la lie à son enfant. Convient-il de rappeler que l'article 19 de la Constitution marocaine dispose que « l'homme et la femme jouissent, à égalité, des droits et libertés à caractère civil, politique, économique, social, culturel et environnemental énoncés dans le présent titre (...) ainsi que dans les conventions et pactes internationaux dûment ratifiés par le Royaume, et ce, dans le respect des dispositions de la Constitution, des constantes et des lois du Royaume ». Il semblerait que ce soit de cette même critique que le législateur marocain se soit fait l'écho en 2004, en atténuant l'aspect patriarcal de la tutelle légale lorsque le père n'est pas en mesure de l'exercer. Pourtant, à l'occasion de son rapport portant sur l'*État de l'égalité et la parité au Maroc*², le président du Conseil national des droits de l'homme (CNDH) souligne que les finalités et objectifs de la nouvelle Constitution se sont progressivement évaporés. Au nombre des recommandations énoncées dans ledit rapport, l'attention a été portée sur les conditions restrictives permettant à une mère d'exercer la tutelle légale sur ses enfants, alors même que le Code de la famille l'oblige à subvenir aux besoins de la famille lorsqu'elle a des ressources confortables. La responsabilité matérielle qui lui incombe au titre de l'article 199 du Code de la famille ne trouve donc pas de contrepartie dans la possibilité qui lui serait automatiquement accordée d'être la tutrice légale de ses enfants.

483. L'association inachevée de la mère à l'exercice de la tutelle légale. Sur la question de la tutelle légale, les Codes marocain et tunisien dans leurs versions initiales étaient une copie conforme au droit issu du rite *malékite* qui considère la tutelle de droit au profit du père. En son absence, un tuteur testamentaire désigné par lui de son vivant assurait la protection des intérêts patrimoniaux et personnels de l'enfant. Si celui-ci n'a pas été désigné du vivant du père, le juge assurait la tutelle sur le mineur. De plus en plus aujourd'hui, un tuteur datif est désigné par le juge parmi les proches parents de l'enfant. C'est dire que la dévolution de la tutelle à la mère n'était nullement prévue par le rite *malékite*, qui n'excluait pourtant pas la possibilité pour le père de désigner la mère comme tutrice de son enfant, notamment avant son décès³. Au Maroc, c'est au bénéfice de la première réforme de la *moudawana* en 1993 que la mère accède au rang des dévolutaires de la tutelle légale, et en Tunisie, avec la loi du 18 février 1981. Les réformes algérienne et

¹ M. MONJID, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb*, op. cit., p. 154.

² CNDH, *État de l'égalité et parité au Maroc. Préserver et rendre effectifs les finalités et objectifs constitutionnels*, 2015, disponible sur www.cndh.ma.

³ Ce n'était en pratique, pas chose courante.

marocaine manifestent le souci de prendre davantage en compte l'intérêt de l'enfant. Une telle tendance se manifeste par l'amendement consistant à permettre à la mère d'accomplir tous les actes urgents concernant ses enfants en cas d'empêchement ou d'absence du père¹. L'idée étant que l'intérêt de l'enfant commande de ne pas créer une situation de blocage lorsque le tuteur légal n'est pas en mesure de remplir sa mission, particulièrement lorsqu'il y a urgence et que le couple est séparé. L'inégalité entre les parents participe donc davantage de l'idée que le couple est complémentaire et que l'un ne peut rien sans l'autre.

Loin de chercher à assurer une parfaite égalité entre les conjoints, le législateur dans les pays du Maghreb procède davantage au rééquilibrage d'une situation profondément injuste à l'égard de la mère, en l'associant subsidiairement à cet exercice². L'objectif de justice peut être louable car loin de poser une stricte égalité entre les parents -pouvant aboutir à un conflit d'intérêts sur la personne ou les biens de l'enfant- le juge satisfait à une exigence objective d'équité.

B) Des prérogatives parentales inégalitaires

484. La condition tenant à la religion dans la dévolution de la *hadana*. Le rite *malékite* auquel appartiennent les trois pays du Maghreb n'exige pas la condition d'islamité de la mère dans le bénéfice du droit de garde. La mère non-musulmane peut, si elle n'exerce aucune influence d'ordre religieuse sur l'enfant (automatiquement musulman car né d'un père musulman), en bénéficier. Une telle condition n'est pas non plus exigée par les Codes algérien et marocain³. Néanmoins, l'article 400 du Code marocain renvoyant au rite *malékite* en cas de silence de la loi, il est fort probable que les juges adoptent sur cette question une lecture restrictive et réductrice du droit musulman classique⁴, en accordant à la condition d'*islamité* de la mère une place centrale⁵.

485. La condition tenant au remariage de la personne titulaire de la *hadana*. En droit musulman, le remariage de la mère titulaire du droit de garde est une cause de

¹ Art. 87 du Code algérien et 236 du Code marocain.

² Art. 154 du Code tunisien, 238-2 du Code marocain et 87 du Code algérien.

³ L'ancienne *moudouwana* marocaine disposait explicitement à l'article 108 que la mère non-musulmane avait le droit d'exercer la garde sur son enfant, à condition de ne pas éduquer l'enfant dans une religion différente de celle de son père. Or, le Code de 2004 a supprimé cette disposition.

⁴ L'*exequatur* de décisions étrangères attribuant la garde d'un enfant à la mère non musulmane est encore difficile à exécuter dans les pays musulmans. Même en Tunisie où la reconnaissance des jugements étrangers ne pose pas de grandes difficultés, la jurisprudence s'est longtemps montrée réticente à reconnaître des décisions étrangères attribuant la garde à la mère non musulmane, au motif qu'elle ne pourrait assurer à l'enfant une éducation musulmane. En ce sens : J. DEPREZ, « Droit international privé et conflits de civilisation. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel », *RCADI*, La Haye, IV, 1988, p. 129 ; M. BENJEMIA, S. BEN ACHOUR, M. BELLAMINE, « Le droit tunisien de la famille entre modernité et tradition », in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, N. BERNARD-MAUGIRON, B. DUPRET (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 161-196.

⁵ Rapp. du privilège de religion, cf. *supra*, n° 410.

déchéance de son droit de garde lorsque l'époux n'est pas un proche parent de l'enfant à un degré prohibé au mariage. Cette règle est en général rigoureusement reprise par les législations des pays de tradition islamique. Le postulat de départ est que le mariage de la mère titulaire du droit de garde porte atteinte au droit de l'enfant d'être élevé dans un entourage affectueux, le spectre du parâtre se profilant derrière cette idée. Or, il est admis que c'est bien l'affection de la marâtre qui est beaucoup plus douteuse¹. Toujours est-il que cette présomption peut, dans la réalité, être renversée. Au vu de l'atteinte qu'elle porte aux droits fondamentaux de la mère, tant les droits marocain que tunisien ont procédé à son aménagement au profit de la mère². Le remariage de la mère dans le nouveau Code marocain ne constitue plus un empêchement automatique à mariage. Le texte fait la distinction selon que la personne titulaire de la *hadana* est, ou non, la mère de l'enfant. Dans le premier cas, et lorsque l'enfant n'a pas dépassé l'âge de sept ans³, le droit de garde ne saurait être retiré à la mère si celle-ci se remarie. De la même manière, le législateur a considéré que si la séparation avec la mère cause à l'enfant un préjudice -notamment lorsque celui-ci est atteint d'une maladie ou d'un handicap rendant sa garde difficile à assumer par une autre personne- celle-ci peut la conserver. De façon identique, si le nouvel époux de la mère est un parent de l'enfant avec lequel il a un empêchement à mariage ou s'il est son représentant légal⁴, la déchéance de la garde n'a pas lieu. Enfin, la mère ne peut dans tous les cas être déchue de ce droit lorsqu'elle est tutrice légale de l'enfant⁵. Le législateur, dans l'intérêt de l'enfant, n'a pas souhaité instituer une règle qui contreviendrait au maintien du lien mère-enfant, primordial lors des premières années de naissance⁶. Par ailleurs, la notion de « préjudice » causé à l'enfant est suffisamment large afin d'être appréciée par le juge conformément à ce que commande son intérêt⁷. Il reviendra donc à la jurisprudence d'opérer une lecture conforme à l'esprit du texte tel qu'élaboré par le législateur. Dans la seconde hypothèse, lorsque la personne exerçant la *hadana* n'est pas la mère de l'enfant et qu'elle se remarie avec un homme qui n'est pas un parent prohibé de l'enfant, celle-ci est déchue de son droit de garde.

En droit tunisien, l'article 58 du CSP exige toujours que la personne titulaire de la *hadana* soit célibataire. Néanmoins, la loi du 18 février 1981 complète ce texte en précisant que le

¹ V. en ce sens, pour attribuer la garde de l'enfant à sa mère en raison du traitement peu conforme à l'intérêt de l'enfant par la nouvelle épouse du père : Cass. mar., 4 mars 2014, dossier n° 291/2/1/2012, n° 175.

² L'article 66 du Code algérien de la famille dispose que la titulaire du droit de garde qui se remarie est automatiquement déchue de son droit à moins que l'époux ne soit lié à l'enfant par un degré de parenté prohibé.

³ Art. 175 CMF. Cf. CA Rabat, 19 avr. 2004, n° 904 du dossier n° 1214/03/10, inédit.

⁴ Art. 175 du CMF.

⁵ Art. 175 al. 4 CMF.

⁶ S'agissant du maintien provisoire d'un enfant âgé de deux ans auprès de sa mère, non titulaire du droit de garde : Cour supr. maroc., 22 fév. 2006, n° 115, dossier n° 386/2/2/2005.

⁷ Sur les conséquences psychologiques déplorables de la séparation d'un enfant de sa mère, attestées par un certificat médical, l'intérêt de l'enfant (au dessus de tout autre considération) conformément à l'article 186 du Code de la famille a empêché la déchéance du droit de garde de la mère, remariée à un étranger non parent de l'enfant : Cour supr. maroc., 31 déc. 2008, n° 598, dossier n° 371/2/1/2008.

titulaire de la garde n'est pas déchu de ce droit « sauf si le juge estime le contraire dans l'intérêt de l'enfant ». Cet aménagement permet donc au juge d'apprécier si l'intérêt de l'enfant commande ou non la déchéance du droit de garde pour cause de remariage, et lui confère une marge de manœuvre non négligeable.

486. Le changement de résidence. Dans les trois législations maghrébines, le changement de résidence de la mère constitue une cause de déchéance du droit de garde. Rappelons que la garde de l'enfant par sa mère après le divorce s'effectue sous le contrôle du père. Par conséquent la distance qui sépare l'enfant de ce dernier ne doit pas empêcher l'exercice de ce droit de regard ni de son droit de visite. La législation marocaine a pu apporter quelques correctifs à cette contrainte à l'occasion de la réforme en 2004, tandis que les deux autres législations maghrébines¹ n'ont pas fait évoluer leur droit sur cette question. En droit marocain, le changement de résidence de la mère n'est plus un motif de déchéance lorsqu'il est fait à l'intérieur du Maroc « sauf en cas de motifs avérés pour le tribunal, compte tenu de l'intérêt de l'enfant, des conditions particulières du père ou du représentant légal et de la distance séparant l'enfant de son représentant légal »². La déchéance du droit de garde pour cause de changement de résidence devient ainsi exceptionnelle afin de maintenir le lien mère-enfant, et ce n'est que si l'intérêt de l'enfant commande cet éloignement au regard des critères posés par la loi que le changement de résidence est prononcé. L'appréciation faite par les juges de l'intérêt de l'enfant au regard du droit du père d'exercer un droit de regard sur son éducation dépend entièrement de leur pouvoir souverain³. Si ceux-ci considèrent que le tuteur légal est empêché d'exercer son contrôle, ils peuvent considérer que l'intérêt de l'enfant commande son maintien auprès de son tuteur légal. Ce pourra être le cas d'une mère qui change de résidence⁴ pour cause de mutation professionnelle. Si la distance qui la sépare de la résidence du père est trop importante, elle pourrait être déchu de sa *hadana*. C'est pourquoi cette disposition donne l'illusion d'une avancée non négligeable, mais demeure tributaire de l'appréciation judiciaire qui en sera faite. Loin de trancher entre une réforme qui embrasse de manière

¹ L'article 69 du Code algérien ne fait pas de l'éloignement du titulaire de la garde une cause automatique de déchéance. Le texte évoque « l'éloignement en pays étranger », pouvant être cause de déchéance. Ceci signifie que le changement de résidence à l'intérieur même du pays ne saurait être une cause de déchéance selon l'approche qui est faite de l'intérêt de l'enfant. La jurisprudence a pu considérer l'éloignement de la mère titulaire du droit de garde comme étant une cause de déchéance car il empêche le père d'exercer ses droits vis-à-vis de l'enfant : Cour suprême, 19 fév. 1990, dossier n° 59013, cité par M. MONJID, *op. cit.*, p. 172, spec. n° 339. D'autres fois, c'est le retrait même de la *hadana* qui est contraire à l'intérêt de l'enfant, même lorsque celle-ci est installée à l'étranger : Cour suprême, 18 mai 1999, dossier n° 222638, cité par M. MONJID, *op. cit.*, p. 172, spec. n° 339.

² Art. 178 CMF.

³ Une Cour d'appel a décidé que le seul fait pour la mère, titulaire du droit de garde, de retourner vivre à l'étranger (en France) où elle vivait avec son ex mari et leurs deux enfants ne permettait pas de prononcer la déchéance de son droit à la garde, en l'absence d'éléments mettant en cause ses qualités de *gardienne* : Cour d'appel d'Agadir, 4 déc. 2007, dossier n° 40/2007.

⁴ Dans le cas d'une mère ayant élu domicile à l'étranger en abandonnant la garde de l'enfant à sa famille, la Cour suprême a considéré que le père était, par ordre de priorité, plus à même d'assurer la *hadana* de son enfant : Cour cass. maroc., 8 fév. 2011, dossier n° 148/2/1/2009, n° 51.

non équivoque la modernité, l'imprécision, voire le laconisme du texte permet au juge d'être l'acteur phare du changement.

Conclusion du chapitre premier

487. Une similitude est apparue entre la conception originare du lien de filiation en France et au Maghreb. Dans les deux législations, la filiation s'inscrit naturellement dans le mariage, et la présomption de paternité rattache l'enfant au mari de la mère. Favorable à la famille légitime, ce système protégeait l'enfant qui en était issu et l'emportait sur toute autre considération. Il présentait l'avantage de verrouiller toute contestation de la filiation de l'enfant et d'assurer la stabilité du lien établi. Cette préférence incitait les individus à *rentrer dans les rangs du mariage*, un statut défavorable étant réservé aux enfants nés en dehors du modèle établi. L'état de mariage et le lien de filiation légitime étaient considérés comme les mieux à même d'offrir le cadre sécurisant, nécessaire à l'éducation de l'enfant. La rupture se situe néanmoins en France au moment où l'enfant naturel a pu accéder à la famille de son auteur. L'humanité du législateur a conduit ce dernier à considérer que le lien existant entre l'enfant et ses auteurs est indépendant du lien existant entre ces derniers. Surtout, comment valablement défendre l'idée, en droit, que le non établissement du lien de filiation de l'enfant pourrait constituer une sanction à même de dissuader ses auteurs d'avoir des relations sexuelles hors mariage (dans le cas du Maroc), voire, de commettre l'adultère ? Telle est pourtant l'interrogation qui subsiste, aujourd'hui encore, en droit marocain qui ne reconnaît d'effets qu'au seul établissement de la filiation légitime paternelle. L'établissement de la filiation maternelle est sans effet quant à l'inscription de l'enfant au sein d'une généalogie, la parenté se transmettant par les mâles. Paradoxalement, la mésaventure du mariage en droit français a bel et bien commencé par l'égalisation progressive de la filiation naturelle et de la filiation légitime, entraînant dans son sillage l'égalité des couples dans l'exercice des prérogatives parentales. Au demeurant, l'humanité à l'égard de l'enfant conçu hors mariage constituerait-elle le véritable cheval de Troie du mariage ? Pour l'heure en droit marocain, la jurisprudence s'efforce de trouver un équilibre en établissant autant que possible la filiation des enfants dont les parents ne sont pas liés par le mariage, dès lors qu'ils établissent la « raison impérieuse » qui les a empêchés de le conclure. L'intérêt de l'enfant étant de bénéficier d'une filiation légalement établie à l'égard de parents unis, gageons que la jurisprudence maintienne le juste équilibre entre l'intérêt de l'enfant et la préservation de la superbe du mariage. Tel constitue le défi de la pratique judiciaire.

En définitive, la France et le Maroc se retrouvaient non seulement sur la notion de mariage, mais aussi sur la notion de filiation. L'époque contemporaine pourrait changer cette convergence de points de vue entre les deux pays. Un processus de transformation de la parenté est en cours et la France pourrait à terme, détacher la filiation de la procréation. Après le mariage pour tous, le slogan pourrait devenir « une filiation pour tous ».

Chapitre second. L'unité de la filiation construite sur l'engendrement

488. Une biologisation¹ du droit ? Parmi les données sociales contemporaines qui concourent à la formation du droit, une place non négligeable doit aujourd'hui être faite à la « science »². Outre les conceptions morales, idéologiques et économiques qui influencent la formation de la règle de droit, l'importance pratique des progrès et découvertes scientifiques ont vite pris du terrain, et « le désir est né d'user de l'invention en vue de perfectionner les conditions de la vie »³. L'alliage des faits et des valeurs qui en résulte⁴ invite tantôt à « biologiser le social, c'est-à-dire à fonder les valeurs sur des faits biologiques », tantôt à « socialiser le biologique, en soulignant la part irréductible des valeurs contenues dans les faits »⁵. Cependant, perfectionner les conditions de la vie n'a pas été le seul usage fait des découvertes scientifiques. Le génie humain est allé jusqu'à vouloir donner et retirer la vie⁶, cloner⁷ des semblables, humains soient-ils ou animaux. Aucune limite n'a su arrêter les nouveaux artisans de la vie qui œuvrent à repousser les limites imposées par la corporalité. Le cas des couples en mal d'enfants est symptomatique de cette situation⁸, tant il est possible aujourd'hui de « commander » un bébé, choisir la couleur de ses yeux et divers autres attributs. Si le couple souhaite s'affranchir de son donné biologique, il peut même faire appel à une tierce personne qui interviendra de façon passive dans le processus de création de l'enfant. Dans les sociétés laïques prétendument avancées, les interrogations portent donc sur la limite du techniquement faisable, et du moralement admissible⁹. Le débat, outre qu'il met en cause des problématiques

¹ En ce sens, V. C. LABRUSSE-RIOU (dir. de), *Le droit saisi par la biologie, Des juristes au laboratoire*, Paris, LGDJ, 1996; A.-M. HO DINH, *Les frontières de la science et du droit. Essai sur la dynamique juridique*, Thèse, Paris 2, 2015.

² B. FEUILLET, « La biomédecine, nouvelle branche du droit ? », in *Normativité et biomédecine*, B. FEUILLET-LE MINTILLER (dir. de) Economica, 2003, pp. 1-11. V. également C. PUIGELIER (textes rass. par), *Mots de science*, Mélanges en l'honneur de Nicole M. LE DOUARIN, Bruxelles, Bruylant, 2011.

³ Cité par R. NERSON, « Les progrès scientifiques et l'évolution du droit familial », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle*. Études offertes à Georges RIPERT, Paris, LGDJ, t. 1, 1950, pp. 403-431.

⁴ C. LABRUSSE-RIOU, « Propos conclusifs. Les procréations médicalement assistées, lieu de confrontation du réel et de l'imaginaire », *Arch. philo. dr.*, 2014, t. 57, pp. 485-499.

⁵ R.E DE MUNAGORRI, « La politique juridique des corps humains », in *Le corps et ses représentations*, E. DOCKES, G. LHUILIER (dir. de), Litec, vol. 1, 2001, pp. 55-56.

⁶ A. BELAUD-GUILLET, « Le statut du fœtus *ex utero* : du droit à la vie au droit sur la vie », *LPA*, 1998, n° 111, p. 8.

⁷ A. DORSNER-DOLIVET, « De l'interdiction du clonage à la réification de l'être humain. Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 », *JCP, G, I*, 2004, 172.

⁸ F. LAROCHE-GISEROT, « L'acharnement procréatif en cause », *D.*, 1998, p. 530.

⁹ Ainsi que le souligne à juste titre Monsieur le professeur Bertrand MATTHIEU, « traiter des questions relatives à la bioéthique, c'est aborder la conjonction, les oppositions, existantes ou potentielles, entre deux des piliers fondamentaux sur lesquels reposent les sociétés occidentales, à savoir la science comme moteur du

fondamentalement éthiques, porte également sur la liberté de la personne à disposer de son corps¹, dans un contexte revendicatif d'un droit à l'enfant. Si le corps humain est en principe indisponible, les entorses qui y sont portées sont de plus en plus grandes, notamment face aux nouvelles prouesses que permet l'évolution de la biomédecine.

489. Science et procréation en Islam. L'approche islamique de la science dans le monde musulman est quelque peu différente. La connaissance et la recherche du savoir sont de l'essence de cette religion, dont l'objet est la compréhension de la Création. Le premier verset du Coran est un appel, sous la forme d'une injonction au savoir : « lis ! ». Ce savoir passe non seulement par la lecture du livre sacré, mais aussi « le Livre de l'Univers et la Création ; “lire”, ce premier mot du Coran qui symbolise toute l'importance portée au discernement, à la prise de conscience, à la quête du savoir *'ilm* »². C'est pourquoi la recherche du savoir constitue une obligation, notamment lorsqu'elle a pour but de répondre à l'objectif de procréation³. Malgré une incitation ferme au savoir, la science dans le système islamique ne saurait être supérieure aux lois divines. Aussi encouragée soit-elle, elle ne peut avoir pour rôle de changer la Création. La préservation, la protection et la continuité de la vie humaine sur terre -objectifs de la loi divine- passent par le respect du croyant à des fins supérieures appelées *maqasid* que sont la croyance, l'âme, la raison, la procréation et les biens. Si ces cinq *maqasid* sont malmenés, les objectifs de la loi divine sont mis en péril. La place dévolue à la procréation au sein de ce système est donc centrale, et l'esprit éclairé comprend aisément que la science médicale ne saurait être supérieure aux objectifs de la Loi⁴ au point de bouleverser l'ordre social et moral. Si la science déstabilise les relations familiales et sociales telles qu'établies par la Loi de Dieu, elle devient perversion. C'est pourquoi cette hiérarchie des objectifs conduit à limiter les évolutions scientifiques, ou du moins les utilise conformément aux objectifs assignés⁵. Cependant, le développement des techniques médicales d'aide à la procréation⁶ mettent à l'épreuve ces

développement, justifiée par l'idée de progrès, et les droits de l'homme comme système de valeurs déterminant l'ordre politique et social. Le troisième pilier, représenté par la mondialisation des forces économiques, comme système de pouvoir. Or les frontières bougent, les lignes se déplacent s'agissant de l'articulation entre ces différents pôles et de la conception que l'on se fait de chacun d'eux ». Cf. B. MATTHIEU, « Sur quelques lignes de force du “débat bioéthique”, en France, à la fin du XXI^{ème} siècle », in *Mots de science*, Mélanges en l'honneur de Nicole M. LE DOUARIN, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 99-100.

¹ V. en ce sens : X. DIJON, *La raison du corps*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et religion », 2012.

² A. LAMRABET, *Femmes et hommes dans le Coran : quelle égalité ?*, éd. Albouraq, 2012, p. 23.

³ Selon un verset coranique, « les enfants sont la parure de la vie en ce bas monde » sourate 18, verset 46.

⁴ La science du droit en Islam comprend deux volets : d'une part la science des « racines », d'autre part les différentes branches du droit. Ainsi, les traités de droit musulman exposent généralement le droit dans ses différentes branches, c'est-à-dire droit de la famille, droit des contrats... C'est ce qui est d'usage appelé le *fiqh*, alors que les principes généraux présidant aux règles pratiques se retrouvent dans les ouvrages de « la science des racines » *ouçoul al fiqh*, lesquels exposent la méthode suivant laquelle le droit s'élabore et à quelle fin.

⁵ A. YOUSRY, « L'État de droit en droit musulman », in *L'État de droit*, Mélanges en l'honneur de Guy BRAIBANT, Paris, Dalloz, 1996, pp. 793-796.

⁶ Une étude menée en 1992 a montré que dans les pays émergents, on constate chez les musulmans dix à quinze pour cent de cas de stérilité. En Algérie par exemple, l'infertilité toucherait environ 8 à 10 % des couples, selon le professeur BOUZEKRINI. Cf. la Tribune de la santé, 5-6 décembre 2008, pp. 9-11.

principes en offrant à nombre de couples ne pouvant procréer une alternative, voire un remède à l'état de stérilité en leur permettant de compléter -ou remplacer- l'union charnelle. Dans les sociétés musulmanes, « un enfant qui tarde à arriver déclenche les angoisses, des tensions et des conflits au sein de la vie d'un couple et d'une famille. Le temps est compté pour la femme dans une société qui associe la virilité à la puissance masculine et la fécondité à la féminité. La femme « non mère » subit une forte stigmatisation et est confrontée à une souffrance double : celle d'un corps ressenti comme imparfait et celle de ne pouvoir enfanter, ne répondant pas ainsi aux normes de la reproduction humaine et sociale »¹.

490. L'impact de la biologisation du droit sur le système de parenté. Convient-il alors de considérer que le désir d'enfant, matérialisé par un projet parental porté par le couple² (**Section 1**) constitue un objectif légitime permettant de passer outre les règles éthiques et morales sur lesquelles se fonde une société ? La mise en perspective du droit français avec le droit des pays de tradition islamique révélera deux réponses différentes au problème des procréations médicalement assistées. À l'aune de celles-ci, le degré de *biologisation* du droit dans les deux aires d'étude pourra être déterminé. Lorsqu'elle se servira des prouesses scientifiques tel un instrument au service du modèle familial à promouvoir, la réponse du législateur aura un faible impact sur la vision sociale de la parenté³. Si au contraire le droit se révèle inféodé aux évolutions de la biomédecine ou adopte, *a fortiori*, une attitude d'encouragement, le risque est de favoriser un accès à l'enfant pour tous (**Section 2**). Dans cette hypothèse, le lien de filiation⁴ qui permet de rattacher juridiquement l'enfant à ses deux parents doit être repensé, afin de traduire la réalité des nouveaux fondements artificiels de la procréation.

¹ N. SAADI, « Le corps humain : interpénétration du sacré et du profane dans le droit positif algérien », in *Le droit de la santé : aspects nouveaux*, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, Bruylant-LB2V, 2012, pp. 39-63, spec. p. 43.

² Luc BOLTANSKI a également qualifié le projet parental d'engendrement par la parole, par opposition à l'engendrement par la chair. V. L. BOLTANSKI, *La condition fœtale, une sociologie de l'engendrement et de l'avortement*, Gallimard, coll. « Essai », Paris, 2004.

³ A. AOUIJ-MRAD, « Le faible impact des pratiques biomédicales sur la vision de la parenté en Tunisie », in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*, B. FEUILLET-LIGER, M.-C. CRESPO-BRAUNER (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 189-198.

⁴ V. en ce sens : *Les filiations par greffe, Adoption et Procréation Médicalement Assistée*, Acte des Journées d'Étude des 5 et 6 décembre 1996, organisées par le Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé (LERADP), Université Lille II, LGDJ, 1997.

Section 1. Le projet parental, socle de la famille

491. Le rôle joué par la volonté. La volonté à elle seule n'est pas toute puissante, car c'est le droit qui lui attribue une valeur juridique, en y associant des effets¹. C'est pourquoi le désir de devenir parent est traduit en droit par la possibilité offerte au couple - couple d'intention- de commanditer un projet tant au stade de la conception de l'enfant (§1) que de sa naissance (§2).

§1) La volonté dans la conception de l'enfant

492. Le pouvoir de la volonté individuelle. Si le droit admet que le couple puisse avoir une liberté dans la conception de l'enfant, celui-ci lui reconnaît également la possibilité de ne pas donner la vie (A). Or, un individu peut-il nier sa capacité à procréer² et, de façon plus globale, le droit doit-il céder à ces revendications, ou davantage imposer un formalisme dissuasif (B) ?

A) Le droit de ne pas donner la vie

493. Une question de choix ? Pour nombre de croyances ou de philosophies, dès lors que la vie constitue un don et non une chose construite, il n'est possible ni d'en choisir la naissance, ni *a fortiori* l'empêcher alors que ses éléments sont déjà réunis³ (2). Pourtant, dans la majorité des sociétés occidentales où le principe de libre disposition par la femme de son corps⁴ est signe d'indépendance⁵, la question se pose sous l'angle du choix et de la liberté individuelle (1).

¹ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, p. 35, n° 28 : « La force obligatoire ne vient donc pas de la promesse, mais de la valeur que le droit attribue à la promesse ».

² J. HAUSER, « Le choix de ne pas donner la vie : un droit de ne pas donner la vie ? », in *Être parent aujourd'hui*, P. JACQUES (dir. de), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & Commentaires », 2010, pp. 9-25. En ce sens, voir aussi S. PARICARD, *La convenance personnelle*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2003, spec. n° 664, qui donne une définition de la convenance personnelle. Il s'agit pour l'auteur d'une « technique législative permettant au sujet de droit d'adopter par sa seule volonté un comportement différent de celui proposé en modèle par la norme ». Or, par un inversement de la fonction du droit, celui-ci cède aux « comportements différents », en laissant de côté le modèle, se calquant de plus en plus sur les volontés individuelles, d'où un phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit de la famille. En ce sens : A.-C. AUNE, *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille*, Marseille, PUAM, 2007.

³ J. HAUSER, « Le choix de ne pas donner la vie : un droit de ne pas donner la vie ? », in *Être parent aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 11.

⁴ Sur cette question, V. S. PRIEUR, *La libre disposition par l'individu de son corps*, Les Études hospitalières, coll. « Thèses », 1999.

⁵ *Quid* alors de la combinaison de ce principe avec celui tiré de l'article 16-3 qui conditionne l'atteinte au corps humain au cas de « nécessité médicale ».

1- Corollaire du principe de libre disposition du corps

494. Le corps appréhendé comme support. L'idée de maîtrise de sa fécondité pose la question de savoir si un individu est ou non titulaire de son corps¹, et par conséquent de sa capacité à procréer. À supposer que l'individu ait une entière maîtrise sur son corps, la *chosification*² conséquente qui en découlerait conduirait à ne l'appréhender que comme simple support, dénué de toute subjectivité humaine. Si l'on admet à l'inverse une conception objectivée du corps humain, dans le sens où ce dernier constituerait ce que Monsieur le professeur ÉRIC DE RUS désigne comme « le corps de l'Esprit », celui-ci pourra être porteur d'une « signification objective qui nous renseigne indissolublement sur le sens de la personne humaine »³. L'omniprésence contemporaine du corps sur la scène publique témoigne pourtant d'une perception essentiellement matérielle au détriment de ce qu'il est : support de la subjectivité humaine. Le corps se retrouve dépouillé de toute profondeur inhérente à l'être, pour être ramené « à une étendue de chair, une masse de tissus et d'organes, qu'une parole force de l'extérieur et non pas habite de l'intérieur »⁴. Un détachement de la dualité intrinsèque dont il est porteur s'observe, favorisant le passage d'un « corps que l'on "a" et un corps que l'on "est" »⁵, au profit du seul corps que l'on a, dont la volonté individuelle dispose « comme d'un objet en s'affirmant comme sa propre origine »⁶. Particulièrement éclairante est à cet égard la politique législative dans le domaine de la bioéthique, car elle permet de traduire le passage de la science à la norme, alors que rien n'est encore stabilisé dans son champ⁷.

495. L'exemple de la stérilisation volontaire. Le droit français, bien qu'il protège le corps humain⁸ et n'y voit pas une « chose » ordinaire, considère que celui-ci entretient une relation privilégiée avec la personnalité⁹. Néanmoins, la loi du 4 juillet 2001¹ est

¹ Sur cette question, cf. I. ARNOUX, *Les droits de l'être humain sur son corps*, Bordeaux, PUB, 1994 ; V. aussi : B. EDELMAN, *Ni chose ni personne, le corps humain en question*, Hermann éditeurs, 2005. Pour une approche prospective portant sur une potentielle commercialité du corps : D. FENOUILLET, « La personne humaine dans le commerce juridique », in *Un ordre juridique nouveau. Dialogues avec Louis Josserand*, éd. Mare&Martin, 2014, pp. 43-73.

² Sur cette notion, V. : I. MOINE, *Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique*, Paris, LGDJ, 1997 ; J. HAUSER, « La vie humaine est-elle hors du commerce ? », *LPA*, 5 déc. 2000, p. 19.

³ E. DE RUS, « Une alternative à la déconstruction de la personne humaine : un éclairage anthropologique sur la crise de la famille », in *La réforme du mariage, Une approche critique des mutations familiales*, Poitiers, DMM, 2013, pp. 33-56. V. aussi : S. AGACINSKI, *Corps en miettes*, Flammarion, 2008.

⁴ É. DE RUS, « Une alternative à la déconstruction de la personne humaine : un éclairage anthropologique sur la crise de la famille », *art. précit.*, p. 37, spec. n° 73.

⁵ *Ibidem.*, p. 34, spec. n° 63.

⁶ *Ibidem.*, p. 43, spec. n° 88.

⁷ R.E DE MUNAGORRI, « La politique juridique des corps humains », in *Le corps et ses représentations*, E. DOCKES, G. LHUILIER (dir. de), Litec, vol. 1, 2001, pp. 51-68.

⁸ Art. 16-1. C. civ.

⁹ I. MOINE, *Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique*, Paris, LGDJ, 1997, p. 221.

profondément révélatrice de l'orientation du législateur français, qui consacre la pratique de la stérilisation volontaire définitive². L'article L. 2123-1 du Code de la santé publique vise à cet effet « la ligature des trompes ou des canaux déférents à visée contraceptive ». L'intervention ne peut être pratiquée que si la personne majeure intéressée a exprimé une volonté libre, motivée et délibérée, en considération d'une information claire et complète sur ses conséquences³. Or, le rapport de Monsieur le professeur NISAND avait très justement signalé que « les femmes ignorent, quand elles se font stériliser, que cela est irréversible et que cela peut changer toute leur vie »⁴. La volonté devient l'élément justificatif de l'acte, le médecin devant apporter un simple devoir d'assistance et de conseil⁵. Aucune nécessité thérapeutique n'est exigée, quitte à contrevenir au principe d'intégrité du corps humain visé à l'article 16-3 du Code civil. Pour Monsieur le professeur Jean HAUSER, le texte « est rédigé comme s'il se trouvait dans le Code de la consommation ! »⁶, ce qui est profondément révélateur de la matérialité suggérée du corps humain. Bien que l'exigence de motivation soit centrale, elle se confond fréquemment avec l'exigence du consentement éclairé, sans qu'aucune instance de contrôle n'intervienne pour saisir les causes pouvant pousser une personne à vouloir se faire stériliser⁷.

496. Le choix de la stérilisation volontaire par un membre du couple. Plus problématique est la volonté de stérilisation lorsqu'elle procède d'une personne vivant en

¹ Cf. la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001, *J.O.*, 7 juillet 2001, relative à l'IVG et à la contraception, modifiant celle du 13 décembre 2000 relative à la contraception d'urgence. La nouvelle loi insiste sur la nécessité de faciliter l'accès des adolescents à la contraception, et fait suite au rapport du professeur UZAN-COHEN, *Rapport relatif à la contraception et à la grossesse chez les adolescents*, Ministère de l'emploi et de la solidarité, novembre 1998, *JCP, G, I*, 165 ; D. BOURGAULT-COUDVYLLE, « Commentaire de la loi IVG-contraception (2^{ème} partie) », *RJPF*, 2001, n° 10, p. 6 ; F. TAQUET, « Les nouvelles dispositions relatives à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception », *Gaz. Pal.*, fév. 2002, p. 10 ; ASSIA BOUMAZA, « La stérilisation contraceptive et le « handicap mental » après la loi du 4 juillet 2001 », *Rev. dr. sanit. soc.* 2002, p. 233. Cette loi constitue l'aboutissement d'un processus tendant à la maîtrise par les femmes de leur fécondité. En effet, la loi du 27 juillet 1999 modifie l'article 16-3 du Code civil en prévoyant la possibilité d'atteintes à l'intégrité corporelle pour nécessité *médicale* et non plus seulement *thérapeutique*, ce qui ouvrait la voie à la stérilisation contraceptive.

² La nécessité *thérapeutique* de la stérilisation a depuis longtemps été affirmée par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt dit *Des stérilisateurs de Bordeaux* (Cass. crim., 1^{er} juillet 1937, *Sirey*, 1938, p. 193, note TORTAT ; *Gaz. Pal.*, 1937, p. 358). Les stérilisations volontaires demeuraient elles, illicites et, selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, il s'agissait d'un mode de mutilation volontaire (cf. Cass. crim., 5 sept. 1988, n° 87-82.866). L'article 222-9 et suivants du Code pénal exposaient les médecins qui la pratiqueraient à des poursuites pénales et, depuis 1994, à des sanctions civiles sur le fondement de l'article 16-3 du Code civil.

³ Tous les travaux préalables, notamment les deux avis n° 49 et 50 du 3 avril 1996 du Comité consultatif national d'éthique ainsi que les travaux parlementaires avaient insisté sur la qualité de l'information, particulièrement sur les conséquences irréversibilité de l'intervention.

⁴ I. NISAND, *Rapport relatif à l'interruption volontaire de grossesse en France*, Ministère de l'emploi et de la solidarité, 1998, *JCP, G, I*, 165.

⁵ D. BOURGAULT-COUDVYLLE, *art. précit.*, p. 8.

⁶ J. HAUSER, « Le choix de ne pas donner la vie : un droit de ne pas donner la vie ? », *art. précit.*, p. 12.

⁷ V. aussi sur le délai de réflexion de quatre mois -peu suivi en pratique- la décision de la Cour administrative d'appel de Bordeaux ayant entériné l'affranchissement, pour des raisons médicales, de ce délai : CAA Bordeaux, 2^{ème} chb., 6 oct. 2015, n° 13BX03265, *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 12, alerte 75.

couple, ou lorsqu'elle est mariée. Outre que la loi ne donne aucune indication sur le rôle que peut avoir le conjoint, les notions de maternité et de paternité sont ici directement en cause, et plus largement le concept même de famille. En effet, le conjoint n'est pas pris en compte dans la décision de stérilisation de son épouse (concubine), alors même que celle-ci concerne le couple et son avenir familial. À l'occasion de l'affaire *Lahache*¹, le Conseil d'état a jugé la consultation du mari, quant à la décision de son épouse de mettre un terme à sa grossesse facultative, la responsabilité de l'établissement hospitalier ne pouvant dès lors être mise en cause. La portée d'une telle décision interroge sur le dispositif législatif qui ne semble ni encourager la procréation², ni prendre en compte le conjoint. Aux conséquences familiales graves, cette décision doit être réfléchie à deux, car le projet de *non parentalité* souhaité par l'un implique de priver l'autre époux d'enfants³ et interroge sur la finalité du couple. En vivant à deux, accepte-t-on implicitement la procréation ou peut-on considérer la vie de couple exclusive de toute procréation ? Sous l'angle des devoirs du mariage –particulièrement l'article 203 du Code civil-, les juges versaillais ont implicitement reproché à une épouse d'avoir poursuivi sa grossesse alors qu'elle connaissait le refus de son mari d'envisager une nouvelle naissance⁴. Si la jurisprudence insiste sur la nécessité d'une codécision⁵, les circonstances de l'espèce semblent bien révéler que l'épouse a agi ainsi dans le but de préserver sa liberté de ne pas interrompre sa grossesse. La faute ainsi retenue à son encontre aurait peut être dû être recherchée du côté de l'époux, les faits de l'espèce ayant révélé que la femme avait quitté le domicile conjugal, craignant d'éventuelles violences de l'époux.

2- La conception islamique du corps et de la vie humaine

497. Le corps est un don. L'Islam considère que le corps humain a été confié par Dieu à l'homme avec obligation pour lui de l'entretenir. Cette obligation faite à l'individu correspond à l'exigence de préservation de l'intégrité de son corps, et interdit tout acte qui désacraliserait ce don. C'est la consécration d'une inviolabilité absolue et de l'indisponibilité du corps humain fondée sur l'inaliénabilité de la personne. Si en Occident

¹ CE, 31 oct. 1980, n° 13028, *Affaire Lahache*, *Recueil Lebon*, 1980.

² Notamment par la généralisation et le remboursement de la contraception. L'article L. 321-1 du Code de la sécurité sociale prend en charge au titre de l'assurance maladie « la couverture des médicaments, produits et objets contraceptifs et des frais d'examen de biologie médicale ordonnés en vue de prescriptions contraceptives ».

³ Encore que la jurisprudence ait pu admettre que le refus de procréer, par l'un ou l'autre des époux, pouvait être constitutif d'une faute cause de divorce : CA Bordeaux, 1^{er} oct. 1991, *RTD civ.*, 1992, 56, obs. J. HAUSER et D. HUET-WEILLER. La solution a également été reprise dans le cadre d'un refus de recourir à des soins gynécologiques : CA Bordeaux, 7 juin 1994, *JCP, G*, II, 1995, 22590, note J. VASSEAUX ; *RTD civ.*, 1994, 836, obs. J. HAUSER. Il n'est en revanche pas certain que la jurisprudence adopte, aujourd'hui encore, le même raisonnement.

⁴ CA Versailles, 2^{ème} ch., sect. 1, 22 janv. 2015, n° 13/09492, *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 5, comm. 87, J.-R. BINET.

⁵ CA Bordeaux, 6^{ème} ch., 10 déc. 1998, n° 97/001925 ; CA Nîmes, 2^{ème} ch., sect. C, 21 mars 2007, n° 05/03638 ; CA Paris, pôle 3, ch. 3, 10 janv. 2013, n° 12/09158.

René DESCARTES a réduit la personne à sa pensée –je pense donc je suis-, en reléguant la perception que l'individu a de son corps au champ de la matérialité, l'Islam ne considère l'individu ni comme un « centre spirituel isolé du corps, ni une manifestation du monde des idées, mais la totalité humaine, animée par un principe spirituel »¹. Ceci signifie que « chaque personne est un “moi spirituel” qui subsiste dans la matière, un “moi partiellement corporel”. Elle est un corps au même titre qu'elle est esprit, tout entière corps et tout entière esprit. L'homme = corps + esprit. Si on supprime un élément, l'homme n'existe plus »². Par conséquent, l'homme n'a pas une maîtrise absolue sur son corps et ne peut en disposer librement car il n'en est qu'un simple « gestionnaire ». Attenter à sa vie par la pratique de l'euthanasie, ou procéder à sa stérilisation volontaire³ participent de l'atteinte au corps que l'Islam ne saurait tolérer. De la même manière, l'individu a l'obligation de se soigner en cas de maladie afin de préserver son corps et sa vie.

498. L'émergence d'une réflexion éthique islamique. Deux tendances semblent se dessiner dans la culture juridique islamique au sujet des nouvelles pratiques de procréation artificielle : le premier courant, défendu par les *oulémas* des universités théologiques - particulièrement ceux de l'Université d'AL-AZHAR- considère que tout comportement humain doit pouvoir s'analyser conformément au prisme du licite et de l'illicite. Rigide, cette grille de lecture privilégie une interprétation littérale du Coran et de la *sunna*, en s'opposant à toute interprétation allant à l'encontre d'une disposition expressément prévue. Selon un idéal réformiste, le second courant tente de dégager des notions telles que la *maslaha* (l'intérêt général) ou la *daroura* (nécessité). Ces notions s'attachent à préciser les voies à suivre afin de concilier progrès scientifique et valeurs propres à la société islamique, par l'usage de la raison et l'effort d'*ijtihad*.

499. Le début de la vie humaine en droit musulman. L'Islam légitime certaines atteintes au corps humain sur le fondement de la *daroura* (nécessité) et la *maslaha* (l'intérêt général), principes cardinaux de droit musulman. Ces deux notions, combinées à l'effort d'*ijtihad*, permettent de répondre aux nouveaux besoins de la société musulmane en matière d'avancées médicales. C'est pourquoi les atteintes à l'intégrité du corps humain ne peuvent être tolérables « que lorsqu'elles procèdent d'une intention généreuse de bien être, élevée et tendant à des fins positives »⁴. Le Coran ne se prononce pas ouvertement sur

¹ H. ABDELHAMID, « Le corps de la femme et la biomédecine dans le contexte de la culture juridique égyptienne », in *Corps de la femme et biomédecine, Approche internationale*, B. FEUILLET-LIGER, A. AOUIJ-MRAD (dir. de), Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit, bioéthique et société », 2013, p. 188.

² *Ibid.*, p. 188.

³ *Fatwa* n° 804 du 22 mai 2005. Selon le Conseil de la *Fatwa*, la stérilisation permanente est interdite sauf dans le cas où une future grossesse mettrait en péril la vie de la mère et si le Conseil des médecins indique que la stérilité permanente est la seule solution. La stérilisation temporaire est elle, permise.

⁴ N. SAADI, « Le corps humain : interpénétration du sacré et du profane dans le droit positif algérien », in *Le droit de la santé : aspects nouveaux*, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, Bruylant-LB2V, 2012, pp. 39-63, spec. p. 42.

la question de l'avortement. Une tradition prophétique¹ constitue néanmoins le socle commun² des pays de tradition islamique. Il s'agit d'un *hadith* concernant l'animation du fœtus et reconnaissant le statut de personne humaine à l'embryon à partir du cent-vingtième jour de la conception³. Dieu est réputé avoir insufflé la vie au fœtus au cent-vingtième jour de la conception, moment où il acquiert sa dimension sacrée. À l'occasion d'une *fatwa* en date du 4 décembre 1981, le *mufti* de l'Université théologique d'AL-AZHAR -Cheikh Djad EL HAK ALI- a considéré que l'avortement est autorisé durant les 120 jours de la grossesse à condition qu'il soit motivé par l'existence de risques certains et médicalement établis encourus par la mère ou l'enfant.

500. L'admission restrictive de l'avortement au Maroc. La question relative à la contraception ne pose pas de difficultés en Islam, le Conseil de la *Fatwa* en Égypte ayant considéré le contrôle de la procréation permis par la *charia*, de la même manière que le coït interrompu pratiqué au temps du prophète ne contrevenait pas aux principes islamiques⁴. En revanche, l'interdit général de l'avortement non thérapeutique dans les pays musulmans interroge, de façon récurrente, sur la valeur de la vie humaine et le pouvoir de la femme de disposer de son corps. Dès le 11 mars 2015⁵, le nombre alarmant d'avortements clandestins⁶ a permis à la société civile, en collaboration avec l'Association Marocaine de Lutte contre l'Avortement Clandestin (AMLAC), en partenariat avec l'association Droit et Justice et le Collectif national Droit à la santé, de lancer le débat quant à la possible légalisation -sous conditions- de cette pratique⁷. À cette fin, le Roi

¹ Une description du développement de l'embryon en quatre phases peut être trouvée dans le Coran, sourate *Les croyants*, versets 12-14 : « Certes, nous avons créé l'homme d'un extrait d'argile dont Nous avons fait ensuite une goutte de sperme déposée en un réceptacle bien protégé, puis Nous avons transformé cette goutte en un caillot de sang dont Nous avons fait un embryon où s'est dessiné le squelette que Nous avons recouvert de chair, pour en faire, en fin de compte, un nouvel être, bien différencié ».

² Deux courants théologiques existent sur la question. Le premier considère que le fœtus acquiert une vie humaine dès la fusion des gamètes, et évoluera selon les quatre étapes décrites par le *hadith*. Pour le second courant, seul le souffle de l'âme permet de réellement parler de vie humaine. Les partisans de ce courant avancent le concept de *maslaha* (intérêt général) de la mère, qui repose sur le devoir d'assistance qui lui est dû car, il est « plus facile de sacrifier la vie de l'embryon que nous ne connaissons pas et auquel nous ne sommes pas attachés, en sachant toutefois que cet élément demeure le critère minimal de la justice absolue ». Cité par N. SAADI, « Le corps humain : interpénétration du sacré et du profane dans le droit positif algérien », in *Le droit de la santé : aspects nouveaux*, op. cit., p. 44.

³ *Hadith* rapporté par Abd Allah BEN MASUD : « Chacun de vous est créé dans le ventre de sa mère. Il est une goutte de sperme pour quarante jours, puis il est un caillot de sang pour la même période, puis il est une masse flasque pour la même période, puis l'ange vient pour souffler l'âme (processus d'animation) », *Sahih EL BOUKHARI* et EL ASHQAR (S), « la vie humaine: son début et sa fin dans la conception de l'Islam », In *Congrès de l'Organisation Islamique pour les Sciences médicales*, 1985, p. 137.

⁴ *Fatwa* n° 376 du 15 mai 2005, citée par H. ABDELHAMID, « Le corps de la femme et la biomédecine dans le contexte de la culture juridique égyptienne », art. *precit.*

⁵ Le 27 janvier 2015, le chef de service de la maternité des Orangers à Rabat Chafik CHRAÏBI a été suspendu de ses fonctions pendant une semaine pour avoir témoigné, au profit de la chaîne de télévision française France 2 à l'issue d'un reportage diffusé, sur le phénomène des avortements clandestins.

⁶ Environ 800 par jour.

⁷ Rapp. du cas tunisien, qui figure parmi les pays les plus avancés en la matière. Dès juillet 1965, l'avortement pratiqué dans les trois premiers mois par les femmes ayant plus de cinq enfants est permis au profit des tunisiennes. En septembre 1973, la pratique est généralisée au profit de toutes les femmes peu importe le nombre

MOHAMED VI a exhorté le ministre de la Justice et des libertés, le ministre des Habous et des affaires islamiques, ainsi que le président du Conseil national des droits de l'Homme de faire les propositions nécessaires à l'élaboration d'un texte de loi en conformité avec les préceptes de la société marocaine. À l'instar de la réforme du droit de la famille, le label d'islamité¹ constituait la pierre angulaire de l'intervention du législateur. Le 15 mai 2015, un communiqué du Palais royal a annoncé la légalisation de l'avortement, la commission désignée n'ayant recensé que trois cas permettant de tolérer la pratique de l'avortement : la malformation du fœtus, le viol et l'inceste. En deçà des prétentions d'une partie de la société civile, l'objectif de prise en compte de la situation des mères célibataires –en particulier les mineures- par la possibilité d'un avortement dans des conditions décentes et sans risque n'a pas été atteint. Or, une telle loi *a minima* est à rapprocher de la réforme projetée du Code pénal, lequel n'envisage pas la dépénalisation des relations sexuelles hors mariage. Faire de l'avortement un droit de la femme en dehors de toute nécessité thérapeutique ne revient pas moins à ouvrir une brèche à l'interdit des relations sexuelles hors mariage, maintenu dans le Code pénal promis à révision. Dans une société aspirant de plus en plus aux libertés individuelles et au droit à l'autodétermination, combien de temps résisteront les verrous garantissant au mariage sa force ?

B) L'encadrement procédural lié au choix de la conception

501. Le projet parental : une demande conjointe du couple. La demande d'un couple d'accéder à l'enfant par le biais des techniques médicales suppose un projet parental émanant de deux personnes de sexe différent -jusqu'à quand?-, de sorte que l'enfant puisse bénéficier d'une double filiation maternelle et paternelle. Une personne seule ne saurait concrétiser son désir d'enfant en recourant unilatéralement à l'assistance médicale à la procréation. Ouvrir une telle possibilité reviendrait à priver² volontairement l'enfant à naître de sa deuxième filiation. Pour éviter de telles situations, le législateur a privé d'effet le consentement donné à la procréation médicalement assistée en cas « de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la

d'enfants dès lors qu'il est pratiqué par un établissement hospitalier exerçant légalement. Les interruptions médicales de grossesse (IMG) sont ensuite légalisées au-delà de douze semaines de grossesse. Outre qu'elle a contribué à libérer la femme tunisienne dans son corps, cette avancée traduit le souci de modernisation de son statut. La législation relative aux procréations médicalement assistées révélera, malgré la volonté affichée de se détacher du référent religieux, que le droit tunisien souffre de son « tiraillement » entre une législation parfois laïque, parfois « non totalement détachée de ses soubassements religieux ». Cf. A. AOUIJ-MRAD, « Le corps de la femme et la biomédecine : le clair-obscur tunisien », in *Coprs de la femme et biomédecine. Approche internationale*, B. FEUILLET-LIGER, A. AOUIJ-MRAD (dir. de), Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit, bioéthique et société », 2013, pp. 201-212, spec. 203-204.

¹ Pour reprendre l'expression de Madame le professeur Miriam MONJID dans son travail de thèse, particulièrement la deuxième partie : *L'islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, Étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, Paris, L'Harmattan, 2013.

² Or, dans le cas de la stérilisation volontaire, ne prive-t-on pas, en amont, l'enfant de la potentialité de naître ?

communauté de vie, survenant avant la réalisation de la procréation médicalement assistée »¹. Le législateur veille de la sorte à assurer à l'enfant deux parents en union. Le consentement donné est encore privé d'effets lorsqu'un des membres du couple décède. L'insémination artificielle et le transfert d'embryons *post mortem*² sont formellement interdits. Le Code de la santé publique exige que les membres du couple soient vivants à toutes les étapes du processus et pas seulement au moment de la conception de l'embryon.

502. L'exigence d'un formalisme consensuel, gage d'un engagement parental responsable. En tant qu'acte éminemment grave, le projet parental suppose un engagement responsable de deux individus qui souhaitent devenir parents. Ce seul engagement permettra à l'enfant d'être rattaché au couple. C'est pourquoi la loi accorde une place non négligeable à sa qualité en l'entourant des garanties nécessaires. Dans le cas d'une procréation assistée avec tiers donneur, le consentement doit être donné à l'écrit³ au juge ou au notaire⁴, dans des conditions garantissant le secret⁵. Pour que le consentement soit éclairé, le couple doit recevoir une information complète sur toutes les conséquences de l'acte, que le Code de la santé publique précise. En vertu de la loi, le consentement doit exister jusqu'à l'issue du processus et, pour le vérifier, « les deux membres du couple dont des embryons sont conservés, sont consultés chaque année par écrit sur le point de savoir s'ils maintiennent leur projet parental »⁶. De la même manière, la loi exige que le couple à l'origine du don d'embryon exprime clairement son consentement⁷, qui équivaut consentement à une adoption prénatale que le juge recueille par écrit⁸. Cette exigence traduit le souci de protection de l'intérêt actuel aussi bien que futur de l'enfant, mais aussi celui des parents originaires qui doivent expressément manifester leur volonté de retrait.

¹ Art. 311-20 al. 3 C. civ.

² Cf. l'affaire *Parpalaix* à l'occasion de laquelle les juges ont admis la remise des paillettes de sperme du mari décédé d'un cancer à sa veuve, qui n'a pour autant pas pu concevoir l'enfant. V. TGI Créteil, 1^{er} août 1984, *JCP, G*, II, 1984, 20321, note S. CORONE. À la suite de cette affaire, le TGI de Toulouse, le 26 mars 1991, a refusé la possibilité d'insémination artificielle *post mortem* d'une veuve. V. *RTD civ.*, 1991, 310, obs. J. HAUSER; *JCP, G*, II, 1992, 807, note P. PEDROT.

³ Article L. 2141-10 CSP.

⁴ Art. L. 2141-10 CSP, qui renvoie à l'article 311-20 al. 1^{er} du Code civil.

⁵ V. DEPADT-SEBAG, « La place des tiers dans la conception d'un enfant né par AMP avec donneur : un secret d'ordre public », *D.*, 2011, chron. 350.

⁶ Art. L. 2141-3 al. 2 et 3 du CSP.

⁷ Art. L. 2141-5 du CSP.

⁸ Art. L. 2141-5 al. 2 du CSP.

§2) La volonté dans la naissance de l'enfant¹

503. L'intérêt de l'enfant nié au stade fœtal. Selon un avis du Conseil consultatif national d'éthique -rendu en 1989²-, la congélation d'embryons, rendue nécessaire au vu de « l'état de la science », constitue une solution temporaire de conservation des embryons fécondés. Il était prévu, une fois les prouesses scientifiques au point, que le stock d'embryons congelés serait supprimé. La réforme des lois bioéthiques en 2011 ayant consacré la pratique de la congélation ovocytaire, la disparition progressive du nombre d'embryons surnuméraires devait être l'objectif à poursuivre à moyen et long terme. Pourtant, il coexiste toujours aujourd'hui, aux côtés du stock de congélation ovocytaire, un stock d'embryons surnuméraires. Paradoxale, une telle situation révèle toute la complexité liée à la prise en compte de l'intérêt de l'enfant lorsque les intérêts des adultes sont en cause. Si l'enfant né est l'objet d'une protection internationale inédite, son instrumentalisation demeure patente au stade fœtal³. À sa manipulation au stade embryonnaire (A) fait écho son instrumentalisation voire, sa négation au profit de l'intérêt des adultes (B).

A) L'enfant manipulé

504. La rupture de plus ? L'incertitude philosophique et biologique sur la question du statut de l'embryon a nécessité une prise de position du droit pour déterminer si celui-ci doit, ou non, être considéré comme une personne humaine. Si la convention d'Oviedo n'apporte pas de réponse⁴ à cette question, la Cour européenne, en l'absence de consensus juridique et scientifique, considère que les États parties disposent d'une marge d'appréciation leur permettant de déterminer eux-mêmes son commencement⁵. N'ouvrant pas davantage de perspectives, le droit français se contente de protéger la vie humaine,

¹ J.-L. BAUDOIN, C. LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme. De quel droit ?*, PUF, 1987 ; X. LACROIX, « Un droit à l'enfant ? », in *Mariage-Conjugalité, Parenté-Parentalité*, op. cit., pp. 125-131 ; M. LEVINET, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit d'avoir un enfant ? Observations sur la jurisprudence de la Cour de Strasbourg », in *Mariage-Conjugalité, Parenté-Parentalité*, op. cit., pp. 133-142 ; P. RAYNAUD, « L'enfant peut-il être objet de droit ? », *D.*, 1988, chron. 109 ; M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant », *RTD civ.*, 1988, n° 4, p. 663.

² CCNE, avis n° 18, État des études conduites par le Comité concernant les dons de gamètes et d'embryons, 15 décembre 1989.

³ V. en ce sens A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut de l'enfant à naître*, Aix-Marseille, PUAM, 2003.

⁴ L'article 18 de cette Convention dispose que « Lorsque la recherche sur les embryons *in vitro* est admise par la loi, celle-ci assure une protection adéquate de l'embryon. La constitution d'embryons humains aux fins de recherche est interdite ».

⁵ CEDH, 8 juil. 2004, *Vo c/ France*, *D.*, 2004, chron. E. SERVERIN, note J. PRADEL, p. 2801 ; *JCP*, G, II, 2004, note M. LEVINET, p. 10158 ; *RTD civ.*, 2004, note J.-P. MARGUENAUD, p. 799.

laissant entière la question de son commencement. Un tel mutisme a favorisé l'essor des techniques médicales de procréation assistée, que le droit français semble encourager (1) en dehors de toute réflexion globale sur les enjeux qu'elles soulèvent. Les pays du Maghreb ne se montrent pas moins friands de telles techniques, mais les législateurs subordonnent la science médicale au respect de l'ordre social et moral tel qu'établi (2).

1- En droit français

505. Variété des techniques favorisant la procréation. Parmi les techniques aujourd'hui admises et réglementées par le législateur, la procréation médicalement assistée (AMP) permet à un couple en mal d'enfants de contourner¹ une infertilité médicalement constatée (α), qui peut justifier le recours à un don anonyme de gamète si besoin est (β). Moralement discutable, cette possibilité permet à un couple de concrétiser son projet parental malgré le débat qui mériterait d'être posé du point de vue de l'accès aux origines de l'enfant ainsi conçu². La gestation pour autrui constitue une alternative autorisée dans certains pays, dont les effets en France favorisent une remise en cause de l'interdit posé (Ω).

α) Le préalable à l'insémination : l'apport de gamètes

506. L'approche erronée en termes de don. L'utilisation du terme « don » pour qualifier l'acte accompli par un individu au profit d'un autre pour pallier à une défaillance corporelle est hautement symbolique³. Si le donneur⁴ accomplit le don au profit d'un couple composé d'un homme et une femme qui partagent un désir d'enfant, c'est bien en raison d'une défaillance corporelle. Le recours au donneur permet au couple de concrétiser un projet en l'entourant d'une vraisemblance, que la filiation de l'enfant ultérieurement établie à leur égard viendra corroborer. Loin de satisfaire un simple désir, le don intervient en substitution à une contrariété biologique empêchant le processus naturel de procréation d'être correctement mené. Ce n'est donc pas l'intérêt supérieur de l'enfant qui le dicte mais

¹ A. MIRKOVIC, « L'accès à l'assistance médicale à la procréation : quelles modalités ? », *Arch. philo. dr.*, 2014, t. 57, pp. 445-463, spec. n° 2.

² V. *infra*, n° 542 et 543.

³ Sur l'ensemble de la question, V. : A. ANDORNO, « Les droits nationaux européens face à la procréation médicalement assistée : la primauté de la technique ou primauté de la personne ? », *RIDC*, 1994, n° 1, p. 141; J. HAUSER, « L'enfant et la famille : de l'hexagone à l'ensemble vide ? Éloge du compromis », *LPA*, 7 août 1995, n° 94, p. 7. C. LABRUSSE-RIOU, « L'anonymat du donneur : étude critique du droit positif français », in *Le droit, la médecine et l'être humain*, Aix-en-provence, PUAM, 1996, pp. 81-108; H. GAUMONT-PRAT, « Le principe de l'anonymat dans l'assistance médicale à la procréation et la révision des lois bioéthiques », *Rev. dr. fam.*, 2001, n° 1, chron. n° 2, pp. 11-16; V. DEPADT-SEBAG, « Le don de gamètes dans les procréations médicalement assistées : d'un anonymat imposé à une transparence autorisée », *D.*, 2004, chron. p. 891-897; C.-M. MAZZONI, « Le don, c'est le drame (Le don anonyme, le don despotique) », *RTD civ.*, 2004, pp. 701-712.

⁴ C. NEIRINCK, « L'assistance médicale à la procréation », in *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, H. FULCHIRON, J. SOSSON (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 273-283.

bel et bien le désir du couple de devenir parent. C'est pourquoi la question mériterait davantage d'être posée sous l'angle de l'*apport* de gamètes, l'ovocyte¹ ou le spermatozoïde étant dépersonnalisé pour ne constituer que ce « matériau biologique » à destination du couple. Pour autant, le choix du législateur s'est porté sur le terme de « don » afin de lui permettre une meilleure intégration « dans cette relation qui porte le désir de l'enfant, c'est-à-dire d'une certaine manière à se faire oublier. Il a été conçu comme s'intégrant d'une manière vraisemblable dans une cohérence de ce désir, dans une cohérence de l'enfantement »², car la vraisemblance et la crédibilité sont le fondement de la filiation. Cet apport est ensuite anonyme et gratuit. Or, seul le don est en réalité gratuit, à l'exclusion de sa réception. Bien qu'admis aujourd'hui en droit, l'opportunité de l'apport de gamètes est toujours discutée car les conséquences qu'il emporte sont considérables.

507. L'impossible dépersonnalisation du don³. Le *don* de gamètes⁴ consiste en l'apport par un tiers de spermatozoïdes ou d'ovocytes en vue d'une assistance médicale à la procréation (AMP)⁵. Il s'agit d'une entorse au principe de l'indisponibilité du corps humain prévue à l'article 16 du Code civil. Initialement pratiquée clandestinement - l'insémination avec tiers donneur était contraire à l'ordre social et moral- son insertion dans le circuit médical dès 1973 lui permit d'acquérir une certaine légitimité. De la même manière, le secret médical l'entourant et l'anonymat du don à la banque de sperme ont favorisé son appréhension comme « matériau biologique », rompant avec l'idée d'acte sexuel hors-mariage. L'effacement social consécutif du donneur constituerait un gage de la paix des familles et assurerait au couple d'intention la parentalité souhaitée. Bien que présenté comme étant un acte généreux et altruiste, l'apport de gamètes n'est pourtant pas

¹ Encore convient-il de souligner que le *don* d'ovocytes s'inscrit rarement dans une démarche altruiste, mais davantage dans une démarche relationnelle et affective (en France où il est gratuit en tous cas) en raison du prélèvement des ovocytes sur la donneuse à l'issue d'un processus médical lourd, non dénué d'effets secondaires. Dans un premier temps, la donneuse doit se soumettre à un traitement afin de bloquer ses ovaires. Ce traitement est suivi d'injections quotidiennes destinées à les stimuler afin de produire plus d'ovocytes que la nature ne le permet en une seule fois. Outre que ce traitement peut provoquer le syndrome de l'hyperstimulation ovarienne dont les conséquences sont graves, ce *don* d'ovocytes nécessite toujours une intervention chirurgicale et porte directement atteinte au capital ovocytaire, lequel est prédéfini. L'information des femmes sur le processus même du prélèvement d'ovocyte n'a été rendu obligatoire qu'à partir de 2004, la femme devant être informée des « conditions de la stimulation ovarienne et du prélèvement ovocytaire, des risques et des contraintes liés à cette technique ».

² C. FLAVIGNY, « Don de gamètes et psychologie », in *Le don de gamètes*, Actes du colloque organisé par le Centre Léon DUGUIT de l'Université d'Évry le 13 décembre 2012 et actualisés au 1^{er} décembre 2014, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 47.

³ V. sur la question : C. LABRUSSE-RIOU, « L'anonymat du donneur : étude critique du droit positif français », in *Le droit, la médecine et l'être humain*, Aix-en-provence, PUAM, 1996, pp. 81-108 ; H. GAUMONT-PRAT, « Le principe de l'anonymat dans l'assistance médicale à la procréation et la révision des lois bioéthiques », *Rev. dr. fam.*, 2001, n° 1, chron. n° 2, pp. 11-16 ; V. DEPADT-SEBAG, « Le don de gamètes dans les procréations médicalement assistées : d'un anonymat imposé à une transparence autorisée », *D.*, 2004, chron. p. 891-897 ; C.-M. MAZZONI, « Le don, c'est le drame (Le don anonyme, le don despotique) », *RTD civ.*, 2004, pp. 701-712.

⁴ Aux articles L. 1244-1 à l'article L. 1244-9 du CSP.

⁵ Art. L. 1244-1 CSP.

anodin. « Donner ses gamètes n'est pas équivalent à donner son sang ou ses plaquettes »¹ a pu rétorquer un auteur. Le donneur prend une place incontournable dans la conception d'un enfant et constitue à ce titre « un tiers invasif, de par sa seule existence. Il existe comme tel, donneur, en marge de la filiation qu'il a contribué à rendre possible et sa place peut se révéler problématique »², bien que le droit veille à son effacement³.

508. Le maintien controversé de l'anonymat. La question relative au maintien ou non de l'anonymat du donneur de gamètes n'a, à aucun moment, été remise en cause depuis sa légalisation⁴. C'est pourquoi une partie de la doctrine⁵ continue de réfléchir sur la légitimité même de cet acte, le débat n'ayant tout simplement jamais eu lieu⁶. Pour Madame Aude MIRKOVIC, le maître mot dans un tel contexte est la prudence, car les enjeux humains en cause sont de taille. L'enfant sachant qu'il est issu d'un don de gamète peut chercher à savoir qui est son parent biologique⁷. Si le projet de loi initial -à l'occasion des débats en 2011- prévoyait la levée de l'anonymat à la demande de l'enfant⁸ et sous réserve du consentement exprès du ou des donneurs⁹, son maintien¹⁰ en deuxième lecture est apparu tel ce « mal nécessaire »¹¹ qui entraînerait plus de difficultés¹² qu'il n'en résoudrait.

¹ A. MIRKOVIC, « Repenser le don de gamètes », in *Le don de gamètes*, Actes du colloque organisé par le Centre Léon DUGUIT de l'Université d'Évry le 13 décembre 2012 et actualisés au 1^{er} décembre 2014, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 8.

² *Ibidem.*, pp. 19-20.

³ A. MIRKOVIC, « La part de la biologie dans la filiation », in *Le don de gamète, op. cit.*, pp. 121-132, spec. p. 121. Ainsi que le souligne l'auteur, « (...) si la biologie est partie prenante de la filiation, ses exigences définissent un cadre à l'intérieur duquel la volonté, individuelle ou collective, peut s'exercer, mais non au-delà. Au contraire, si la biologie ne joue en matière de filiation qu'un rôle résiduel voire inexistant, il est possible de s'affranchir de ses exigences et même d'aller à leur encontre pour définir la filiation et, concrètement, désigner les parents d'un enfant ».

⁴ Dans un premier temps par la loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 (art. 3) portant diverses dispositions d'ordre social, puis par les lois bioéthiques du 29 juillet 1994.

⁵ Une analyse de l'opportunité de légaliser un tel acte aurait dû être effectuée à la lumière des impératifs de justice. En effet, « le public et les juristes ont été conditionnés à penser que la légitimité, et par conséquent la licéité du don de gamètes, n'était plus ouverte à un questionnement éthico-juridique. Restait dès lors à s'adresser au droit pour obtenir de lui des modèles processuels de gestion. En focalisant le débat sur le "comment", on a ainsi véritablement oublié le "pourquoi". La science a agi comme si les seules véritables difficultés étaient de nature technique ». Cf. J.-L. BAUDOIN, C. LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme, de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris, PUF, 1987, p. 195.

⁶ A. MIRKOVIC, « Repenser le don de gamètes », *art. précit.*, pp. 7-20.

⁷ A. BATTEUR, « Secrets autour de la conception de l'enfant (Étude de droit civil) », in *Mélanges en l'honneur de Philippe MALAURIE, Liber amicorum*, Paris, Defrénois, 2005, pp. 15-50.

⁸ Ce qui aurait créé une discrimination entre enfants entre ceux ayant accès à leurs origines et ceux qui ne le pouvaient pas en raison du refus opposé par leur donneur. En ce sens : C. BRUNETTI-PONS, « Existe-t-il un droit de connaître ses origines ? », *art. précit.*, pp. 85-112.

⁹ Art. 14 du texte n° 2911, 20 oct. 2010.

¹⁰ Après nombre de navettes : la mesure a été supprimée à l'Assemblée nationale dès l'examen par la commission spéciale le 26 janvier 2011 (Texte n° 3111). Rétablie au Sénat par la commission des affaires sociales (Texte n° 389, 30 mars 2011), elle fut à nouveau supprimée (Texte n° 95, 8 avr. 2011).

¹¹ B. RENAUD, « Anonymat, un mal nécessaire », *JCP, N*, 2000, p. 919.

¹² *Quid* de la nature du lien entre le donneur et l'enfant ? Mais surtout de la place de l'enfant dans la famille du donneur que de la place de ce dernier dans la famille de l'enfant ?

Le rapport remis par Madame le professeur Irène THERY préconise néanmoins de « permettre à toute personne issue d'un engendrement avec tiers donneur (gamètes, embryons), réalisé dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation qui en fait la demande, de se voir délivrer l'identité de son donneur à sa majorité ; pour cela, (il convient) de modifier l'article 311-19, alinéa 3 : La personne majeure issue de la procréation peut se voir délivrer à sa demande l'identité de son ou ses donneurs. Le CNAOP est seul habilité à obtenir celle-ci auprès de l'organisme chargé de la préserver. - Une telle demande étant de plein droit, elle n'aura pas à être assortie de justifications »¹. La rencontre à proprement dite avec le donneur serait en revanche subordonnée à l'accord du géniteur. Il apparaît bien que la controverse liée au *don* se trouve rapidement rattrapée par la problématique identitaire², elle-même alimentée par la question du droit d'accès aux origines³. Pour autant de raisons, la signification de cet apport mériterait d'être profondément réfléchi, car elle revient à priver délibérément un enfant du fondement biologique de sa filiation⁴, aussi bonnes soient les intentions⁵.

509. La généralisation contestable de la possibilité du don. La révision des lois bioéthiques en 2011 abandonne l'exigence de procréation⁶ préalable du donneur pour

¹ I. THERY, A.-M. LEROYER, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail remis à la ministre délégué chargé de la Famille, p. 236.

² V. *infra*, n° 542.

³ Sur ce point, cf. l'arrêt rendu par le Conseil d'État, lequel refusait au profit d'un enfant né d'une insémination avec tiers donneur d'accéder à diverses informations le concernant. CE, 10^{ème} et 9^{ème} sect., 12 nov. 2015, n° 372121; *Rev. dr. fam.*, 2016, étude 1, J.-R. BINET.

⁴ A. MIRKOVIC, « Le préjudice résultant pour l'enfant du don de gamètes », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire NEIRINCK*, Paris, LexisNexis, 2015, pp. 597-612.

⁵ Par ailleurs, si l'on songe aux dérives auxquelles peut mener le don de gamète dans certains États « plus avancés », la finalité de l'acte s'en trouve profondément altérée lorsqu'il est animé par une finalité purement altruiste. Monsieur Jacques TESTART dans son ouvrage *Faire des enfants demain* explique comment cette pratique, aux États-Unis notamment, passe par des accords privés avec les patients, peut prendre des allures d'exploitation de la souffrance féminine. En effet, certaines cliniques proposent de concevoir des embryons à partir de gamètes « donnés », lesquels seront transférés à moindre coût dans l'utérus de patientes qui accepteraient, telle une promotion, un enfant qui leur sera totalement étranger. Dans certaines cliniques, il est remédié à la rareté d'ovules « en recrutant des donneuses volontaires parmi les femmes devant subir une hystérectomie (ablation de l'utérus), cette intervention étant alors offerte gracieusement en échange du don des ovaires, dûment stimulés pour délivrer de nombreux ovules... ». Lorsque l'on songe à la place faite à la volonté individuelle, il n'est pas certain que dans de telles conditions, ce fondement soit à même de permettre l'accès au bonheur, davantage qu'il ne fait la place à la servilité du corps de la femme. J. TESTART, *Faire des enfants demain*, éd. du Seuil, 2014, pp. 42-43.

⁶ Art. L. 1244-2 al. 3 CSP. Cf. le décret d'application de cette mesure n° 2015-1281 du 13 oct. 2015, complété par l'arrêté du 24 déc. 2015 pris en application de l'art. L. 2141-1 CSP et modifiant l'arrêté du 3 août 2010, lui-même modifiant l'arrêté du 11 avr. 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation. L'arrêté du 24 décembre 2015 pose des restrictions à l'autoconservation des gamètes, qui demeurent tributaires du don. Au terme de celui-ci, les cinq premiers ovocytes matures prélevés doivent nécessairement être destinés au don. Ce n'est qu'au-delà de cinq ovocytes matures prélevés qu'une partie n'excédant pas la moitié peut être conservée au profit de la donneuse. Concernant le don de sperme, un recueil au profit du donneur est possible au-delà de trois recueils destinés au don.

favoriser le don par des personnes plus jeunes¹. Si la condition liée à l'âge a été maintenue jusqu'à cette date, il a depuis été argué que plus l'âge du donneur d'ovocytes était élevé, moins bonne était la qualité du don. L'âge moyen de conception du premier enfant se situant à la trentaine en France, ce donné élevait d'autant l'âge des donneurs potentiels de gamètes. La généralisation de la possibilité du don² demeure néanmoins critiquable car elle incite à la compassion envers les couples non procréateurs, abstraction faite des conséquences humaines qui pourront en découler sur les enfants à naître et peu important qu'ils aient procréés ou pas. Il convient à cet égard de signaler l'adoption du décret du 4 mars 2016 relatif à l'assistance médicale à la procréation, qui transpose les directives européennes³ en la matière et complète les règles déjà existantes⁴. Outre la prise en compte accrue de la situation médicale des donneurs, les dispositions européennes facilitent la traçabilité des prélèvements de tissus et cellules distribués dans l'Union. Il est établi à cette fin un identifiant appelé « code européen unique », et le décret prévoit que l'attribution de ce code sera réalisée par les centres agréés qui procéderont également à l'anonymisation des dossiers du couple à l'origine de la conception. Cette notion d'anonymisation s'ajoute à l'exigence de confidentialité préalable, déjà de mise en droit interne. Le critère de sécurité des informations établissant un lien entre le couple à l'origine de la conception des embryons et les enfants à naître est renforcé, les données étant conservées pour une durée minimale de quatre ans.

510. La conventionnalité du don de gamète tributaire du consensus européen.

Saisie de la question relative à la conventionnalité de l'apport de gamètes à l'occasion d'une affaire mettant en cause l'Autriche⁵, la Cour considère que l'interdit posé par un État du recours au don de gamète hétérologue ne viole pas l'article 8 de la Convention, applicable aux questions relevant du droit d'accès aux procréations médicalement assistées. Le raisonnement de la Cour repose sur l'idée que pour de telles questions sensibles, relevant de l'éthique et de la morale, l'absence de consensus permet aux États signataires de la Convention de conserver une marge d'appréciation nationale⁶, tout en

¹ À l'occasion d'un don d'ovocytes, la conservation des ovocytes est proposée aux femmes n'ayant pas encore procréé (en dehors de toute prise en charge thérapeutique). Cette mesure s'inscrit donc bien dans un mouvement d'incitation au don, dans un contexte de déficit de gamètes.

² V. en ce sens l'initiative prise par *Apple* et *Facebook* qui proposent à leurs salariées la prise en charge des frais inhérents au prélèvement et à la conservation de leurs ovocytes en vue d'une grossesse ultérieure, afin que celle-ci ne constitue pas un frein à leur carrière : C. DUNAND, « Apple et Facebook veulent aider leurs salariées à vitrifier leurs ovocytes », *Les Échos*, 14 oct. 2014.

³ Directive (UE) 2015/565 de la commission du 8 avril 2015 modifiant la directive 2006/86/CE en ce qui concerne certaines exigences techniques relatives à la codification des tissus et cellules d'origine humaine.

⁴ D. n° 2016-273 du 4 mars 2016 relatif à l'assistance médicale à la procréation, pris en application de l'article 155 de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation du système de santé, *J.O.*, 6 mars 2016.

⁵ CEDH, 3 nov. 2011, *S. H. et autres c/ Autriche*, n° 57813/00, *AJ fam.*, 2011, obs. A. MIRKOVIC, p. 608 ; *D.*, 2011, p. 2870 ; *D.*, 2012, obs. H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE, p. 1228.

⁶ V. néanmoins dans un premier temps, ayant jugé le refus du don hétérologue discriminatoire : CEDH, 1^{ère} sect., 1^{er} avr. 2010, *S. H. et autres c/ Autriche*, *RTD civ.*, 2010, J.-P. MARGUENAUD, p. 292 ; même revue, J. HAUSER, p. 774.

insistant sur le fait que « *les préoccupations fondées sur des considérations morales ou sur l'acceptabilité sociale ne sont pas en elles-mêmes des raisons suffisantes pour une interdiction totale d'une technique spécifique (...)* ». La Cour procède à une appréciation de la proportionnalité de la restriction au regard des pratiques médicales admises, pour relever que la législation autrichienne « *marque le soin et la circonspection avec lesquels le législateur autrichien a cherché à concilier les réalités sociales avec les positions de principe en la matière* »¹, et qu'elle ne viole ni l'article 8 ni l'article 14 de la Convention. La prohibition par l'Autriche du don de gamète hétérologue n'est donc pas constitutive d'une discrimination au sens de l'article 14 de la Convention, compte tenu de l'absence de consensus européen suffisamment solide sur la question. La Cour souligne toutefois l'importance qu'elle accorde au réexamen approfondi² que doivent périodiquement réaliser les États sur des questions auxquelles la science apporte régulièrement un éclairage nouveau³. À cet égard, le législateur français, ayant fait le choix d'un réexamen automatique des lois bioéthiques s'inscrit dans cette volonté d'assurer au mieux la concordance entre la législation en cours et l'évolution de la science.

β) La procréation médicalement assistée (AMP)

511. L'AMP envisagée sous l'angle médical. Que ce soit en 1994⁴ à l'occasion de l'adoption des lois bioéthiques ou à l'occasion de leur révision en 2011, le législateur a insisté sur le caractère pathologique du recours à l'AMP. Il a donc inscrit son intervention dans une logique de compromis « entre l'affirmation de règles éthiques visant à garantir le respect de la personne et la nécessité de ne pas faire obstacle aux progrès scientifiques susceptibles de faire reculer la maladie et la souffrance »⁵. L'encadrement est en conséquence tourné vers l'infertilité pathologique d'un couple hétérosexuel -mais pour combien de temps ?- par définition procréateur⁶. Or, la finalité thérapeutique ainsi que l'exigence d'une altérité sexuelle présentent l'inconvénient d'être évolutifs dans une société où le droit doit « s'adapter sans cesse à l'évolution et aux progrès des sciences et

¹ § 114.

² Sur ce point, cf. X. BIOY, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'assistance médicale à la procréation. Jusqu'où ne pas aller trop loin ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire NEIRINCK*, Paris, LexisNexis, 2015, pp. 429-442, spec. pp. 437-442.

³ § 115.

⁴ L. n° 1994-653 et 1994-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal (*J.O.*, 30 juillet 1994), modifiés par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 puis par la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011. Cf. *Lois bioéthiques : réexamen, enjeux et débats*, La Documentation française, 2009 ; *La révision des lois bioéthiques, Étude du Conseil d'État*, la Documentation française, 2009 ; J. LEONETTI, *Rapport de la mission d'information et de révision des lois bioéthiques*, Rapport Ass. nat. n° 2235, 2010.

⁵ H. GAUMONT-PRAT, « Les enjeux éthiques et juridiques de l'évolution de l'assistance médicale à la procréation », in *Mots de science*, Mélanges en l'honneur de Nicole M. LE DOUARIN, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 41.

⁶ *Ibid.*, p. 41.

techniques biomédicales »¹, particulièrement à l'entrée en vigueur du mariage entre personnes de même sexe et compte tenu du dynamisme interprétatif de la Cour européenne.

512. Le projet parental protégé par le CEDH au titre de la vie privée et familiale. Sur cette question, la Cour européenne privilégie davantage une approche civiliste que médicale des techniques médicales de procréation². La Cour européenne reconnaît que le droit pour un couple de concevoir un enfant par le recours à l'AMP³ relève du champ d'application de l'article 8 de la Convention⁴. Les restrictions d'accès aux techniques médicales favorisant la procréation peuvent, dans certains cas, conduire à une violation de l'article 8. Usant de son dynamisme interprétatif, la Cour européenne a pu reconnaître, à l'occasion de l'arrêt *Dickson c/ Royaume-Uni*, la possibilité pour l'épouse d'un détenu de se faire inséminer artificiellement, consacrant ainsi le droit au respect de la décision de devenir parent⁵. La même année, elle reconnaît également le droit au respect de la décision de ne pas devenir parent⁶, avant de reconnaître, à l'occasion d'une affaire mettant en cause l'Autriche, un véritable droit au profit du couple en tant que destinataire de droits, la possibilité de concevoir un enfant par le recours à la PMA⁷.

513. L'approche en termes de droits fondamentaux⁸ par la CEDH. Élargissant encore plus le champ de cet article en usant de son dynamisme interprétatif, la Cour européenne ira même jusqu'à considérer que l'accès à l'enfant ouvrirait le droit au couple de recourir aux procréations médicalement assistées, mais que pour procréer un enfant sain, ceux-ci devraient pouvoir bénéficier du diagnostic pré-implantatoire⁹. L'interdiction faite par l'État italien aux requérants de bénéficier d'une AMP et d'un diagnostic pré-implantatoire constitue dès lors une ingérence injustifiée dans le droit au respect de la vie

¹ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille*, Paris, Sirey, 17^{ème} éd., 2011, p. 753.

² En ce sens: X. BIOY, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'assistance médicale à la procréation. Jusqu'où ne pas aller trop loin ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire Neirinck*, Paris, LexisNexis, 2015, pp. 429-442.

³ X. BIOY, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'assistance médicale à la procréation. Jusqu'où ne pas aller trop loin ? », *art. précit.*, spec. p. 433.

⁴ CEDH, 1^{er} avr. 2010, 1^{ère} sect., n° 57813/00 *S. H. et a. c/ Autriche*, *RTD civ.*, 2010, obs. J.-P. MARGUENAUD, même revue J. HAUSER, p. 774.

⁵ CEDH, 4 déc. 2007, *Dickson c/ Royaume-Uni*, n° 44362/04, *D.*, 2008, obs. J.-C. GALLOUX, H. GAUMONT-PRAT, *RTD civ.*, 2008, obs. J. HAUSER, p. 272.

⁶ CEDH, 10 avr. 2007, *Evans c/ Royaume-Uni*, n° 6339/05, *D.*, 2007, obs. C. DELAPORTE-CARRE, même revue, 2008, obs. J.-C. GALLOUX, H. GAUMONT-PRAT ; *RTD civ.*, 2007, obs. J.-P. MARGUENAUD, p. 295 ; même revue, obs. J. HAUSER, p. 545.

⁷ CEDH, 1^{ère} sect., 1^{er} avr. 2010, *S. H. et autres c/ Autriche*, *RTD civ.*, 2010, J.-P. MARGUENAUD, p. 292 ; même revue, J. HAUSER, p. 774 .

⁸ P. MURAT, « Enjeu de structures sociales ou logique de droits fondamentaux ? », *Arch. philo. dr.*, 2014, t. 57, pp. 285-300.

⁹ CEDH, 28 août 2012, *Costa et Pavan c/ Italie*, n° 54270/10, *AJ fam.*, 2012, note A. DIONISI-PEYRUSSE, p. 552.

privée tel que protégé à l'article 8 de la Convention¹. Bien qu'elle soit prévue par la loi et qu'elle poursuive un but légitime, se posait néanmoins la question de sa nécessité au sein d'une société démocratique, particulièrement au regard de la question de sa proportionnalité à la lumière de ce que permet la législation italienne en matière d'interruption médicale de grossesse. Les règles italiennes, parce qu'elles autorisent le diagnostic pré-implantatoire tout en autorisant l'avortement du fœtus atteint d'une maladie incurable révèlent une incohérence aux yeux de la Cour². L'arrêt *Knecht c/ Roumanie*³ a confirmé la conception qu'a la Cour du droit de constituer une famille, complément indispensable du droit de mener une vie familiale normale, support du droit de nouer des relations personnelles et élément indissociable de l'autonomie personnelle telle qu'appréhendée par les juges strasbourgeois.

514. Vers la remise en cause de la logique médicale de l'AMP⁴. Il est fort probable que la loi autorisant le mariage entre personnes de même sexe contribue à « l'effondrement »⁵ de l'économie générale des lois bioéthiques. Une proposition de loi⁶ déposée concomitamment le 7 mai 2014 à l'Assemblée nationale et au Sénat, dont l'objet est l'accès égalitaire pour toutes aux techniques d'assistance médicale à la procréation, y œuvre déjà. Les parlementaires à l'origine de la proposition arguent de ce qu'un couple hétérosexuel ayant recours à de telles techniques de procréation médicalement assistée y a recours en raison de son incapacité à avoir des enfants. À partir de la finalité qu'est l'accès à l'enfant, le raccourci est opéré au profit des couples de lesbiennes qui n'auraient pas à établir la pathologie d'origine médicale. Si la proposition de loi aboutit, le sens profond de l'AMP serait bouleversé. La finalité curative originelle céderait devant la possibilité d'obtenir un enfant sur simple volonté⁷. L'exposé des motifs de la proposition de loi affirme qu'« il ne s'agit pas ici de questions éthiques ou morales comme celles que peut soulever la gestation pour autrui, il s'agit uniquement de réaffirmer le principe d'égalité entre tous les couples et de protéger les intérêts de l'enfant ». Or, la portée de cette égalité est douteuse si l'on songe qu'un couple de femmes aurait désormais la possibilité d'accéder à l'enfant, tandis que les couples d'hommes ne pourront pas recourir à la

¹ Dans le même sens : CEDH, 24 juin 2014, *A.K c/ Lettonie*, n° 33011/08.

² V. néanmoins M. DOUCHY-OUUDOT, « Le recours à la procréation médicalement assistée et le sort des embryons humains, une partition à quatre mains », *La lettre d'Italie*, 2015, n° 6, pp. 14-17. Pour l'auteur, si l'interdit du don d'embryons aux fins de recherches est justifié au plan moral, le critère tiré de l'incohérence de la législation italienne qui autorise l'importation de cellules souches au profit de la recherche scientifique en Italie, n'est pour autant pas contradictoire si l'on admet, au plan scientifique, que le potentiel de viabilité demeure tributaire de l'implantation.

³ CEDH, 2 oct. 2012, n° 10048/10.

⁴ Rapp. d'une éventuelle levée de l'interdit de la GPA, V. *infra*, n° 518.

⁵ Pour reprendre l'expression de Monsieur le professeur MURAT, « Pour une vraie réflexion prospective en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Raymond LE GUIDE*, Paris, LexisNexis, 2014, p. 780.

⁶ Prop. loi Ass. nat., n° 1979 et Sénat n° 517 relative à l'accès égalitaire pour toutes aux techniques d'assistance médicale à la procréation.

⁷ C. NEIRINCK, « Question civile ou enjeu médical ? », *Arch. philo. dr.*, 2014, t. 57, pp. 301-314.

gestation pour autrui¹. Avec cette loi surtout, l'AMP ne pourrait plus être uniquement réservée aux seules femmes homosexuelles mariées, mais permettrait à toutes les femmes, seules ou non, de devenir mères dès qu'elles le souhaiteraient². Or, une telle libéralisation n'est pas sans soulever de nombreuses problématiques, dont la question du don. Convient-il de rappeler à cet égard que le législateur a déjà balisé le chemin en vue de permettre à toute personne n'ayant pas encore procréé de faire don de ses gamètes en toute gratuité, en contrepartie de quoi elle bénéficie d'une conservation de ceux-ci en vue d'une ultérieure fécondation. Autant de mesures ne peuvent être dues à une simple coïncidence des textes, mais témoigne bien d'un processus d'ensemble.

Ω) La gestation pour autrui

515. L'admission minoritaire³ de la pratique des mères porteuses⁴. Lorsque la maternité de substitution est pratiquée dans un pays qui l'autorise ou la réglemente, l'acte de l'état civil de l'enfant ainsi né peut indiquer le nom des époux comme père et mère. Tel est notamment le cas, sur le continent européen, des législations grecque⁵ et britannique⁶. Dès 1985, tout contrat conclu à titre privé et moyennant finance est interdit. Le Royaume-Uni encadre très rigoureusement ce procédé ouvert aux seules personnes mariées. La particularité anglaise prévoit néanmoins la possibilité pour la mère porteuse -aussi mère légale⁷- de garder l'enfant initialement conçu avec les gamètes du couple d'intention. La

¹ V. ÉGEA, « Vers une ouverture de la PMA aux couples de femmes ? », *Rev. dr. fam.*, juil. 2014, alerte 32.

² Cf. la proposition de loi n° 517 relative à l'accès égalitaire pour tous aux techniques d'assistance à la procréation, enregistrée à la présidence du Sénat le 7 mai 2014, et à l'Assemblée nationale le 28 mai 2014, n° 1979, renvoyée à la commission des affaires sociales.

³ Que ce soit en France (art. 16-7), en Allemagne (art. 1, alinéa 7 Embryonenschutzgesetz), en Espagne (art. 10, loi n° 35/1998) en Suède (interdiction indirecte dans la mesure où il est prévu que l'ovocyte doit appartenir à la femme et que le sperme doit être celui du mari ou du compagnon vivant sous le même toit : art. 2, alinéa 3 de la loi n° 711/1988), en Suisse (art. 31, loi du 18 déc. 1998) ou en Italie (art. 12, alinéa 6), la gestation pour autrui est prohibée. Les lois anglaise et grecque demeurent des exceptions européennes. Cf. F. GRANET-LAMBRECHTS, « Maternités de substitution, filiation et état civil. Panorama de droit européen », *Rev. dr. fam.*, 2007, étude 34.

⁴ Concernant la mise en œuvre de cette pratique, cf. C. ATIAS, « Le contrat de substitution de mère porteuse », *D.*, 1986, p. 67; J. RUBELLIN-DEVICHI, « La gestation pour le compte d'autrui », *RTD civ.*, 1985, p. 147. Sur les problématiques soulevées par la gestation pour autrui, V. notamment : M. FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui, Fictions et réalité*, Paris, Fayard, 2013 ; A. MIRKOVIC, *PMA, GPA, La controverse juridique*, Paris, éd. Téqui, 2014.

⁵ L. n° 3089 du 19 déc. 2002 qui a ajouté dans le Code civil les articles 1455 à 1460 et modifié les articles 1461 à 1484 concernant la parenté. Cette loi a été complétée par L. n° 3305-2005 du 27 janv. 2005 sur la mise en œuvre des méthodes de reproduction médicalement assistée, entrée en vigueur le 27 février 2005.

⁶ L. du 16 juil. 1985 relative à la maternité de substitution (*Surrogacy Arrangements Act*, 1985) et la loi du 1^{er} nov. 1990 relative à la fécondation et à l'embryologie humaine (*Human Fertilisation and Embryology Act*, 1990).

⁷ En droit anglais, il est tenu compte de la réalité de l'engendrement, c'est pourquoi la mère légale est celle qui accouche. Un *parental order* (décision judiciaire) permettra au couple commanditaire le rattachement de l'enfant à leur profit afin d'être les parents juridiques. Néanmoins, l'acte de naissance de l'enfant indiquera toujours le nom de la mère porteuse l'ayant mis au monde. Le droit anglais dissocie donc l'accouchement de la mère et l'établissement de la filiation à son égard, des effets parentaux qui sont totalement transférés au couple

législation grecque admet la pratique des mères porteuses par un couple non marié¹. Elle suppose néanmoins une autorisation judiciaire qui permet de vérifier l'absence de contrepartie financière et le consentement des parents d'intention. Une limite d'âge -portée à cinquante ans- est requise tant pour la mère porteuse que pour la mère d'intention. Que ce soit pour l'une ou l'autre des législations, la condition de résidence d'au moins un membre du couple est exigée afin d'éviter le tourisme procréatif. Malgré ces nombreuses garanties, la majorité des États européens ne semblent pour l'heure, pas l'admettre².

516. Le choix de la retenue (défaveur ?) du droit de l'Union. Saisie par voie de question préjudicielle par deux juridictions -britannique et irlandaise-, la Cour de justice de l'Union européenne³ s'est prononcée sur la question de savoir si le refus d'accorder un congé payé équivalent à un congé de maternité ou d'adoption lorsqu'il a été fait recours à une mère porteuse était conforme à la directive 92/85/CEE du Conseil du 19 octobre 1992⁴, ainsi qu'à la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006⁵. À cette question, la Cour a considéré qu'il ne lui appartenait pas de se substituer au législateur de l'Union européenne en s'engageant dans une interprétation constructive des directives en cause⁶. Les États membres ne sont donc pas tenus d'accorder un tel congé à la mère d'intention. Dans sa résolution du 17 décembre 2015⁷, le Parlement européen a condamné cette pratique comme allant « à l'encontre de la dignité humaine de la femme, dont le corps et les fonctions reproductives sont utilisés comme des marchandises (...) ». Exploitant « les fonctions reproductives et le corps des femmes, notamment des femmes vulnérables dans les pays en développement, (...) à des fins financières ou pour d'autres gains », elle doit être non seulement interdite et « examinée en priorité dans le cadre des instruments de défense des droits de l'homme »⁸.

d'intention. En ce sens, cf. L. MONTILLET DE SAINT-PERN, *La notion de filiation en droit comparé*, Thèse, Paris II, 2013.

¹ En vertu de l'article 1456 § 1, b, le concubin doit exprimer par acte notarié son consentement à l'assistance médicale à la procréation réalisée grâce à une mère porteuse, ce qui vaut reconnaissance volontaire de paternité.

² Cf. toutefois le rapport d'information du Sénat n° 421, favorable à une ouverture (strictement encadrée) de la maternité pour autrui, disponible sur le site internet du Sénat, V. le rapport d'information de Mme Michèle ANDRE, MM. Alain MILON, H. DE RICHEMONT fait au nom de la commission des lois et de la commission des affaires sociales, *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, n° 421, 2007-2008.

³ CJUE, gde ch., 18 mars 2014, aff. C-363/12, Z., et aff. C-167/12, C. D.

⁴ Cette directive concerne la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail.

⁵ Directive relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

⁶ F.-X. BRECHOT, « La CJUE face à la gestation pour autrui : le choix de la retenue », *Rev. dr. fam.*, 2014, n° 7, comm. 112.

⁷ Résolution portant sur le rapport annuel de 2014 sur les droits de l'homme et la démocratie dans le monde et sur la politique de l'Union européenne en la matière (2015/2229(INI)).

⁸ §115.

517. Le refus initial des juges français. Bien que le phénomène ait commencé à se développer à partir des années 1980¹ et que la Haute juridiction ait dans un arrêt célèbre² condamné une telle pratique comme portant atteinte à l'ordre public³, à l'indisponibilité du corps humain et à l'état des personnes, l'actualité jurisprudentielle témoigne de « l'impuissance des lois face au mouvement continu de la vie »⁴. La condamnation de principe par la Haute juridiction⁵ n'a pas permis de freiner cette pratique, rendue possible par d'autres États européens et outre Atlantique. La Haute juridiction française est donc régulièrement invitée à réitérer l'interdit⁶. Malgré quelques divergences des juridictions du fond tendant à se soumettre au principe du « fait accompli »⁷, elle demeure interdite et l'entrée en vigueur du mariage entre personnes de même sexe n'a pas permis son ouverture.

518. Vers la levée de l'interdit⁸. Le droit français refuse juridiquement toute division du concept de maternité. Pourtant, l'admission du « mariage pour tous » et

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 13 déc. 1989 : illicéité de l'association *Alma mater*, *D.*, 1990, p. 273, J. MASSIP; *JCP, G*, II, 1990, 21526, note A. SERIAUX; *RTD civ.*, 1990, p. 254, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.

² Cass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105; *D.*, 1991, D. THOUVENIN, p. 417; *JCP, G*, II, 1991, 21752, F. TERRE; *Defrénois*, 1991, obs. J.-L. AUBERT, p. 1267; *RTD civ.*, 1991, obs. D. HUET-WEILLER, p. 517; *LPA*, 23 oct. 1991, n° 127, note M. GOBERT, p. 4; même auteur, « Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps et de l'état des personnes », *RTD civ.*, 1992, p. 489 ; même auteur, « La maternité de substitution : réflexions à propos d'une décision rassurante », *LPA*, 23 oct. 1991, n° 127.

³ Art. 16-9 du C. civ.

⁴ J.-R. BINET, « L'impuissance des lois face au mouvement continu de la vie », *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 1, repère 1.

⁵ D'autres instances ont refusé la légalisation de la gestation pour autrui. Plusieurs rapports et avis ont été émis à la veille de l'ouverture des débats au Parlement à l'occasion de la loi du 7 juillet 2011 : *États généraux de la bioéthique* (Rapp. final, 1^{er} juill. 2009), mission parlementaire (Rapp. Ass. nat. n° 2235, Révision des lois de bioéthique. Favoriser le progrès médical, respecter la dignité humaine, janv. 2010, pp. 121-173), Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (Rapp. Ass. nat. n° 1325, Sénat n° 107, sur l'évaluation de l'application de la loi du 6 août 2004, 20 nov. 2008), Académie nationale de médecine (Rapp. 10 mars 2009), Conseil d'État (La révision des lois de bioéthique, 9 avr. 2009), Agence de la biomédecine (Avis du conseil d'orientation, Délib. ABM n° 2009-CO-38, 18 sept. 2009), Ordre des médecins (Position du Conseil national de l'Ordre des médecins sur la gestation pour autrui, 4 févr. 2010), Collège national des sages-femmes (Gestation pour autrui, une fausse bonne idée pour faire progresser le droit des femmes, communiqué, 8 mars 2010) et enfin, le Comité consultatif national d'éthique (CCNE, avis n° 110 sur les problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA)).

⁶ Cette position vaut pour l'établissement du lien de filiation entre l'enfant conçu au mépris de la prohibition légale et la femme commanditaire, qu'il s'agisse d'une adoption (Cass. civ. 1^{ère}, 9 déc. 2003, n° 01-03.927), d'une reconnaissance (CA Rennes, 4 juill. 2002, n° 01/02471; *D.*, 2002, p. 2902, note F. GRANET; *JCP, G*, 2003, I, 101, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI; *Rev. dr. fam.*, 2002, comm. 142, obs. P. MURAT) ou de l'établissement de la filiation par la possession d'état (Cass. civ. 1^{ère}, 6 avr. 2011, n° 09-17.130 ; *Rev. Lamy dr. civ.*, 2011, n° 83, p. 43, note A. MIRKOVIC). La jurisprudence refuse également la transcription d'un acte de naissance établi à l'étranger (Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 2008, n° 07-20.468; *JCP, G*, 2009, II, 10020, note A. MIRKOVIC; *Procédures*, 2009, comm. 52, obs. M. DOUCHY-OUDOT; *Rev. dr. fam.*, 2009, comm. 15, obs. P. MURAT; *D.*, 2009, p. 332, concl. J.-D. SARCELET), car le « le refus de transcription ne prive pas les enfants de leur filiation, reconnue par le droit ukrainien, et ne porte pas atteinte, en conséquence, à l'intérêt des enfants et, notamment, à leur droit de vivre avec leurs parents » (CA Rennes, 8 janv. 2013, n° 12/01538, réitéré par cette même juridiction à l'occasion de deux arrêts en sa 6^{ème} ch. A, le 28 sept. 2015, n° 14/07321, et n° 14/05537).

⁷ G. KESSLER, « La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant », *Rev. dr. fam.*, 2005, étude 16.

⁸ V. en ce sens F. CHENEDE, « État civil des enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger : reconnaissance ? », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2015, juil., n° 128.

l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe pose la question de l'admission de la maternité de substitution pour les couples d'hommes, reportée par le gouvernement à un examen ultérieur¹. Il est alors difficile d'imaginer qu'une probable admission de la « procréation *amicalement* assistée »² au profit des couples de femmes ne serait pas suivie d'une ouverture de la gestation pour autrui³. Une proposition de loi visant à sanctionner pénalement⁴ les parents ayant recours à des contrats de gestation pour autrui a été déposée par Monsieur le député Jean LEONETTI le 14 octobre 2014⁵. Ceci est d'autant plus paradoxal que la proposition de loi pour l'accès égalitaire pour toutes aux techniques d'assistance médicale à la procréation est en examen⁶, ce qui corrobore l'idée d'une approche, outre parcellaire et fragmentée, également contradictoire de la problématique.

Si cette proposition de loi pénalisant les contrats de gestation pour autrui semble avoir peu de chances d'aboutir⁷, c'est aussi en raison des récentes décisions rendues qui consacrent un véritable droit à l'enfant et une grande tolérance à l'égard de cette pratique. Tout commença en réalité avec une circulaire⁸ publiée par la Chancellerie, dont l'objet est de permettre l'aménagement des conditions de reconnaissance de la nationalité française aux enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger. Sa légalité ayant été reconnue⁹, s'ensuivit une série de décisions des juges du fond reconnaissant tant la PMA¹⁰ que la gestation pour

¹ Sur la technique de dissociation législative des questions, V. *supra*, n° 374.

² Pour reprendre l'expression de Monsieur le professeur H. BOSSE-PLATIERE : « Premières réflexions pour une indispensable restructuration du droit de l'adoption », in *Mélanges en l'honneur du professeur Raymond LE GUIDEC*, Paris, LexisNexis, 2014, p. 592.

³ A. DIONISI-PEYRUSSE, « Brèves remarques sur la question de l'ouverture de l'AMP aux couples de même sexe », *AJ. fam.*, 2013, p. 127.

⁴ En ce sens : M. LOBE LOBAS, « La répression pénale de la gestation pour autrui dans l'état de l'intérêt de l'enfant », in *Mélanges en l'honneur de Claire NEIREINCK*, Paris, LexisNexis, 2015, pp. 581-596.

⁵ J. COUARD, *Rev. dr. fam.*, déc. 2014, alerte 59. Un nouvel article 511-14 intégrerait le Code pénal. Au terme de celui-ci, « le fait d'effectuer des démarches auprès d'agences ou d'organismes, français ou étrangers, permettant ou facilitant, contre un paiement, la pratique de la gestation pour le compte d'autrui, est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 € d'amende ». L'alinéa second disposerait que « le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir la naissance d'un enfant par la pratique de la gestation pour le compte d'autrui, sur le sol français ou à l'étranger, contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende ».

⁶ Proposition de loi n° 517 *relative à l'accès égalitaire pour tous aux techniques d'assistance à la procréation*, enregistrée à la présidence du Sénat le 7 mai 2014, et à l'Assemblée nationale le 28 mai 2014, n° 1979, renvoyée à la commission des affaires sociales.

⁷ Une autre proposition de loi (n° 2706) a été enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 8 avril 2015 afin de lutter contre le recours à une mère porteuse que ce soit en France ou à l'étranger.

⁸ Circulaire du 25 janvier 2013 (Min. Justice, circ. n° NOR JUSC1301528C. V. aussi N. MATHEY, « Circulaire TAUBIRA. Entre illusions et contradictions », *JCP, G*, 2013, act. 162, Libres propos.

⁹ CE, 12 déc. 2014, n° 365779; *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 2, alerte 13, J. COUARD; *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 2, comm. 30, C. NEIRINCK, *D.*, 2015, obs. M. DOUCHY-OUDOT, p. 649.

¹⁰ Pour un cas d'admission de l'adoption plénière par la conjointe de la mère biologique d'un enfant issu d'une PMA réalisée à l'étranger, cf. CA Agen, 18 janv. 2016, n° 15/00850; *AJ fam.*, 2016, 102; CA Toulouse, 10 fév. 2015, n° 14/02830, *AJ fam.*, 2015, obs. P. SALVAGE-GEREST, p. 220; CA Limoges, ch. civ., 2 mars 2015, n° RG 14/01060. Pour la Cour, s'il n'y a pas, au nom de son intérêt, d'« obligation ou nécessité de rechercher les conditions de la conception de l'enfant, il est néanmoins du devoir de la juridiction de s'assurer une seule filiation ici maternelle étant établie que le prononcé de l'adoption plénière ne fera pas obstacle aux effets de

autrui¹, pourtant toutes deux réalisées en fraude aux dispositions de la loi française. La Cour de cassation n'est pas en reste de ce mouvement puisqu'elle a émis², à la demande des tribunaux de grande instance d'Avignon et de Poitiers, un avis dans lequel elle considère que le recours d'un couple de femmes à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur anonyme, pratiquée à l'étranger, ne fait pas obstacle à l'adoption de l'enfant qui en est né par l'épouse de la mère³. Cet avis faisait directement suite à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme⁴ pour sa position de refus de reconnaître la situation créée à l'étranger en fraude aux dispositions françaises⁵. Particulièrement attendue était donc la position de la Cour de cassation sur la question. Sans grande surprise⁶, celle-ci ordonne, à l'occasion de deux arrêts rendus le même jour, la

l'autre filiation ici paternelle si celle-ci venait à être établie (...)». La Cour poursuit en estimant qu' : « À supposer non conforme à la réalité la conception prétendue par donneur anonyme, l'établissement tardif d'une filiation paternelle se trouverait privée d'effet du fait du prononcé de l'adoption plénière » ; CA Aix-en-provence, 14 avr. 2015, n° 1413/137, *AJ fam.*, 2015, obs. F. BERDEAUX-GACOGNE, enfin CA Versailles, 16 avr. 2015, n° 14/04253, 14/07327, 14/04245, 14/04244, 14/04243, 14/05356, 14/05360.

¹ Pour la transcription de l'acte de naissance de l'enfant né d'une GPA à l'étranger : TGI Nantes, 1^{ère} ch., 13 mai 2015, n° 14/07497, *Rev. Lamy dr. civ.*, 2015, n° 128. Le tribunal considère que « dans l'intérêt des enfants qui ne sauraient se voir opposer les conditions de leur naissance, le fait de naître à la suite d'une convention de gestation pour autrui prohibée au sens de l'article 16-7 du Code civil ne peut faire obstacle à la reconnaissance en France du lien de filiation qui en résulte. Les demandes de transcription de leurs actes de naissance doivent donc être accueillies », tandis que quelques mois auparavant, la Cour de cassation estimait qu' « en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public selon les termes des articles 16-7, 16-9 du Code civil ». Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 13 sept. 2013, n° 12-18.315 et n° 12-30.138, *Bull. civ.*, I, n° 176; *D.*, 2014, obs. M. DOUCHY- OUDOT, p. 689; même revue, p. 2382, obs. I. GALLMEISTER ; *AJ fam.*, 2013, obs. F. CHÉNÉDÉ, p. 579; *RTD civ.*, 2013, obs. J. HAUSER, p. 816. Dans le même sens auparavant : Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2014, n° 13-50.005, *Bull. civ.*, I, n° 45 ; déjà, V. Cass. civ. 1^{ère}, 6 avr. 2011, n° 10-19.053, 09-66.486 et 09-17.130.

² Cass., avis, 22 sept. 2014, n° 1470006; C. NEIRINCK, *Rev. dr. fam.*, 2014, n° 11, comm. 160 ; *AJ fam.*, 2014, obs. F. CHENEDE, p. 555; même revue, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE, p. 523; *RTD civ.*, 2014, obs. J. HAUSER, p. 872.

³ C. NEIRINCK, *Rev. dr. fam.*, nov., 2014, comm. 160.

⁴ CEDH, 5^{ème} sect., 26 juin 2014, n° 65192/11 et 65941/11, *Mennesson et Labassée c/ France* ; C. NEIRINCK, *Rev. dr. fam.*, 2014, n° 9, comm. 128 ; *D.*, 2014, chron. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, p. 1773; *D.*, 2014, note F. CHENEDE, p. 1797; *D.*, 2014, note L. D'AVOUT, p. 1806, *D.*, 2014, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENNOIRE, p. 1787; *AJDA*, 2014, chron. L. BURGORGUE-LARSEN, p. 1763; *RTD civ.*, 2014, obs. J. HAUSER, p. 616. La CEDH condamne en réalité la France de manière « mesurée », puisqu'elle considère que la GPA ne fait pas l'objet de consensus en Europe et continue de soulever des questions d'ordre éthique. Pour cette raison, le droit au respect de la vie familiale des parents d'intention n'a pas été méconnu par les juridictions nationales. En revanche, la CEDH conclut à la violation de l'article 8 sous l'angle du droit des enfants au respect de leur vie privée.

⁵ V. en ce sens : TGI Versailles, 29 avr. 2014, 3 espèces, n° 13/00013; n° 13/00113; n° 13/00168. Les trois décisions ont fermement refusé de reconnaître les effets d'une PMA réalisée à l'étranger, en fraude à la loi française, laquelle la permet uniquement entre un homme et une femme atteint d'une infertilité pathologique. Cf. P. REIGNE, *Rev. dr. fam.*, juil. 2014, comm. 113.

⁶ F. CHENEDE, « L'établissement de la filiation des enfants nés de GPA à l'étranger. Liberté et responsabilité de l'assemblée plénière de la Cour de cassation », *D.*, 2015, pp. 1172-1177 ; I. CORPART, « La gestation pour autrui de l'ombre à la lumière- Entre droit français et réalités étrangères », *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 11, étude 14 ; M.-C. LE BOURISCOT, « Saga judiciaire de la gestation pour le compte d'autrui : retour à la transcription... », *RJPF*, 2016, n° 2.

transcription de l'état civil des enfants ainsi commandités¹. Pour la Cour de cassation, dès lors qu'il est biologique, le lien de filiation qui lie l'enfant à son parent doit pouvoir être transcrit à l'état civil français.

519. L'influence certaine de la jurisprudence européenne. Dans ce mouvement, il convient de mettre en parallèle l'arrêt de condamnation de la France avec celui -intervenu quelques mois plus tard- qui condamne l'État italien. Est retenue dans cet arrêt l'atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale, qui résultait selon les requérants « de l'éloignement de l'enfant, ajouté au refus de transcrire son certificat de naissance dans les registres de l'état civil italien, empêchant ainsi la reconnaissance de la filiation établie à l'étranger »² du fait du recours à une gestation pour autrui. Sous l'angle combiné de la notion de l'intérêt de l'enfant et du droit au respect de la vie privée et familiale, la Cour européenne considère les mesures d'éloignement de l'enfant de ses parents d'intention constitutive d'une ingérence extrême injustifiée, en l'absence de danger établi. Pour les juges strasbourgeois, même né d'une gestation pour autrui -que le droit italien n'admet pas-, l'intérêt de l'enfant à ne pas être éloigné de ses parents doit être mis en balance avec les intérêts en présence, fussent-ils liés à des considérations d'ordre public telles qu'invoquées par l'État italien. Afin de préserver cet équilibre, la Cour n'oblige pas la remise de l'enfant au couple commanditaire, compte tenu du fait qu'il ait développé des liens avec sa nouvelle famille adoptive. En reconnaissant que l'Italie n'a pas pris une décision déraisonnable en refusant la transcription sur ses registres d'état civil du certificat délivré par les autorités russes, l'arrêt rappelle en revanche manière indirecte le primat de la vérité biologique, à mettre en parallèle avec l'affaire française où la Cour européenne avait concentré sa motivation sur la paternité biologique incontestable des pères dans les deux affaires. Bien que la Cour ait admis l'existence d'une marge d'appréciation des États dans l'admission de la gestation pour autrui, et qu'elle ait admis l'absence d'ingérence dans la vie privée et familiale des requérants du fait du refus de transcrire en France les actes de naissance étrangers³, la Cour n'hésite pas à prendre parti en faveur d'une validation indirecte de cette pratique par la reconnaissance en France du lien qui rattache les enfants à leur père. C'est donc ce lien biologique incontesté qui faisait défaut dans l'affaire italienne, les analyses ADN ayant révélé que l'enfant ne pouvait être rattaché à aucun de ses parents d'intention. C'est pourquoi « le poids qu'il y a lieu d'accorder à

¹ Cass. plén., 3 juil. 2015, n° 14-21.323 et n° 15-50.002; *D.*, 2015, p. 1438, obs. I. GALLMEISTER ; *Rev. Lamy dr. civ.*, 2015, n° 129, M.-C. LE BOURISCOT ; *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 9, repère 8, J.-R. BINET ; *ibid.*, comm. 166, C. NEIRINCK, *JCP, G*, n° 38, 965, A. GOUTTENOIRE. En l'espèce, l'acte à transcrire était régulier puisqu'il portait indication du père biologique et de la mère porteuse. Désormais, le père biologique ayant reconnu l'enfant issu d'une GPA peut être désigné comme tel sur son acte de naissance, indépendamment de la convention de GPA qu'il a pu passer avec la mère.

² CEDH, 2^{ème} sect., 27 janv. 2015, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*; J.-B. WALTER, *Rev. dr. fam.*, mai 2011, étude 11 ; *D.*, 2015, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, p. 702, même revue, p. 755, obs. J.-C. GALLOUX ; *AJ fam.*, 2015, p. 165, obs. E. VIGANOTTI, même revue, p. 77, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE.

³ CEDH, 5^{ème} sect., 26 juin 2014, n° 65192/11, *Menesson c/ France, précit.*, n° 62 et *Labassée c/ France*, n° 54.

l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts en présence »¹ est, entre autres considérations, déterminé par les liens biologiques qui peuvent le lier à ses parents. Le fondement de la décision, tiré du respect de la vie privée et familiale, sera susceptible de variation² selon que le lien biologique est, ou non, indiscutablement établi à l'égard des parents. Contestable, l'intérêt de l'enfant tel qu'appréhendé par la Cour témoigne bien de sa plasticité, son contenu variant au gré des intérêts des adultes mais surtout, d'une appréhension essentiellement biologisante de la filiation³. Au demeurant, l'approche européenne des procréations artificielles ne contribue-t-elle pas à saper, au nom des droits de l'homme, « toute idée d'ordonnement légal de la transmission de la vie »⁴, en aboutissant à des droits de l'homme, sans l'homme ?⁵

520. Quel avenir pour la procréation artificielle ? La tolérance actuelle envers les effets de la procréation médicalement assistée effectuée en fraude à la loi française à l'étranger entraînera nécessairement dans son sillage l'ouverture de la gestation pour autrui au profit des couples d'hommes. Les textes actuels posant l'interdit du recours à l'AMP entre personnes de même sexe et la gestation pour autrui sont totalement vidés de leur sens. Par l'évolution de son droit interne⁶ -et l'évolution de la Cour européenne qui n'hésitera pas, si un consensus se formait, à l'imposer- le droit français se dirige à n'en pas douter vers une légalisation de la gestation pour autrui, puisqu'il permet aujourd'hui à deux personnes de même sexe de bénéficier d'un *forum shopping* là où la loi française ne leur permet pas⁷. À cet égard, la circulaire TAUBIRA a sans conteste contribué à encourager le tourisme procréatif. C'est pourquoi dans l'attente d'une réécriture des textes, l'AMP se mue aujourd'hui en technique d'accès à la parentalité⁸ qui ouvre de nouvelles perspectives⁹.

¹ 1^{ère} esp., n° 101 et 2^{ème} esp., n° 80.

² Ce qui a pu être qualifié comme révélateur d'une logique absolutiste de la Cour dans la mise en oeuvre du droit au respect de la vie privée et familiale. Cf. B. WALTER, *Rev. dr. fam.*, 2011, n° 5, étude 11.

³ Cf. *supra*, n° 426.

⁴ C. LABRUSSE-RIOU, « Propos conclusifs. Les procréations médicalement assistées, lieu de confrontation du réel et de l'imaginaire », *Arch. philo. dr.*, 2014, t. 57, p. 486.

⁵ G. BERNARD, « Des droits de l'homme...sans l'homme ? » in *Le Mariage & La Loi. Protéger l'Enfant*, Institut Famille & République, 2016, pp. 101-109.

⁶ V. en ce sens : TGI Nantes, 13 mai 2015, n° 14/07497: dans cette espèce, le TGI de Nantes ordonne la transcription sur les registres de l'état civil français des actes de naissance de deux soeurs jumelles nées en Ukraine d'un processus de gestation pour autrui. *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 7-8, comm. 145, C. NEIRINCK.

⁷ J.-J. LEMOULAND, « Le tourisme procréatif », *LPA*, 2002, n° 62, p. 24 ; J.-R. BINET, « Circulaire TAUBIRA - Ne pas se plaindre des conséquences dont on hérite les causes », *JCP, G*, 2013, n° 7, 161.

⁸ H. GAUMONT-PRAT, « Les enjeux éthiques et juridiques de l'évolution de l'assistance médicale à la procréation », in *Mots de science, op. cit.*, pp. 37-53.

⁹ V. *infra*, concernant la place de l'adoption dans ce contexte, n° 534.

2- En droit maghrébin

521. L'importance de la légitimation religieuse. L'Islam est une religion ouverte sur les techniques médicales favorisant la procréation. Si elles ne sont pas contraires à la *charia*, elles doivent cependant être effectuées dans le respect du corps et de la dignité humaine. Tout ce qui est techniquement réalisable n'est donc pas forcément permis. L'insémination artificielle, au vu des enjeux qu'elle engage, a dès le départ suscité des interrogations d'ordre éthique et religieux. Si en France la première loi bioéthique¹ voit le jour en 1994, les techniques de procréation médicalement assistées² n'ont connu qu'un essor tardif dans les pays du Maghreb³. Compte tenu de la place centrale de la parenté et plus globalement de la famille dans les sociétés islamiques, une légitimation de ces techniques a en premier lieu été recherchée auprès des autorités religieuses. Outre le Coran et la *sunna* qui constituent les fondements principaux de la législation familiale, des *fatwas* ont été émises par plusieurs instances théologiques⁴. La première Conférence internationale de médecine islamique s'est tenue en 1981 au Koweït et a conduit à la rédaction d'un Code islamique d'éthique médicale ainsi qu'à la création de l'Organisation internationale de médecine islamique. Deux comités éthiques permanents sont, depuis, installés en Arabie saoudite. Créée en 1983 par la ligue islamique mondiale, l'Académie internationale de jurisprudence islamique siège à Jeddah alors que l'Académie de jurisprudence –dépendante de la ligue islamique mondiale– siège à la Mecque. Un Comité permanent de recherches islamiques –installé en Arabie saoudite– a pour mission de se prononcer annuellement en matière médicale, afin d'établir une ligne directrice suivie par l'ensemble du monde musulman. En 1985 s'est tenu le premier Congrès de sciences islamiques à l'issue duquel le Conseil de l'Académie de droit de la Ligue islamique mondiale⁵ a décidé que « le besoin d'enfant chez une femme mariée qui ne peut procréer est considéré comme une visée légitime »⁶. L'utilisation du terme « besoin » est centrale

¹ Cf. sur l'opportunité d'une réglementation : J. RUBELLIN-DEVICHI, « Réflexions sur une proposition de loi tendant à faire de l'insémination artificielle un moyen de procréation », in *Mélanges dédiés à Jean VINCENT*, Paris, Dalloz, 1981, p. 371 ; G. RAYMOND, « L'assistance médicale à la procréation (Après la promulgation des « lois bioéthiques »), *JCP, G, I*, 1994, 3796 ; C. BYK, « La loi relative au respect du corps humain », *JCP, G, I*, 1994, 3788 ; M. GOBERT, « Apocalypse ? Non, procréations médicalement assistées et droit de la famille », *Gaz. Pal.*, 1994, p. 489 ; H. CARVAIS-ROSENBLATT, « De la procréation médicalement assistée à l'assistance médicale à la procréation : les dispositions de la loi du 29 juillet 1994 », *Gaz. Pal.*, 1994, p. 1182 ; J. MASSIP, « L'insertion dans le Code civil de dispositions relatives au corps humain à l'identification génétique et la procréation médicalement assistée », *Gaz. Pal.*, 6 avril 1995, p. 433.

² G. RAYMOND, « La procréation artificielle et le droit français », *JCP, G, I*, 1983, 3114.

³ B. GAILLY, *L'influence des religions sur le droit laïc, l'exemple du statut juridique de l'embryon*, Paris, l'Harmattan, 2013.

⁴ S. HOUOT, « La *fatwa*, un cadre pour la bioéthique contemporaine », in *Islam et Révolutions médicales. Le labyrinthe du corps*, A.-M. Moulin (dir. de), éd. IRD Karthala, 2013, pp. 123-144.

⁵ Il s'agit d'une instance rattachée à la Ligue islamique mondiale, fondée en 1962 à la Mecque (Arabie Saoudite) par le prince FAYSAL ainsi que les représentants de vingt-deux pays afin de s'opposer au panarabisme du président égyptien NASSER, et promouvoir le leadership islamique.

⁶ Cité par S. HOUOT, « Des usages éthiques du droit islamique : une réponse aux enjeux posés par la reproduction médicalement assistée », *Rev. Droit et Culture*, 2010, n° 59, pp. 331-355.

car elle s'oppose au simple désir *raghba* en évoquant l'idée de nécessité. Est ainsi reconnu un besoin d'enfant au profit du couple infertile, pouvant être dépassé grâce aux nouvelles techniques de procréation artificielle. La prestigieuse Université islamique d'AL AZHAR¹ - représentante du courant *sunnite* dans le monde musulman- s'est également prononcée en faveur² de toute technique médicale favorisant la procréation intraconjugale, qu'il s'agisse de l'insémination³, de la FIV⁴, ou de l'ICSI⁵. D'autres structures, telles l'Organisation islamique pour l'éducation, les sciences et la Culture (ISESCO) à Rabat ou l'*Islamic organization for medical sciences* (IOMS) ont permis l'émergence d'une doctrine éthique de l'embryon au-delà de la péninsule arabique. L'interdiction expresse du don de gamète hétérologue et l'utilisation de l'embryon comme moyen de recherche constituent les deux axes de l'éthique bioéthique islamique. Lorsqu'elle est directement bénéfique à la mère ou à l'embryon, la recherche est exceptionnellement tolérée sur les embryons surnuméraires dont le diagnostic vital est engagé (cas de malformations mettant en cause les chances de survie).

522. Le don de gamètes interdit. La procréation *in vitro* avec donneur⁶, à l'instar de la mère porteuse, interroge sous une forme renouvelée l'interdit de l'adoption en Islam. Le sperme⁷ conçu comme principe vital de descendance dont le rôle est incontournable durant

¹ Centre de réflexion et de formation qui jouit d'une autorité morale et d'un rayonnement religieux très important, dont l'enseignement est fondé sur les textes classiques de l'Islam sunnite.

² L'Université d'al-Azhar a rendu une *fatwa* (avis juridique) devenue consensuelle, qui autorise de telles interventions.

³ L'insémination artificielle intra-utérine avec le sperme du conjoint (IAC) consiste à injecter des spermatozoïdes sélectionnés pour leur qualité et leur mobilité dans l'utérus de l'épouse le jour de l'ovulation, après que celle-ci ait subi un traitement hormonal de stimulation ovarienne.

⁴ La fécondation *in vitro* (FIV) ou fécondation extra corporelle consiste à mettre en contact *in vitro* le sperme de l'homme avec les ovocytes de l'épouse qui ont été prélevées après qu'elle ait subi un traitement hormonal de stimulation ovarienne. Sont ainsi obtenus des embryons dont un certain nombre est transféré dans l'utérus.

⁵ La technique de l'ICSI (injection intracytoplasmique de spermatozoïde) consiste à injecter à l'aide d'une pipette un spermatozoïde sélectionné pour sa qualité et sa mobilité dans le cytoplasme d'un des ovocytes de l'épouse qui a préalablement subi une stimulation et une ponction ovarienne. La suite du processus est similaire à celle de la FIV.

⁶ L'interdiction du tiers donneur trouve ses origines dans le verset coranique suivant : « Il vous a donné des partenaires tirés de vous-mêmes et similaires. Il a établi parmi vous ces troupeaux des couples ; c'est de cette façon qu'il vous multiplie ». (Coran, sourate 42, verset 11).

⁷ Et le texte coranique ne manque d'évoquer ce principe vital de descendance lorsqu'il est dit dans le verset suivant : « Que l'Homme considère de quoi il a été créé ! Il a été créé d'un liquide éjaculé qui sort d'entre les lombes et les côtes » (sourate 86, verset 5 à 6). D'autres versets expriment également cette idée : « Quand ton Seigneur tirera une descendance des vertèbres des fils d'Adam » (sourate 7, verset 172), ou encore « Vous sont interdites les épouses de vos fils issus de vos vertèbres » (sourate 4, verset 23). C'est pourquoi la référence « aux vertèbres » et à plus forte raison à la colonne vertébrale d'où provient le sperme est en lien étroit avec la conception d'une filiation patrilinéaire, pérenne (référence à l'os) et se transmettant verticalement. À l'inverse, la maternité (référence à la chair) est uniquement liée au fait de porter l'enfant et de lui donner naissance (lien horizontal) : « Leurs mères sont seulement celles qui les ont enfantés » (sourate 58, verset 2). Ainsi que le souligne Madame FORTIER, on perçoit la place centrale faite à la lignée patrilinéaire, qui puise sa source dans la substance même du sperme et se transmet à travers les générations, tandis que la lignée matrilinéaire est réduite à la gestation et l'accouchement. Pour plus de détails, cf. C. FORTIER, « Filiation versus inceste en Islam, parenté de lait, procréations médicalement assistées, adoptions et reconnaissance de paternité. De la nécessaire conjonction du social et du biologique », in *L'argument de filiation. Aux fondements des sociétés européennes et*

les phases de conception et de gestation, permet de considérer l'enfant comme « le produit du sperme de son père », lequel appartient à son groupe de filiation patrilinéaire -à l'inverse de la conception occidentale qui aborde cette question sous l'angle privilégié des liens du sang¹. Toute technique dont l'objet est la rupture des liens biologique et parental introduit les germes du « désordre (*fitna*) » social² et rappelle *nikah al istibdaâ*³ pratiqué avant l'arrivée de l'islam. Bien que l'établissement juridique de filiation ne nécessite pas uniquement un donné biologique mais repose également sur une forte dimension sociale - nécessité du mariage des parents-, le don de sperme n'est pas accepté⁴ pour ce qu'il induit comme détermination purement sociale de la filiation. Une dissociation entre paternité sociale et paternité biologique est purement et simplement refusée et explique que l'enfant naturel ne soit pas reconnu -du fait de l'inexistence du mariage de ses parents- de la même manière que le donneur de sperme ne peut prétendre à la paternité de l'enfant. « Si le social ne suffit pas à créer de la filiation, le biologique ne suffit pas non plus (...) »⁵, mais c'est la conjonction des deux données qui permet une stabilité des filiations.

523. L'interdiction de la gestation pour autrui. La gestation pour autrui est interdite par la *charia*. Le Complexe des Recherches Islamiques a opté pour ce choix en 2001⁶, et l'a réitéré à l'issue de sa séance du 29 mars 2003⁷. De la même manière, le législateur tunisien l'interdit à l'article 15 de la loi de 2001. Celui-ci dispose que « l'embryon conçu dans le cadre de la médecine de la reproduction ne peut être placé, à quelque titre que ce soit, dans l'utérus d'une autre femme ». En effet, les juristes contemporains considèrent qu'il n'est pas possible d'identifier la vraie mère en présence de

méditerranéennes, P. BONTE, E. PORQUERES I GENE, J. WILGAUX (dir. de), Marseille, éd. de la Maison des sciences de l'homme, 2011, p. 225 et s.

¹ Ainsi que le souligne l'auteur, le sang constitue davantage une substance vitale qu'une substance transmettant la filiation. C. FORTIER, « Le lait, le sperme, le dos. Et le sang ? », *Cahiers d'études africaines*, 2001, n° 161, pp. 97-138.

² É. BARRAUD, « La filiation légitime à l'épreuve des mutations sociales au Maghreb », *Droit et cultures*, 2010, n°59, pp. 255-282.

³ V. sur les différents types de mariage pratiqués avant l'arrivée de l'Islam, *supra*, n° 71.

⁴ L'interdiction couvre tout l'Islam sunnite ainsi qu'une majorité de l'Islam chiite. En Iran, le successeur de l'ayatollah KHOMEYNI, le chef Ali Husayn KHAMENEI, a estimé au sujet du don de sperme et à l'occasion d'un avis juridique en 1999, qu'un tel recours ne constituait pas un adultère. La simple mise en contact des gamètes des donneurs relève davantage de « l'effort d'interprétation raisonné » (*ijtihad*). Dans ce cas de figure, il était intéressant de relever que le don de sperme, bien qu'admis, posait des difficultés sur le plan successoral. Si l'enfant né d'un tel don pourrait porter le nom de son parent social, il ne pourrait en hériter car ces deux éléments sont en droit musulman intimement liés et rappellent l'interdit de l'adoption. Cette situation est révélatrice des problèmes posés par la dissociation du lien biologique et du lien social. Cité par C. FORTIER, « Filiation versus inceste en Islam, parenté de lait, procréations médicalement assistées, adoptions et reconnaissance de paternité. De la nécessaire conjonction du social et du biologique », *art. précit.*, p. 233.

⁵ C. FORTIER, « Filiation versus inceste en Islam, parenté de lait, procréations médicalement assistées, adoptions et reconnaissance de paternité. De la nécessaire conjonction du social et du biologique », *art. précit.*, p. 233.

⁶ Décision n° 1, séance tenue le 19 mars 2001.

⁷ L'Académie de la recherche islamique a également émis une résolution dans laquelle elle interdit expressément l'insémination *post-mortem* de la femme avec le sperme de son mari, en raison de la disparition du lien conjugal (*Fatwa* n° 438, du 26 mars 2004).

deux femmes, l'une ayant porté l'enfant, l'autre ayant fourni son ovocyte. L'ingénierie juridique musulmane a été jusqu'à envisager la possibilité, lorsque l'épouse ne pouvait porter l'enfant, le recours à une mère porteuse que l'homme épouserait afin de légitimer une telle pratique. Or, aussi poussé puisse être le désir d'enfant, la question demeure entière de savoir si la mère est celle qui porte l'enfant ou celle qui fournit son ovocyte¹. Au demeurant, cette pratique « va à l'encontre de l'objectif du Grand législateur qui est d'établir l'ordre, d'assurer la stabilité des situations, d'éliminer les conflits ou, au moins, de les limiter dans la mesure du possible »².

524. Une réglementation variable du sort des embryons inutilisés. Le projet de loi préparé par le Ministère de la Santé algérien, destiné à compléter l'article 45 *bis* du Code de la famille en réservant une section entière à l'ensemble des techniques liées à la PMA fixe à trois le nombre maximal³ d'embryons à utiliser. Dans l'hypothèse d'embryons inutilisés, la question de leur destination n'a pas été tranchée. Il est toutefois possible de trouver un début de réponse à l'article 434 du projet de loi, au sujet des dons de gamètes et des transferts d'embryons. Sont « interdits, sous peine de sanction pénale : le don de spermatozoïdes, le don d'ovocytes, même entre co-épouses⁴; le don d'embryons surnuméraires ou non à une mère porteuse ou adoptive, même entre soeurs ou mère et fille; le prêt de cytoplasme est assimilé au don d'ovocytes », tout comme la congélation de gamètes ou d'embryons n'est pas admise. Ces interdictions cantonnent l'usage fait desdits embryons à la seule destruction. La même destinée est réservée aux embryons surnuméraires en Tunisie. À l'issue d'un Congrès de la société tunisienne des sciences médicales tenu les 4 et 5 avril 1997 à Kairouan, le professeur Béchir HAMZA considérait que : « (...) dans la mesure où l'I.V.G. est juridiquement admise et même qu'elle est très largement entrée dans nos moeurs le problème de conscience posé dans d'autres contextes socio-culturels n'a pas de raison d'être soulevé ici. On ne saurait appliquer à l'embryon congelé des règles plus restrictives que celles qui sont appliquées à l'embryon dont

¹ Le Conseil de l'Académie de droit musulman de la Ligue islamique a néanmoins admis un tel don entre co-épouses en 1985. Le raisonnement serait le suivant : dans la mesure où il n'y a pas d'adultère et que la filiation paternelle peut être établit sans confusion, la mère est considérée, conformément au principe coranique, comme celle qui a porté l'enfant et en a accouché, non celle à l'origine du don. Cité par C. FORTIER, « Filiation versus inceste en Islam, parenté de lait, procréations médicalement assistées, adoptions et reconnaissance de paternité. De la nécessaire conjonction du social et du biologique », *art. précit.*, p. 232.

² H. ABDELHAMID, « Le corps de la femme et la biomédecine dans le contexte de la culture juridique égyptienne », *art. précit.*, p. 193.

³ Art. 433 du projet. Au-delà de ce nombre, les raisons doivent être justifiées dans le dossier de la patiente.

⁴ Du fait de l'existence, même minoritairement, d'unions polygamiques dans les pays musulmans (exception faite de la Tunisie), et dans l'hypothèse d'un éventuel recours à la pratique de la mère porteuse, il a été admis qu'après prélèvement d'un ou plusieurs ovules à une femme qui ne peut pas porter d'enfant, ceux-ci peuvent être fécondés *in vitro* avec le sperme de son mari. L'embryon ainsi obtenu est déposé dans la cavité utérine d'une femme tierce au couple qui le restituera neuf mois après. Dans ce cas de figure, il s'agira d'une simple « location ou prêt d'utérus ». Il semblerait que cette alternative a pu être admise si le mari épousait la mère porteuse, et devenait par là-même la deuxième épouse du conjoint qui aura donné son sperme pour la fécondation de l'ovule émanant de la première. Toutefois, une telle hypothèse est écartée par les pays du Maghreb, et le projet de loi algérien, interdit en son article 434 « tout don d'ovocytes même entre co-épouses ».

l'avortement est admis dans le cadre de la planification des naissances »¹. Certaines recommandations rejoignent toutefois les lignes directrices émises à l'occasion des différentes *fatwas*, particulièrement au sujet de la congélation d'embryons, devant être « réservée aux seules fins de réimplantation chez la mère génitrice et gestatrice légitime après un délai fixé par la loi. L'embryon congelé ne devrait guère être conservé en tout état de cause au-delà de la période de fécondité du couple ou de la mort de l'un de ses membres après un certain délai fixé par la loi. Les juristes musulmans condamnent la congélation »². Au Maroc, la congélation est admise avec l'accord écrit des deux conjoints³. Cependant, la conservation des embryons surnuméraires pose la question de leur devenir, lorsqu'ils ne sont pas réutilisés par le couple. Faute de recherches expérimentales autorisées sur l'embryon, leur devenir sera sans nul doute la destruction.

525. Une réglementation à parfaire⁴. En suivant la ligne de conduite émise tant par le Conseil de l'Académie de droit de la ligue islamique mondiale, que la *fatwa* de l'Université d'Al-AZHAR, les législateurs des pays du Maghreb ont librement réglementé l'AMP qui a tantôt fait l'objet d'une circulaire⁵, tantôt de loi relative à l'exercice de la médecine⁶. En Tunisie⁷, -pays présenté comme étant le plus *modernisé* du monde arabe- l'encadrement des nouvelles techniques médicales s'est accompagné d'un encadrement religieux en amont de l'élaboration de la loi. La dimension religieuse joue alors un rôle consultatif⁸ légitimant certain et constitue une référence incontournable pour les juges dans

¹ B. HAMZA, *La procréation médicalement assistée. Problèmes médicaux actuels et éthique*, Congrès de la Société tunisienne des sciences médicales, VII^{ème} Journées médicales Ibn El Jazzar, Kairouan, 4-5 avr. 1997.

² *Ibid.*

³ Trois centres seulement dans tout le Royaume disposent du matériel nécessaire pour procéder à la congélation.

⁴ Cf. *infra*, rapp. avec n° 510.

⁵ Tel est le cas en Algérie qui a dans un premier temps autorisé la pratique de l'insémination artificielle par circulaire ministérielle n° 300 du 15 mai 2000, fixant les bonnes pratiques cliniques et biologiques en la matière. Le législateur, à l'occasion de la dernière réforme du droit de la famille en 2005, ne l'intègre cependant pas dans le code. L'article 45 *bis* est ainsi libellé : « Les deux conjoints peuvent recourir à l'insémination artificielle. Le mariage doit être légal, l'insémination doit se faire avec le consentement des deux époux et de leur vivant, il doit être recouru aux spermatozoïdes de l'époux et à l'ovule de l'épouse à l'exclusion de toute autre personne. Il ne peut être recouru à l'insémination artificielle par le procédé de la mère porteuse ».

⁶ Tel est le cas de la loi tunisienne n° 2001-93 du 7 août 2001 relative à la médecine de la reproduction, Cf. *J.O.*, n° 63 du 7 août 2001, et des deux lois marocaines. La première n° 10-94 est relative à l'exercice de la médecine et la loi n° 12-02 régit le travail des biologistes. La Fédération marocaine de fertilité et de contraception, après concertation avec les religieux, a tenté de déposer les grandes lignes d'un projet de loi dès 1999, présenté à nouveau au gouvernement en avril 2010, mais il n'a pas abouti. La PMA est donc pratiquée dans le cadre de la loi n° 10-94.

⁷ A. AOUJI-MRAD, « L'ancrage religieux de la législation tunisienne relative à la procréation médicalement assistée : l'interdiction du don », in *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*, B. FEUILLET-LIGER (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 275-282.

⁸ L'élaboration du texte en Tunisie s'est accompagnée de la consultation du Comité national d'éthique médicale qui compte parmi ses membres un représentant du Conseil supérieur islamique. Ce comité avait rendu un avis du 12 décembre 1996 sur la question, dans lequel il précise que « le recours à des tiers donneurs est en contradiction totale avec l'Islam, avec nos usages et avec la législation tunisienne. Juridiquement il est assimilable à l'adultère, il brouille les règles successorales et il ouvre la porte au viol de nos règles en matière de choix du partenaire au mariage ».

leur application. Sans grande surprise, les conditions d'accès à la PMA répondent toutes à l'exigence de conformité au modèle légal de la famille fondée sur le mariage. La première condition est d'être un couple marié, vivant, en âge de procréer et souffrant d'infertilité¹. Naturellement, les procédés impliquant l'intervention d'un tiers donneur sont expressément interdits², qu'il s'agisse d'un apport de gamètes ou d'embryon³. Cette restriction trouve son fondement dans le principe religieux de pureté de la lignée, consacré tant par le texte religieux (interdisant l'adultère) que la tradition prophétique : « Ayez de vos généalogies une connaissance qui vous permettra d'être attentifs aux liens de parenté par le sang ». Pareille orientation religieuse influence profondément la législation en vigueur et constitue le vecteur de ses choix éthiques. Les différents praticiens du corps médical en appellent toutefois à davantage d'encadrement légal, car l'évolution en la matière est extrêmement rapide et la nécessité d'un arsenal juridique complet permettrait de délimiter l'exercice des fonctions des praticiens. Il conviendrait de légiférer tant pour les questions liées au statut de l'embryon qu'au sort des embryons surnuméraires et la réduction embryonnaire au cours de la grossesse, qui rejoint l'interdit général de l'avortement⁴. D'autres problématiques liées à l'âge au-delà duquel il est impossible pour une femme de recourir à l'AMP doivent également être prises en compte. Pour cela, le législateur est amené à puiser ses règles tant dans le droit international que le droit comparé, en gardant à l'esprit les choix éthiques opérés par la société musulmane⁵.

526. Limites à l'accès à la PMA. Bien que désormais répandue dans le monde musulman, il ne faudrait toutefois pas exagérer l'utilisation de l'AMP par les couples. Les problèmes liés à l'incapacité de procréer ne constituent pas une priorité des législateurs dans des pays où la natalité n'est pas encouragée. N'étant pas prise en charge par le système de couverture médicale⁶, et pratiquée en général par des cliniques privées, ne peuvent y accéder que les couches sociales les plus favorisées, voire moyennes (par l'emprunt de crédits à la consommation). Cet inégal accès aux soins contrevient pourtant expressément à l'article 31 de la Constitution marocaine mettant à la charge de l'État, des établissements publics et des collectivités territoriales l'obligation de mettre en œuvre tous

¹ La loi tunisienne du 7 août 2001 dispose à l'article 4 que « la médecine de la reproduction ne peut être pratiquée qu'entre membres d'un couple, mariés, vivants, avec uniquement des gamètes provenant d'eux et doivent être en âge de procréer ».

² L'article 14 de la loi tunisienne dispose que « le recours à un tiers donneur de gamètes dans le cadre de la médecine de la reproduction ainsi que le don d'embryons sont strictement interdits ».

³ L'article 10 de la loi tunisienne dispose que la recherche sur l'embryon est strictement interdite, les interventions n'ayant qu'un but thérapeutique (article 15).

⁴ Bien que l'avortement soit autorisé en Tunisie dès 1965. Cf. *supra*, n° 348.

⁵ Cf. *infra*, n° 510.

⁶ Ce qui pourrait aisément se comprendre au regard du taux de réussite incertain et faible de l'intervention. Lorsque le remboursement est admis, comme c'est le cas en Tunisie, il ne l'est que pour les médicaments chez les femmes de moins de 40 ans. La CNAM ne rembourse plus au-delà de quatre tentatives infructueuses. Reste donc à la charge du couple les consultations médicales, les échographies de suivi de la stimulation, les actes de laboratoire, la consultation de l'anesthésiste, l'hospitalisation de jour et enfin le transfert d'embryon.

les moyens permettant un égal accès des citoyens tant aux soins de santé qu'à la protection sociale. Or, promouvant une politique anti-nataliste, la politique menée par l'État ne s'insère qu'imparfaitement dans le souci de prise en charge du coût des soins afférents aux PMA. La question semble pourtant être de plus en plus prise au sérieux par les pouvoirs publics, qui ont décidé de prendre en charge ces soins par l'ouverture du premier centre public d'AMP¹. En Tunisie, la Caisse nationale d'assurance maladie (CNAM) ne rembourse de telles interventions que lorsque la femme n'a pas dépassé l'âge de 40 ans², que celle-ci est mariée depuis trois ans et qu'elle n'a toujours pas d'enfants. Avec un tel vide législatif, la porte est ouverte à toutes sortes d'abus, la seule conscience et la déontologie des médecins étant insuffisantes.

B) L'enfant nié

527. L'interdit initial de la recherche sur les embryons³. En 1994⁴, la mise en place d'un droit subjectif de la personnalité consistant en la protection du corps humain dès le commencement de la vie s'accommodait mal d'une reconnaissance aux fins de recherche scientifique sur l'embryon. C'est pourquoi celle-ci a été fermement interdite⁵, et la seule hypothèse de création d'embryon s'inscrit nécessairement dans le cadre d'un projet parental en vue d'une implantation. À l'occasion de la seconde révision des lois en 2011⁶, et bien que les débats aient été particulièrement virulents au sujet d'une potentielle levée de l'interdit, celui-ci demeura⁷ et a même été étendu aux embryons transgéniques ou chimériques. Qualifiée de mesurée⁸ et de prudente⁹, une partie de la doctrine, victorieuse, applaudit la réforme qui consolidait, en apparence, l'interdit de la recherche sur les embryons.

¹ Selon le professeur Chafik CHRAÏBI, « pour une fécondation *in vitro* (FIV), les couples dépensent aujourd'hui entre 20 et 30 000 dirhams (2 à 3000 euros) en moyenne. Certains sont contraints de vendre des biens ou de contracter un crédit sur deux ou trois ans pour espérer avoir un enfant. La prise en charge de l'infertilité dans un centre public permettra de réduire de façon conséquente la facture supportée par les couples ». Cf. revue d'information médicale *doctineews*, éd. du 4 avr. 2011, n° 32.

² Aucun âge limite n'est pourtant précisé par la loi. Les cliniques privées pratiquent toutefois les AMP jusqu'à l'âge de 42, voire 43 ans. Cf. A. AOUIJ-MRAD, « Le corps de la femme et la biomédecine : le clair-obscur tunisien », *art. précit.*, p. 205.

³ J.-R. BINET, « L'embryon surnuméraire : l'impossible avenir d'une solution dépassée », in *Droit et Bioéthique*, Mélanges en l'honneur de Jean MICHAUD, Bordeaux, éd. Les Études hospitalières, 2012, pp. 191-203.

⁴ Loi n° 94-654, du 29 juil. 1994, *J.O.*, 30 juil., p. 11056.

⁵ Art. 2151-5 al. 1^{er} du Code civil.

⁶ A. MIRKOVIC, « Statut de l'embryon : la question interdite », *JCP, G*, 2010, p. 177.

⁷ C. BYK, « Prévoir le changement pour que rien ne change », *JCP, G*, 2011, act. 844.

⁸ J.-R. BINET, « La loi du 7 juillet 2011 : une révision mesurée du droit de la bioéthique », *Rev. dr. fam.*, 2011, n° 10, étude 21, pp. 17-22.

⁹ D. VIGNEAU, « La nouvelle loi "bioéthique" : une réforme à la fois significative et prudente », *Dict. perm. bioeth.*, bull. n° 218-1, sept. 2011.

528. L'admission de la recherche sur les embryons. Deux ans plus tard, l'interdit a pourtant été remis en cause. L'article L. 2151-5 du Code de la santé publique -interdisant expressément la recherche sur l'embryon- prévoyait initialement une double obligation, dont l'objet était de démontrer que la recherche était susceptible de permettre des progrès médicaux majeurs en matière de prévention, de diagnostic ou de soins, et d'établir que le résultat escompté ne pouvait être obtenu par d'autres moyens, au regard de l'état des connaissances. La loi du 6 août 2013¹ supprime cette double exigence. Pour autoriser de telles recherches, l'article L. 2151-5, I, 2° modifié n'évoque plus que la simple « finalité médicale », qui permet au corps scientifique plus de liberté dans la manipulation d'embryons². La nouvelle loi procède également à la suppression des dispositions spécifiques aux recherches entreprises dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation, les soumettant au cadre général des recherches organisées et pratiquées sur l'être humain, dans le but de développer les « recherches biomédicales »³. En ce sens est adopté le décret fixant le nouveau cadre réglementaire d'application des nouvelles dispositions⁴. Cette libéralisation de la recherche biomédicale se situe dans la droite ligne de ce qu'avait exprimé Madame le ministre Geneviève FIORASO, lorsqu'elle déplorait qu'en raison du régime de l'interdiction, « des équipes françaises passent à côté de contrats européens ou ont du mal à attirer des investisseurs »⁵.

529. Une logique inspirée de l'économie de marché libérale. La permissivité qui s'ensuit à été de manière très éclairante, dénoncée par un des pionniers de la PMA, Monsieur Jacques TESTART dans son ouvrage *Faire des enfants demain*. Au sujet de la recherche sur l'embryon, celui-ci commence par expliquer que si le procédé « vise, comme ils le prétendent, à préciser les lois biologiques qui régissent le début du développement, l'embryon animal devrait constituer un cobaye préliminaire. Car il reste beaucoup à apprendre de la souris ! Si c'est pour acquérir des améliorations utiles à l'AMP, alors ce n'est pas l'embryon qu'il faudrait étudier mais plutôt les gamètes souvent imparfaits qui l'ont engendré et aussi l'utérus qui le portera ! »⁶. L'embryon ne serait pas tant l'objectif de la recherche alléguée qu'il n'est le moyen permettant d'atteindre le « but prometteur des greffes thérapeutiques »⁷. Or, d'autres cellules souches, à l'instar des cellules de l'adulte ou du cordon ombilical permettraient d'atteindre un tel résultat. Par conséquent, la recherche sur l'embryon est à comprendre comme étant une recherche avec l'embryon. Or, l'échec

¹ L. n° 2013-715 du 6 août 2013 tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires.

² D. VIGNEAU, « La recherche sur l'embryon humain. *Quels garde-fous aujourd'hui ?* », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire NEIRINCK*, Paris, LexisNexis, 2015, pp. 27-39.

³ J.-R. BINET, « Recherches sur l'embryon : nouveau cadre réglementaire », *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 4, comm. 84.

⁴ D. n° 2015-155 du 11 févr. 2015 relatif à la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires et à la recherche biomédicale en assistance médicale à la procréation, *J.O.*, 13 février 2015, p. 2745.

⁵ Cité par J. TESTART, *Faire des enfants demain*, éd. du Seuil, 2014, p. 138.

⁶ J. TESTART *op. cit.*, p. 136.

⁷ *Ibid.*, p. 137.

de cette voie ayant été démontré dès 1990 par le voisin britannique, l'entêtement des laboratoires à une telle consommation d'embryons révèle, pour l'auteur, « une sorte de pulsion cannibale en même temps qu'une détermination puérile pour "taquiner le catho" »¹. Dans un second temps, des considérations économiques permettent d'expliquer un tel acharnement sur l'embryon. Selon Monsieur AVENTIN (économiste de la santé) « sachant que le développement d'une nouvelle molécule coûte en moyenne 650 millions de dollars et dure quinze ans, il serait alors possible de tester les nouvelles molécules sur les cellules souches embryonnaires et d'éviter l'étape coûteuse et longue du test sur le modèle animal qui précède l'essai sur l'homme. Ce gain de temps et d'argent permettrait à l'industrie pharmaceutique mondiale d'économiser 8 milliards de dollars »². Il est dès lors plus aisé de saisir les réelles implications de ces mutations, débordant largement le strict domaine juridique. Leur appréhension à travers une grille de lecture combinant à la fois économie médicale³ et biomédecine permet d'en saisir la véritable teneur. S'imposant « sans violence, bien qu'à l'encontre du discours majoritaire qui les condamne »⁴, le carburant qui les anime est d'une part constitué des « pressions des praticiens et d'individus défendant leur intérêt propre » et des « actions de lobbies industriels » lesquels peuvent « rencontrer les préoccupations des assureurs, des responsables de la santé et des partisans de l'économie compétitive ». C'est aussi ce qu'a très justement dénoncé une partie de la doctrine lorsqu'elle prévient qu'il s'agit de la construction d'un autre monde, car il obéit à la « toute-puissance de l'argent, où la seule loi qui vaille universellement est la loi de l'offre et de la demande, la loi du marché. Comme à l'accoutumée, les États-Unis nous montrent en la matière la voie, qui considèrent que les riches peuvent louer le ventre des femmes pauvres et s'approprier les enfants ainsi conçus, du moins si ceux-ci sont parfaitement conformes à la commande. Un nouveau marché se met en place dont, selon certains, il serait malheureux que la France restât à l'écart »⁵. Or, ce marché prend place et se déploie particulièrement en contexte occidental, et concerne des préoccupations de pays

¹ *Ibidem.*, p. 137.

² Cité par J. TESTART, *op. cit.*, p. 137.

³ Sur ce point, V. spec. pp. 40-44, et pp. 102-107.

⁴ *Ibidem.*, p. 10.

⁵ Yves LEQUETTE, « L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe : clarification et réflexions », in *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, Y. LEQUETTE, D. MAZEAUD (dir. de), Paris, éd. Panthéon-Assas, 2014, p. 21, spec. n° 21. V. aussi, du même auteur, sur cette nouvelle représentation du monde vu d'« en haut (par la CEDH et l'Union européenne) : « De la proximité au fait accompli », *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre MAYER*, Paris, LGDJ, 2015, pp. 481-518. Madame le professeur Méлина DOUCHY-OU DOT parle de « l'avènement d'une véritable "Légo-cité" (...) construite par la volonté de l'homme, libérée des contraintes d'une nature à présent dominée par le génie humain ». M. DOUCHY-OU DOT, « Les filiations électives à l'épreuve du droit, vingt ans après », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire NEIRINCK*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 506. V., pour une analyse économique de la gestation pour autrui : J. ICARD, « Une analyse économique du droit de la famille. À propos de la gestation pour autrui », *R.R.J.*, 2011, n° 1, pp. 131-152. Monsieur le professeur Bertrand MATTHIEU à son tour mettait déjà en garde, en 2003 contre la mise en place d'une logique eugéniste, encore discrète à l'époque : B. MATTHIEU, « Des droits de l'homme aux droits sur l'homme, ou les transmutations du droit de la bioéthique », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Mélanges en l'honneur de Pierre PACTET, Paris, Dalloz, 2003, p. 307-317.

riches. C'est pourquoi le contraste est saisissant entre « les émotions que soulèvent ces questions chez les Occidentaux et les enjeux sanitaires d'autres peuples moins richement dotés »¹. C'est dire combien le droit n'est plus aujourd'hui que le réceptacle passif de tous ces conflits d'intérêts et ne peut, à lui seul, figer le cours d'une telle évolution à l'heure où il a abandonné sa fonction normative d'orientation des comportements humains au profit d'une mission plus humanitaire.

530. Le refus de la CEDH de considérer l'embryon tel un bien. La Cour européenne a été saisie le 26 juillet 2011 de la question relative au sort d'embryons non implantés². La loi italienne n° 40/2004 portant « Normes sur la procréation médicalement assistée »³, adoptée le 19 février et entrée en vigueur le 10 mars 2004 interdit l'implantation *post-mortem*, le don d'embryons ainsi que le don pour la recherche scientifique. Or, la requérante arguait de ce qu'elle ne pouvait plus, du fait du décès de son compagnon, se faire implanter les embryons, ni en faire don à un autre couple,⁴ ni les donner au profit de la recherche scientifique⁵. Il s'agissait donc pour la Cour de se prononcer sur l'interdit du don d'embryons humains non implantés au profit de la science, notamment sur le caractère proportionné ou non d'une telle ingérence au regard du droit au respect de la vie privée et familiale de la requérante. Tout d'abord, il convient de souligner qu'en l'espèce n'était pas en cause un aspect de la vie familiale de la requérante -le projet familial de la requérante ayant été interrompu par le décès de son compagnon- mais davantage le respect de l'intimité de sa vie privée. Rendue en grande chambre le 27 août 2015, la décision de la Cour européenne⁶ précise d'emblée que l'affaire en question ne relève pas du projet parental car celui-ci ne porte pas sur « un aspect particulièrement important de l'existence et de l'identité de l'intéressée ». Tout en lui reconnaissant « la qualité de victime »⁷ la Cour examine pour la première fois la requête portant sur la libre disposition par un individu d'embryons issus d'une fécondation *in vitro* en vue d'en faire don à la recherche scientifique. Rappelant que l'article 8 de la Convention « est une notion large qui ne se prête pas à une définition exhaustive et qui englobe notamment un droit à l'autodétermination (...) de devenir ou de ne pas devenir parent »,⁸ la Cour s'appuie sur la

¹ J.-P. PIERRON, « Le Geste et la Parole –Nouvelles techniques de procréation et dit du droit », in *Parenté, Filiation, Origines, Le droit et l'engendrement à plusieurs*, H. FULCHIRON, J. SOSSON (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 228.

² CEDH, 28 mai 2013, *Parillo c/ Italie*, n° 46470/11.

³ Sur la constitutionnalité de cette loi, V. : J.-J. PARDINI, « Droit constitutionnel italien et bioéthique : questions de constitutionnalité (et d'actualité) sur la procréation médicalement assistée », *La lettre d'Italie*, n° 4, fév. 2014, pp. 22-29.

⁴ Art. 4 al. 3 de la loi n°40/2004, déclaré inconstitutionnelle par une décision du Conseil constitutionnel italien du 10 juin 2014, n° 162.

⁵ Art. 13 de la loi n° 40/2004.

⁶ CEDH, 27 août 2015, *Parillo c/ Italie*, n° 46470/11.

⁷ CEDH, *déc. précit.*, § 118.

⁸ § 157.

décision du Conseil constitutionnel italien¹ ayant déclaré inconstitutionnelle l'interdit de la fécondation hétérologue, le choix de devenir parent et de fonder une famille relevant de la « *liberté d'autodétermination concernant la sphère de la vie privée et familiale* ». Au regard de ces éléments, la Cour reconnaît qu'est en cause « *un aspect intime de sa vie personnelle et relève à ce titre de son droit à l'autodétermination* » inclut dans le champ d'application de l'article 8 car « *les embryons ainsi conçus renferment le patrimoine génétique de la personne en question et représentent à ce titre une partie constitutive de celle-ci et de son identité biologique* »². La protection de la potentialité de la vie dont l'embryon est porteur conduit néanmoins la Cour, à l'instar de ce que préconisait le gouvernement italien, à considérer légitime le but de protection de la morale et des droits et libertés d'autrui³. Rappelant la marge d'appréciation dont disposent les États membres s'agissant des interrogations délicates d'ordre moral et éthique⁴, et relevant l'absence de consensus européen sur la question, la Cour estime que le Gouvernement italien n'a pas excédé la marge d'appréciation qui lui revenait, et que les incohérences de la législation alléguées ne sont pas de nature à affecter directement le droit qu'invoque la requérante⁵. En refusant de ranger l'embryon humain dans la catégorie des « biens » dont la disposition serait libre, la décision de la Cour contribue (bien qu'elle ne se prononce pas sur la question) au respect de la vie humaine dès la conception. Dès lors, un État peut légitimement interdire la destruction des embryons au nom du respect des droits et libertés d'autrui.

531. Solutions alternatives à la destruction d'embryons. Lorsque le projet parental n'est plus, le couple peut choisir d'affecter les embryons inutilisés à la recherche scientifique⁶, de les détruire⁷ ou tout simplement permettre leur accueil par un autre couple. Si le don d'embryon au profit d'un autre couple n'est plus considéré comme une mesure exceptionnelle⁸, cette alternative présente l'avantage de privilégier le don à la destruction de l'embryon⁹. Une telle alternative apparaît comme un moindre mal

¹ Cons. constit. italien, 10 juin 2014, *déc. précit.*, n° 162.

² § 159.

³ § 167.

⁴ § 175-176.

⁵ § 197-198.

⁶ Provisoire, cette solution permettait d'améliorer les conditions dans lesquelles l'AMP pouvait être réalisée. Son interdiction impliquait que les recherches permettant une telle amélioration soient exclusivement menées à l'étranger. Madame CHADELAT, magistrate au ministère de la justice, relève ainsi le paradoxe : « certaines des recherches actuellement interdites sont indispensables pour la mise au point des procédés de cryoconservation des gamètes féminins qui font actuellement défaut et qui, seuls, permettraient eux-mêmes une stricte limitation du nombre des embryons fécondés *in vitro* en vue de l'assistance médicale à la procréation ». Cité par J.-R. BINET, « L'embryon surnuméraire : l'impossible avenir d'une solution dépassée », *art. précit.*, p. 200.

⁷ J. SAINTE-ROSE, « L'enfant à naître : un objet destructible sans destinée humaine ? », *JCP, G, I*, 2004, 194.

⁸ Art. L. 2146-6 CSP.

⁹ Le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) avait déclaré en 1989 déjà que tout devait être fait afin d'éviter leur existence. Son avis était ainsi libellé : « On peut espérer que les progrès des méthodes de fécondation *in vitro* donneront un caractère temporaire aux problèmes soulevés par leur devenir en évitant la

« puisqu'elle permet au moins à l'embryon de vivre. Mais l'accueil de l'embryon par un autre couple suscite également des difficultés, qui ne permettent pas de voir dans cette pratique une issue satisfaisante à la conservation (...) les capacités d'accueil d'embryons sont tout à fait insuffisantes pour apporter une solution au problème du stock des 200.000 embryons conservés actuellement en France »¹. Humainement sans issue pour Monsieur le professeur BINET, aucune de ces solutions ne semble satisfaisante si l'on songe à l'article 16 du Code civil et au principe primordial de respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. Convient-il de rappeler que la conception d'un nombre d'embryons plus important répondait au faible taux de réussite des grossesses ainsi qu'à l'impossibilité de congeler les ovocytes. Depuis 1998, la méthode de vitrification ovocytaire² permet une telle alternative en préservant certaines fonctions cellulaires généralement détruites par la congélation classique. S'il est désormais possible de conserver des ovocytes, rien n'obligerait à les féconder et, la conception d'un seul embryon suffit pour une implantation. En cas d'échec, l'utilisation des ovocytes cryoconservés par vitrification permet d'obtenir d'autres embryons pour mener à bien le projet parental³. Consacrée par la loi du 7 juillet 2011, cette technique de congélation ultra-rapide semble donner des résultats très prometteurs⁴. C'est pourquoi la réforme des lois bioéthiques en 2011 constituait, en théorie, un premier pas vers la fin de la conservation des embryons. Pourquoi dès lors persister à conserver un stock d'embryons⁵? Si le Code de la Santé publique⁶ et le Code pénal⁷ condamnent le processus même de congélation, quelle est la destinée de tels stocks.

constitution de ces embryons surnuméraires qui sont, il faut le souligner, en nombre limité. Le fait même que subsistent ainsi des embryons humains dans une situation d'excédent pose des problèmes graves sur lesquels le Comité national a voulu attirer l'attention dans les réflexions éthiques qui précèdent. Aucune des décisions qui peuvent être envisagées, don de ces embryons pour l'accomplissement du projet parental d'autrui, don pour la recherche ou destruction, n'est jugée satisfaisante par l'ensemble des membres du Comité ». CCNE, avis n° 18, État des études conduites par le Comité concernant les dons de gamètes et d'embryons, 15 décembre 1989. Cf. également la Résolution du Parlement européen pour qui « l'Union devrait se concentrer sur des recherches relatives à d'autres solutions telles que celles portant sur les cellules souches somatiques ou ombilicales, que les États membres autorisent tous et qui ont déjà permis le traitement de patients avec succès », Parlement européen, *Résolution sur le commerce d'ovules humains*, 10 mars 2005, P6_TA(2005)0074.

¹ J.-R. BINET, « L'embryon surnuméraire : l'impossible avenir d'une solution dépassée », *art. précit.*, p. 195.

² Art. L. 2141-1 al. 4 CSP.

³ L'article L. 2141-1 al. 5 dispose que : « La mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation privilégie les pratiques et procédés qui permettent de limiter le nombre des embryons conservés. L'Agence de la biomédecine rend compte, dans son rapport annuel, des méthodes utilisés et des résultats obtenus ».

⁴ À la condition de ne pas créer un stock d'ovocytes par convenance personnelle en dehors de toute nécessité thérapeutique, ce qui ne semble pas certain au regard de l'offre de conservation des ovocytes proposée aux femmes à l'occasion d'un don.

⁵ L'article L. 2141-3 alinéa 2 du CSP issu de la loi de 1994 autorise, temporairement, une telle congélation.

⁶ Art. L. 2143-3 al. 1^{er}, art. L. 2151-2.

⁷ Art. 511-17 et 511-18 du CP : sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende.

Section 2. L'accès à l'enfant *pour tous*

532. La transformation consécutive du lien de famille. Le XX^{ème} siècle a été le théâtre d'une mutation juridique sans précédent dans l'approche du mariage et de la famille. Posé en termes de droits subjectifs, le mariage n'est plus une institution juridique mais une affaire privée. La dimension institutionnelle des structures de la parenté est remise en cause « parce que l'homme du XXI^{ème} siècle ne veut plus de la réalité, il veut pouvoir mettre dans les termes -dans ce terme somme toute assez simple de mariage-seulement ce qu'il désire. Ainsi, "tout duo se veut mariage", c'est "le mariage pour tous (concubins, homosexuels)" »¹ et, dans un avenir proche, la *filiation pour tous*. Bâti en référence à la réalité biologique, le droit de la filiation souffre aujourd'hui d'une inadaptation patente par rapport à la réalité qu'il est censé régir. Si le législateur a veillé, des décennies durant, à garantir une construction juridique fidèle au modèle de procréation biologique, l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013 rompt brutalement avec ce modèle en consacrant la possibilité d'une filiation détachée de manière apparente² de la réalité de la procréation³. Après la dissociation de la sexualité et de la procréation, il s'agit de la dissociation entre procréation et filiation⁴. L'engagement parental trouverait dès lors son expression la plus parfaite⁵.

533. L'intérêt de l'enfant nié. Le mouvement conjugué de la parentalité, de l'homoparentalité et de la place accordée par le droit à la volonté humaine invite à repenser les fondements de la filiation à l'aune de ces changements (§1). Appréhendée exclusivement du point de vue de l'intérêt du couple, la nouvelle conception de la filiation qui en découlera ne prend pas en considération celui de l'enfant. C'est ce que Monsieur le professeur J. PARAIN-VIAL avait qualifié de sorte d'« égoïsme des parents malgré eux »⁶.

¹ A. BETHERY DE LA BROUSSE, *Entre amour et droit, le lien conjugal dans la pensée juridique moderne (XVI^{ème} - XXI^{ème} siècles)*, Paris, LGDJ, 2011, p. 376, n° 564.

² Le modèle de procréation médicalement assistée maintient aujourd'hui encore le lien entre procréation et filiation.

³ V. en ce sens : A. MARAIS (dir. de) *La procréation pour tous*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes&Commentaires », 2015. V. aussi le Dossier « La construction d'une nouvelle identité familiale : les tiraillements de la procréation médicalement assistée entre nouveaux droits et principes fondamentaux », in *Journal inter. de bioéthique et d'éthique des sciences*, 2015, vol. 26, pp. 95-163.

⁴ Sur les incidences de ce détachement sur le lien de filiation, V. J.-J. LEMOULAND, « La filiation déséxuée : nouveau modèle pour la famille de demain ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire NEIRINCK*, Paris, LexisNexis, 2014, pp. 561-580.

⁵ En ce sens, cf. I. THERY, A.-M. LEROYER, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail remis à la ministre déléguée chargée de la Famille. Les auteurs de ce rapport défendent l'idée d'une parenté exclusivement intentionnelle, car elle reposerait sur un engagement volontaire. L'adoption plénière cesserait d'imiter le modèle biologique de la filiation, en procédant à une simple transcription de la mention du jugement dans l'acte de naissance de l'enfant et, concernant la procréation avec tiers donneur, une déclaration commune anticipée de la filiation mentionnerait l'identité des parents de l'enfant.

⁶ J. PARAIN-VIAL, « Sur la paternité selon Gabriel Marcel », *Arch. philo. dr.*, 1975, pp. 149-162. Cet égoïsme des parents malgré rejoint l'idée de Madame le professeur DOUCHY-OU DOT lorsqu'elle met l'accent sur le fait que

Or, la prise de conscience d'être au monde et l'importance attachée à la vie humaine lorsque celle-ci est vécue « avec un sentiment de révérence et de piété »¹ ne peut avoir pour but unique le plaisir individuel. Cet égoïsme nie l'intérêt de l'enfant car ce dernier « peut devenir un moyen de distraire ses parents ou d'assouvir une ambition. Il est alors objet d'idolâtrie et objet d'amertume pour peu qu'il déçoive l'attente de l'égoïsme paternel ou maternel »². Dans ces conditions, se pose la problématique liée à la *chosification* de l'enfant comme objet de désir -ou de non désir-³ dont on célèbre pourtant la primauté des droits (§2).

§1) La nécessité de repenser le lien de filiation

534. Les structures de la parenté malmenées par le pouvoir de la volonté.

L'établissement volontaire de la filiation soulève aujourd'hui le problème de son utilisation par les couples de même sexe⁴. La fonction éducative du couple homosexuel, si elle est revendiquée en vue de sa solubilité dans les mécanismes propres à la parenté (**B**), pêche par son invraisemblance et ne permet pas de sécuriser la filiation de l'enfant. La survalorisation du rôle de la volonté contribue à « élargir la notion de filiation à des situations qui n'en relevaient pas jusqu'alors » et favorise la « torsion de la notion de filiation qui en est, certes, renouvelée, mais également déstabilisée »⁵. Ces filiations électives⁶, particulièrement avec tiers donneur, cristallisent tout l'enjeu de cette problématique à tel point que la volonté constituera probablement, dans un avenir proche, *le fondement* (exclusif ?) de la filiation⁷ (**A**). Dans ce contexte, une adaptation du lien de filiation aux nouvelles configurations s'impose, que ce soit par l'usage des mécanismes

« dans le couple, la potentialité de l'enfant exprime la fécondité de l'amour. Le décalage entre l'intériorité de l'amour, le don, et l'expression du corps conduit à réduire la réalité de l'acte en soi. Cette affirmation suppose d'avoir accepté de définir ontologiquement la personne, corps animé qui a une liberté conditionnée et orientée ». C'est dire que l'amour que peuvent se porter deux personnes ne peut trouver sa plénitude que dans la procréation. Cf. M. DOUCHY-OUODOT (dir. de), *La réforme du mariage. Approche critique sur les mutations familiales*, Poitiers, DMM, 2013, p. 27.

¹ J. PARAIN-VIAL, « Sur la paternité selon Gabriel Marcel », *art. précit.*, p. 152.

² *Ibid.*, p. 153.

³ M.-T. MEULDERS KLEIN, « L'irrésistible ascension de la vie privée au sein des droits de l'homme », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir. de), Bruxelles, Coll. « Droit et Justice », Bruylant, 2005, p. 329.

⁴ L. MONTILLET DE SAINT-PERN, *La notion de filiation en droit comparé, droit français et droit anglais*, Thèse, Paris II, 2013, p. 116.

⁵ *Ibidem.*, p. 116.

⁶ Sur les filiations électives, V. : M. DOUCHY-OUODOT, « Les filiations électives à l'épreuve du droit, vingt ans après », in *Mélanges Claire NEIRINCK*, Paris, LexisNexis, pp. 502-511.

⁷ L. MONTILLET DE SAINT-PERN, *op. cit.*, p. 115-116, spec. n° 198-199. V. aussi : J. HAUSER, « Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe. Le paradoxe de la tortue d'Achille », *JCP, G*, 2012, 1185; H. FULCHIRON, « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », *D.*, 2013, 100 ; A.-M. LEROYER, « La loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur », *D.*, 2013, 1697.

propres au droit de la filiation ou par l'invention d' « un rapport familial d'un genre nouveau »¹. Une nette césure distinguera alors les filiations biologiques des filiations volontaires.

A) La volonté, fondement post-moderne exclusif du lien de filiation ?

535. Une contestable remise en cause de l'engendrement. Le droit de la filiation a directement bénéficié du « mythe de l'engendrement »², dont la force a directement permis de fonder la construction du droit de la filiation. L'appel actuel au droit comme « pouvoir instituant de la Parole »³ a très justement pu être qualifié d'« engendrement par la Parole »⁴, car il a pour objet de relier symboliquement ce que la technique a mécaniquement séparé. Or, toute tentative d'extraction du système de parenté de sa dimension biologique bute sur la remise en cause de ce mythe⁵ comme fondement de la filiation⁶. Pour Monsieur le professeur Pierre MURAT, « tout se passe comme si nos institutions refusaient d'assumer ouvertement l'autonomie des constructions de filiations

¹ P. MURAT, « Passer par la filiation ou dépasser la filiation », in *Parenté, Filiation, Origines, Le droit et l'engendrement à plusieurs*, H. FULCHIRON, J. SOSSON (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 259. Sur le mythe de la représentation juridique, cf. aussi E. DOCKES, in *Le corps et ses représentations*, E. DOCKES, G. LHUILIER (dir. de), Litec, vol. 1, 2001, pp. 163-187.

² Pour Madame le professeur THERY pourtant, « toujours et partout, l'engendrement est un acte social, non un acte naturel : il est toujours-déjà mis en signification au sein du système de parenté qui le précède logiquement (...) La simple complémentarité physique entre mâle et femelle serait bien incapable de créer par elle-même une socialité de type humain ». C'est pourquoi l'auteur conclut purement et simplement qu'« évoquer une substance purement physique et la nommer le "biologique" est un mythe pur et simple ». Cf. I. THERY, *Des humains comme les autres, Bioéthique, anonymat et genre du don*, éd. EHESS, 2010, p. 206.

³ Que Monsieur le professeur PIERRON définit comme étant « la rétrojection et l'intériorisation des effets du monde en soi par le langage ». J.-P. PIERRON, « Le Geste et la Parole –Nouvelles techniques de procréation et dit du droit », in *Parenté, Filiation, Origines, Le droit et l'engendrement à plusieurs*, H. FULCHIRON, J. SOSSON (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 227.

⁴ J.-P. PIERRON, « Le Geste et la Parole –Nouvelles techniques de procréation et dit du droit », *art. précit.*, p. 232 et s.

⁵ Sur la distinction entre *engendrer* et *procréer*, Madame I. THERY explique que la volonté conjointe du couple de donner naissance à un enfant permet au père d'engendrer malgré son état de stérilité. Bien que n'étant pas le véritable procréateur, celui-ci participe directement au processus par lequel l'enfant vient au monde. Outre la dimension physique liée à la procréation, l'engendrement humain reposerait sur toute une dimension psychique et affective qui permet de dire que l'homme stérile participe aussi de l'acte d'engendrement, sans procréer. Cf. I. THERY, « Postface. Engendrement et filiation au temps du démariage », in *Parenté, Filiation, Origines, op. cit.*, p. 353 ; I. THERY, *Des humains comme les autres, Bioéthique, anonymat et genre du don*, éd. EHESS, 2010, p. 125. Le danger d'un tel raisonnement conduit en revanche, par compassion envers les individus ne pouvant procréer, à se donner l'illusion que ceux-ci seraient procréateurs du seul fait de l'intention, ce qui revient à nier la réalité de leur infertilité. L'on se retrouve donc bien en présence de l'idée d'un engendrement par la Parole. En faveur d'un rétablissement du sens réel des mots, V. : G. DE VRIES, « Une exigence sémantique : rétablir le sens des mots », in *Le Mariage&La Loi, Protéger l'enfant*, Institut Famille&République, 2016, pp. 115-120.

⁶ C'est ce que Monsieur le professeur Pierre MURAT résume comme étant le dilemme entre parenté ou parentalité. Cf. P. MURAT, « Passer par la filiation ou dépasser la filiation ? », in *Parenté, Filiation, Origines, Le droit et l'engendrement à plusieurs, op.cit.*, pp. 259-271 ; du même auteur : « Enjeu de structures sociales ou logique des droits fondamentaux ? », *Arch. philo. dr.*, 2014, t. 57, pp. 285-300.

non fondées sur l'engendrement (...) »¹. Tournée vers la fonction assignée à la filiation, une telle analyse en occulte pourtant le sens², plus à même d'éclairer sur les hésitations portant sur l'extension de la filiation aux couples de même sexe. L'articulation symbolique des dimensions biologique et sociale de la filiation « donne à penser, à signifier et à vivre un type de liens humains et familiaux, dont la signification attend, dans le temps long d'une vie de famille, d'être interprétée. Car on apprend à se comprendre devant et dans ce monde de symboles qu'est l'ordre familial. Pour cela, ne peut être faite l'économie du temps. La famille est, de ce point de vue, au-delà des rapports contractuels qui formalisent des liens, une modalité du temps traversé ensemble sur fond d'appartenance à un même lignage »³, favorisant l'inscription de l'enfant dans des relations humaines. Là réside probablement la portée de la vérité symbolique attachée à la filiation, dont l'univers de représentations⁴ qui y est attaché repose sur ce mythe de l'engendrement et insère le sujet dans l'humanité⁵. Cet univers de représentation n'est pourtant pas détaché des valeurs qui l'inspire et qu'il inspire. Si le processus même de représentation –de *repraesentare*– consiste à « rendre présent », il ne s'agit pas tant de l'objet à représenter que du lien existant entre l'objet et la représentation. Ce lien ne relève nullement d'une perception indépendante de la réalité, sans quoi il aboutit à nier la réalité concrète comme objet de la pensée, pour bâtir un droit de la filiation sur un nouveau mythe, celui de la volonté⁶. C'est probablement en réaction à la négation de ce que représente le lien de filiation que Madame MIRKOVIC propose d'insérer expressément, en tête du titre VII, que « La filiation indique à chacun de qui il est né, et le relie à ses père et mère »⁷.

536. Les implications de la reconnaissance du droit à l'enfant au profit des couples de même sexe. En l'état actuel du droit, les femmes qui ont recours à un don de sperme s'inscrivent dans le cadre d'un projet parental dans lequel leurs maris, partenaires ou concubins doivent accepter devant un juge ou un notaire un don de gamètes qui les engage comme s'ils étaient les géniteurs de l'enfant⁸. Le consentement donné leur interdit ultérieurement de contester leur paternité. Bien que la reproduction du modèle biologique soit imparfaite, elle est néanmoins calquée sur le modèle biologique. L'ouverture projetée

¹ P. MURAT, « Passer par la filiation ou dépasser la filiation ? », *art. précit.*, p. 268.

² *Ibidem.*, p. 265.

³ J.-P. PIERRON, « Le Geste et la Parole –Nouvelles techniques de procréation et dit du droit », *art. précit.*, p. 224. Comme l'écrivait Monsieur le doyen CORNU, « la filiation n'est pas seulement la naissance ; la famille n'est pas seulement le sang, mais grandir, vivre, vieillir ensemble ». G. CORNU, « La filiation », *Arch. philo. dr.*, 1975, t. 20, p. 36.

⁴ E. DOCKES, « Le mythe de la représentation juridique », in *Le corps et ses représentations*, *op. cit.*, pp. 163-187.

⁵ D. FENOUILLET, « Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté. Adoption, procréation et parenté à l'épreuve de la toute puissance du sujet », *Arch. philo. dr.*, 2014, t. 57, pp. 37-71, spec. n° 49.

⁶ *Ibid.*, spec. n° 43-51.

⁷ A. MIRKOVIC, « Refonder le droit de la filiation », in *Le Mariage&La Loi, Protéger l'enfant*, Institut Famille&République, 2016, p. 307.

⁸ Art. 311-20 C. civ.

de l'AMP au profit des couples de femmes, outre qu'elle impose de revoir le fondement de la filiation, nécessite une transformation de l'adoption. Un fondement volontaire serait alors substitué aux règles de la filiation instituées au titre VII du Code civil, voire une sorte de présomption de comaternité établie préalablement à la venue au monde de l'enfant. Dans l'un et l'autre cas, l'éviction de la filiation par procréation charnelle favoriserait l'émergence de filiations par convenance personnelle¹. Il en résulterait une unification du droit de la filiation autour de la volonté, avec trois modes d'établissement placés sur un même pied d'égalité. L'idée fédératrice à un tel bouleversement serait que l'engendrement ne repose pas uniquement sur une dimension procréative mais davantage sur une forte « dimension psychique, mentale, affective, intentionnelle et surtout institutionnelle, qui va lui accorder sens et valeur au sein de notre monde humain »². Loin de renoncer définitivement au modèle de procréation biologique, les partisans d'une telle transformation du système de parenté prônent un simple abandon formel afin de valoriser la filiation issue de la parenté intentionnelle. L'ambiguïté est de mise, car le raisonnement conduit à renoncer, dans les mots de la loi (et par la suite dans les mentalités individuelles), à la promotion du modèle de filiation fondé sur la procréation charnelle afin de hisser, à ses côtés, un modèle (imaginaire, impossible ?) d'un nouveau genre, dont le fondement reposerait sur toute une dimension psychique de devenir parents³ ! Il n'est pas étonnant qu'un éminent professeur ait clôturé les travaux d'une journée d'étude en soulignant le caractère artificiel de l'entreprise qui consiste à délier le réel de l'imaginaire !⁴ Sans profondeur aucune ni fondement juridique certain, le nouveau modèle de filiation proposé a pu être dénoncé par un *think thank* de juristes, dont les travaux ont pour objet la reconstruction du mariage et de la filiation, en mettant en évidence les conséquences mal évaluées de la loi du 17 mai 2013 sur le droit de la famille. Pour remédier à ces difficultés, la révision de la loi est au cœur des travaux⁵, en vue de refonder et rendre sa cohérence au droit de la famille et du couple⁶. Entre autre propositions ambitieuses des contributeurs, si la loi en 2013 n'a pas touché à la filiation de droit commun, l'adoption ouverte au profit des couples de même sexe, nécessiterait d'être refondée.

¹ Cf. C. NEIRINCK, « Filiation par convenance personnelle et droits de l'enfant », *Rev. dr. fam.*, 2013, n° 4, repère 4.

² I. THERY, *Des humains comme les autres, Bioéthique, anonymat et genre du don*, op. cit., p. 130.

³ Comme le souligne Madame le professeur DOUCHY-LOUDOT, « L'évolution du droit de la filiation pourrait aller au-delà en rendant accidentel ce qui est essentiel, reléguant la procréation charnelle à n'être qu'un mode parmi d'autres dans l'établissement du lien de filiation ». M. DOUCHY-LOUDOT, « Les filiations électives à l'épreuve du droit : vingt ans après », *art. precit.*, p. 505.

⁴ C. LABRUSSE-RIOU, « Propos conclusifs. Les procréations médicalement assistées, lieu de confrontation du réel et de l'imaginaire », *Arch. philo. dr.*, 2014, t. 57, pp. 485-499.

⁵ V. *supra*, n° 376.

⁶ V. particulièrement, C. BRUNETTI-PONS, « La nécessité de réformer la loi du 17 mai 2013 pour rendre sa cohérence au droit de la famille et du couple » in *Le Mariage&La Loi. Protéger l'Enfant*, op. cit., 2016, pp. 327-337.

537. L'adoption à reconstruire. Alors que l'adoption visait, au lendemain de la première Guerre mondiale, à prendre en charge un nombre élevé d'enfants orphelins¹ en lui assignant une fonction « réparatrice »², l'état de cette institution est loin de répondre, aujourd'hui encore, à un tel objectif. Utilisée par les familles recomposées³ puis les couples homosexuels⁴, le modèle de la filiation biologique sur lequel elle a été construite ne correspond plus aux réalités actuelles. C'est pourquoi son ouverture au profit des couples de même sexe laisse perplexe, faute d'une refonte globale. Une partie de la doctrine n'a pas manqué de souligner la nécessité d'une reconstruction de l'adoption en distinguant les situations d'adoption d'un enfant abandonné en vue de créer une famille, d'autres situations permettant la consolidation de familles par l'adoption de l'enfant du conjoint voire, la création d'un enfant⁵. Monsieur le professeur MURAT ne manque de souligner que « le rattachement ne peut être fondé sur la même cause lorsqu'il s'agit d'accueillir un enfant déjà né auquel il faut donner une famille de remplacement ou de s'engager dans des processus médicaux qui permettent de faire naître un enfant désiré dès l'origine »⁶. À l'issue des premières réflexions menées, l'adoption simple serait celle qui souffrirait le plus du « manque de lisibilité sur ses finalités »⁷, tant elle a réussi, par sa souplesse, à épouser la variété des intérêts individuels –non sans un contorsionnisme juridique⁸. L'objectif de « rationalisation de ses finalités » constitue un impératif qui permettrait de mettre l'accent sur sa finalité, qui demeure l'inscription d'un enfant au sein d'une généalogie. À cet égard, Madame MIRKOVIC propose une définition de ce qu'est l'adoption, en référence à l'objectif qu'elle est censée satisfaire. Celle-ci serait « l'institution au service de l'enfant, qui a pour objet d'offrir à l'enfant privé de ses père et mère d'origine, ou de l'un d'eux, des pères et mères adoptifs »⁹. Naturellement -dans la logique de l'auteur- l'adoption par une personne seule serait supprimée, car elle n'est pas en mesure de réparer la privation de l'enfant de ses deux parents¹⁰. Si l'objectif est de

¹ Loi du 19 juin 1923 qui a permis l'adoption des mineurs dans l'intérêt des orphelins de guerre.

² P. MURAT, « Passer par la filiation ou dépasser la filiation », *art. précit.*, p. 262.

³ V. *supra*, n° 255.

⁴ V. *supra*, n° 368 et s.

⁵ H. BOSSE-PLATIERE, « Premières réflexions pour une indispensable reconstruction du droit de l'adoption », in *Mélanges en l'honneur du professeur Raymond LE GUIDE*, Paris, LexisNexis, 2014, pp. 589-606 ; J. HAUSER, « L'adoption simple, joker de la crise de la parenté ! », *Rev. dr. fam.*, 2010, n° 9, Alerte 55 ; V. aussi du même auteur : « Que faire de l'adoption simple ? », *Mélanges en l'honneur du professeur NEIRINCK*, Paris, LexisNexis, 2015, pp. 523-537.

⁶ P. MURAT, « Pour une vraie réflexion prospective en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Raymond LE GUIDE*, *op. cit.*, pp. 787-788.

⁷ H. BOSSE-PLATIERE, « Premières réflexions pour une indispensable reconstruction du droit de l'adoption », *art. précit.*, p. 597.

⁸ *Ibid.*, p. 591.

⁹ A. MIRKOVIC, « Refonder le droit de la filiation », in *Le Mariage&La Loi, Protéger l'enfant*, *op. cit.*, p. 301.

¹⁰ L'auteur réserve le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint qui permet de compléter le schéma familial, voire l'adoption d'un enfant orphelin par un oncle ou autre membre de la famille afin d'échapper à la lourdeur de la gestion tutélaire.

refonder solidement le droit de la filiation en remettant l'enfant au cœur du dispositif, d'autres travaux doctrinaux, particulièrement le rapport *Filiation, origines, parentalité* remis à Madame BERTINOTTI préconisent un tout autre chemin dans la refonte du droit de la famille. L'abandon de la logique imitative de la procréation biologique au profit de tous les couples est au cœur des propositions de ce texte.

B) Vers la filiation monosexuée

538. Vers une déclaration commune anticipée de filiation¹ ? En plein essor dans les pays ayant connu plus tôt des évolutions semblables, la comaternité est fondée -à l'instar de celle des pères dans les couples hétérosexuels- sur le consentement à l'AMP donné devant un juge ou un notaire. Cette perspective favorise l'établissement automatique du lien de filiation à l'égard du couple de même sexe non par présomption, mais par déclaration. Une comaternité posant une présomption n'est cependant pas préconisée par le rapport de Madame THERY. Pour celle-ci, la filiation d'un enfant issu d'une insémination artificielle avec un tiers donneur n'a pas à s'inscrire dans un modèle pseudo-procréatif² et serait limitée au seul mariage. Or le rapport souhaiterait bannir tout traitement différencié reposant sur la nature du statut conjugal et, de ce fait, fonder la procréation sur le seul engagement parental³. Cet engagement à *engendrer* devant être le même pour tous les couples, plus rien ne justifierait la distinction entre les statuts conjugaux. Ce préalable étant précisé, il convient de souligner que le consentement du père dans le cadre d'un don anonyme est pour l'heure maintenu secret, pour permettre à la présomption de paternité de jouer pleinement, conformément au modèle biologique. De la même manière, l'homme qui épouse une femme ayant un enfant ne peut en devenir le père que s'il l'adopte. Si la présomption est limitée au sein des couples de femmes⁴, leur permettre d'établir un lien de filiation à l'égard de l'enfant créerait une inégalité entre les couples, du seul fait que l'épouse de la mère ait eu recours à un don de sperme anonyme⁵. Le raisonnement en

¹ J.-J. LEMOULAND, « La filiation déséxuée: nouveau modèle pour la famille de demain ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claire NEIRINCK*, Paris, LexisNexis, 2015, pp. 562-580.

² En effet, la logique clairement affichée du rapport est de s'éloigner de la procréation charnelle comme modèle, afin de reconnaître le rôle entier du donneur de gamète dans l'engendrement.

³ I. THERY, *Filiation, Origines, Parentalité, rapp. précit.*, p. 170.

⁴ Madame le professeur Claire NEIRINCK l'explique parfaitement : « Les présomptions sont “des conséquences que la loi tire d'un fait connu à un fait inconnu” (C. civ., art. 1349). Ce mode de preuve repose sur des déductions qui permettent d'affirmer comme vrai ce qui n'est que vraisemblable. S'il est vraisemblable que l'homme qui vit avec la mère peut être le géniteur de l'enfant, ce qui permet sur le terrain du droit d'imposer sa paternité, on ne peut absolument pas déduire du fait qu'une femme vive avec une autre femme et consente à son insémination artificielle qu'elles ont conçu ensemble l'enfant ». C. NEIRINCK, « La comaternité », *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 3, repère 3.

⁵ V. DEPADT-SEBAG, « La place des tiers dans la conception d'un enfant né par AMP avec donneur : un secret d'ordre public », *D.*, 2011, chron. 350 ; V. DEPADT-SEBAG, « Le don de gamètes ou d'embryon dans les procréations médicalement assistées : d'un anonymat imposé à une transparence autorisée », *D.*, 2004, p. 893.

termes de déclaration commune anticipée au profit des couples de même sexe implique de revoir l'adoption de l'enfant du conjoint mais aussi l'avenir que l'on souhaite réserver à la présomption de paternité. La mise à plat du droit des couples serait inéluctable en vue de mettre en place une égalité tenant à un engagement identique que ce soit en mariage, en Pacs ou en concubinage. Le rapport ne manque de la souligner lorsqu'il envisage la conception de l'enfant de manière parfaitement autonome du statut des parents¹. Si la déclaration de volonté commune anticipée pourrait être une alternative permettant l'établissement de la filiation de l'enfant en dehors de toute apparence pseudo-procréative –celle-ci ne serait pas censée traduire la vérité biologique- le rapport s'y montre favorable tant pour les couples de même sexe que pour les couples non mariés (le conjoint étant entendu au sens très large au sein du rapport)². Un tour d'horizon en droit comparé permet de révéler que les pays ayant déjà adopté cette déclaration commune l'auraient néanmoins réservée aux couples non mariés³, hétérosexuels soient-ils ou homosexuels, en la subordonnant à l'accord de la mère de l'enfant. Or, le consentement commun donné au projet parental devrait –pour les promoteurs de ce modèle- pouvoir se suffire à lui-même, c'est-à-dire sans qu'un accord de la mère gestatrice à la déclaration de parentalité de la conjointe ne soit nécessaire, au risque de se muer en une sorte d'adoption au moment de sa mise en oeuvre⁴. Les deux membres du couple qui consentiraient en la forme authentique à l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur feraient concomitamment une déclaration commune anticipée de filiation devant le juge ou le notaire. La condition de secret serait même abandonnée au profit de la mention à l'article 311-20 du Code civil d'un droit au respect de la vie privée des parents –dont relève la conception de l'enfant- et permettre une meilleure association du *donneur d'engendrement* au projet parental afin de le sortir de sa zone d'ombre. De cette manière serait assurée une meilleure responsabilisation des parents et la fin de l'effacement du donneur. Madame le professeur Claire NEIRINCK mettait déjà en garde contre les dangers que soulèverait une telle admission : « sous son inexacte nomination, elle (la comaternité) masque la légalisation d'une nouvelle filiation qui nie la réalité biologique de l'engendrement et qui refuse la dimension institutionnelle des structures de la parenté. Elle est le fruit exclusif d'un accord privé passé entre deux personnes. À la conception artificielle et contractualisée de l'enfant, elle ajoute un partage conventionnel de la filiation et de l'autorité parentale (...) Admettre la comaternité, (...) c'est renoncer à ce qui fait la force du droit : son caractère extérieur indispensable, qui, seul, lui permet de régir et de réguler les diverses relations qui s'établissent entre ses membres »⁵.

¹ I. THÉRY, *rapp. précit.*, p. 171.

² *Ibid.*, p. 175.

³ Notamment, l'Espagne, le Royaume-Uni et la Québec.

⁴ *Ibidem.*, p. 174.

⁵ C. NEIRINCK « La comaternité », *art. précit.*

539. La particularité du droit anglais. Le support contractuel de telles filiations fictives révèle le pouvoir de la volonté, fondée sur la toute puissance. D'autres législations, notamment anglaise, s'y rallient déjà. Dans son travail de thèse, Madame Laure MONTILLET DE SAINT-PERN explique de quelle manière le droit anglais fait une place à la notion d'*intent model*, filiation fondée sur la volonté et non sur le lien conjugal des parents. La dissociation entre statut des parents et projet parental en droit anglais lui permet de reposer sur l'unique volonté d'être parent, appuyée par la mise en place d'un système de présomption au profit des couples mariés et des couples ayant contracté un *civil partner*. Au sein d'un couple de femmes, l'attribution de la *parental responsibility* au bénéfice de la *second female parent* permet à la partenaire de la mère d'être considérée comme l'« autre parent » de l'enfant¹. Lorsque la mère n'est pas engagée dans un *civil partnership*, la compagne de la mère peut néanmoins acquérir la *parental responsibility* suivant les mêmes modalités que le père non marié. Lorsque les conditions relatives à la *agreed female parenthood* sont remplies, la compagne de la mère bénéficie de la *parental responsibility* du fait de sa déclaration de parenté concordante avec celle de la mère ou solliciter du juge un *parental responsibility order* en raison du rôle effectif exercé auprès de l'enfant, voire conclure un *parental responsibility agreement* avec la mère. Si un tel accueil de la parentalité a été rendu possible en droit anglais, c'est que celui-ci s'attache davantage à l'appréciation du rôle parental effectif du parent social, sans chercher à lui attribuer un statut spécifique. Une telle attitude contraste avec la logique juridique française, habituée à raisonner en termes de statuts. La mise en place de catégories juridiques, corollaires du principe de sécurité juridique en France, s'accommode pourtant mal de la malléabilité que l'on souhaite faire endosser à la filiation. Si le statut est clairement distingué du rôle en droit anglais –source, au demeurant, de flexibilité-, cet élément est la pièce manquante qui est aujourd'hui discutée en France. Le renoncement au statut au profit du rôle joué par le parent social ne va pas sans dénaturer les fondements du système juridique, fortement attaché au raisonnement en termes de statuts. Il s'agit donc bien d'un renouveau qui est proposé, pas seulement de la notion de filiation mais des fondements du système juridique.

540. Vers une contamination législative ? Le rapport *Filiation origines et parentalité* semble pourtant avoir jeté les fondations de ce renouveau vers un droit *post-moderne* de la filiation. De plus en plus appréhendé en termes de « modernité et d'évolution » -appréciées à l'aune du degré de développement des sociétés- le droit de la famille ne saurait résister à cette attraction pour s'aligner sur les législations *modernes, humaines et égalitaires* des pays occidentaux. Convient-il de souligner que la Belgique a adopté, le 1^{er} janvier 2015, une loi instituant la comaternité, suivant le chemin balisé par le Code civil québécois depuis 2002, et espagnol depuis 2007. Désormais, le voisin belge admet que le consentement donné par une femme à l'insémination artificielle de sa

¹ Children Act (c. 41) 1989, Section 2 (1A) (a).

conjointe désigne automatiquement celle-ci comme deuxième parent de l'enfant. Il est permis de croire que la contamination législative qui s'ensuivra permettra, dans les prochaines années, d'instituer un tel modèle de filiation pour tous en droit français.

§2) Quel avenir pour l'enfant

541. La réification de l'enfant. L'article 7 de la Convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant dispose que celui-ci a le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux. Or, lorsque la conception de l'enfant s'inscrit dans le cadre d'un projet parental à plusieurs, son intérêt est purement et simplement nié. Monsieur le professeur Jean HAUSER l'exprime d'ailleurs bien lorsqu'il fait remarquer que « tout se passe comme si l'intérêt supérieur de l'enfant était absent quand on le fabrique, quand on le fait naître et quand on établit sa filiation, la seule voix audible étant alors celle des candidats parents, peu importe son intérêt à naître, puis, pendant le déroulement de la famille, on verrait s'inverser les choses, et cet enfant, dont l'intérêt n'a rien pesé quand on l'a fabriqué, serait-ce avec le secours de la médecine et du droit, deviendrait le roi de la situation au prix d'excès et de contradictions nombreux..., son existence devenant parfois l'alibi des illégalités commises par ses parents pour le fabriquer. Le flou entretenu des critères nourrit un opportunisme parfois surprenant »¹. À pousser le raisonnement à son extrême, Madame le professeur Méлина DOUCHY-OU DOT n'exclut pas la possibilité d'une « élection inversée »² dans laquelle la volonté de l'enfant serait opposée à celle des parents. Cet « orphelinat provoqué »³ par ce que les psychologues appellent le meurtre symbolique du père conduit à priver l'enfant délibérément de ses repères généalogiques. Outre la *réification radicale* que suppose la fabrication, la congélation et l'expérimentation sur l'embryon, il s'agit ici d'une *réification de deuxième degré*, dont la conséquence est de porter atteinte à la représentation que se fait de lui l'être humain⁴ en procédant à une rupture volontaire « de ses liens généalogiques, qui font partie de son être, l'enfant est en quelque sorte créé *ex novo* comme s'il n'était qu'une "chose", comme s'il n'avait pas le droit à compter sur une origine familiale précise »⁵. Ce « vide d'ascendance »⁶ nie la parenté biologique pour ne rattacher l'enfant qu'à des critères sociaux totalement

¹ J. HAUSER, « Retour sur le sens du temps en droit de la famille », in *Parenté, filiation, origines. Le droit de l'engendrement à plusieurs*, op. cit., p. 326.

² M. DOUCHY-OU DOT, « Les filiation électives à l'épreuve du droit, vingt ans après », art. précit., p. 510.

³ R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Paris, LGDJ, 1996, p. 186, spec. n° 324.

⁴ *Ibid.*, p. 186, spec. n° 323.

⁵ *Ibid.*, p. 186, spec. n° 324.

⁶ Pour reprendre l'expression de Monsieur ANDORNO, in *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, op. cit., p. 185.

désincarnés¹, et peut conduire l'être humain à ne plus savoir qui il est véritablement en tant que personne². Paradoxalement, le rapport précité suggère de renforcer l'accès aux origines personnelles afin de « compenser l'insuffisance d'une parenté d'intention détachée de l'engendrement »³. N'est-ce pas, de l'aveu d'un éminent auteur, un nouvel hommage au modèle décrié ?⁴

542. Le droit à l'identité distinct de la filiation. Dans le cadre de ces procréations artificielles, le lien de filiation fera d'abord état de « l'intervention scientifique ou l'existence d'une relation de passage ou un arrangement croisé entre des couples gay et lesbien (donc également l'effacement plus ou moins important d'un protagoniste) ; puis il raconte ensuite (et surtout) la puissance de la volonté, la force du projet parental »⁵. Le lien de filiation ne relatera donc pas le même récit sur l'origine de la vie. Une fois le voile levé sur sa conception, l'enfant ressentira le besoin de connaître le nom de son donneur biologique, car le désir de savoir d'où l'on vient et quelle est son ascendance est un besoin profondément enraciné en l'homme. Pourtant, Madame le professeur THERY dénonce une conception essentialiste et dualiste de la personne, qui consiste à définir l'individu comme un corps et un esprit. Pour celle-ci, cette conception « empêche d'apercevoir qu'il y a en réalité deux questions “*qui ?*” et donc deux sens à la notion même d'identité »⁶. D'une part, l'identité au sens de l'identification, et l' « identité narrative » de sa propre vie. Dans le droit chemin de cette réflexion, le rapport que l'auteur préside préconise de « permettre à toute personne issue d'un engendrement avec tiers donneur (gamètes, embryons) réalisé dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation, qui en fait la demande de se voir délivrer l'identité de son donneur à sa majorité (...) »⁷, la rencontre à proprement dite avec le donneur demeurerait elle, tributaire de l'accord donné par le géniteur. La révélation de l'identité du donneur semble actuellement une alternative qui séduit, tant du point de vue juridique qui l'admet comme une composante de la personnalité de l'enfant, distincte de son droit à la filiation, que du point de vue psychologique afin d'aider l'enfant à se construire. D'ailleurs, en aucun cas cette révélation ne remettrait en cause le lien de filiation établi à l'égard des parents sociaux, et Monsieur le professeur Pierre MURAT l'avait déjà bien exprimé il y a quelque temps : « En permettant la révélation de l'identité

¹ Sur cette notion, V. I. MOINE, *Les choses hors commerce. Une approche juridique de la personne humaine juridique*, Paris, LGDJ, 1997.

² À cet égard, Messieurs les professeurs Malaurie et Fulchiron ont pu écrire, à juste raison, qu' « il ne s'agit pas seulement de faire un enfant, il faut l'élever et en faire un homme –et les artifices sont ici plus qu'impuissants : il n'y a pas d'éducation médicalement assistée ». Cf. P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, Paris, LGDJ, 5^{ème} éd., 2015, n° 1024, spec. p. 466.

³ D. FENOUILLET, *art. précit.*, n° 53, p. 68.

⁴ *Ibid.*, n° 52, p. 68.

⁵ P. MURAT, *art. précit.*, p. 270.

⁶ I. THERY, *Des humains comme les autres, op. cit.*, p. 210.

⁷ I. THERY, A.-M. LEROYER, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail remis à la ministre déléguée chargée de la Famille, p. 236.

du donneur, il ne s'agit nullement de remettre en cause le lien de filiation à l'endroit du couple stérile mais de reconnaître que la satisfaction du besoin que ressent parfois l'enfant d'éclaircir l'identité de ses géniteurs prime sur les intérêts des autres personnes concernées »¹. Dès 2002 la loi créant le Conseil National d'Accès aux Origines Personnelles (CNAOP) isole la notion d'origine de celle de filiation. La découverte par l'enfant de son géniteur ou de sa génitrice est sans effet sur l'état civil et sur la filiation. Est donc clairement distinguée ici l'origine biologique de la notion de filiation, que celle-ci n'englobe plus. L'autonomie de l'identité psychologique et sociale de la personne est consacrée².

543. L'intérêt vital d'accéder à ses origines personnelles. La Cour européenne des droits de l'homme a développé une abondante jurisprudence sur la question de l'identité. Dans l'arrêt *Gaskin c/ Royaume-Uni*³, la Cour européenne se prononce pour la première fois sur l'importance que peut revêtir l'accès aux informations relatives à l'enfance dans la construction identitaire de l'individu. À l'occasion de l'arrêt *Jäggi c/ Suisse*, elle admet que le droit de connaître son ascendance se trouve dans le champ d'application de la notion de « vie privée » qui englobe des aspects importants de l'identité personnelle, dont l'identité des géniteurs fait partie⁴. Faisant directement suite à l'arrêt *Mikulic c/ Croatie*⁵, la Cour considère même que le prélèvement ADN constitue une « ingérence relativement peu intrusive » qui ne contrevient ni au droit du défunt de reposer en paix, ni au principe de sécurité juridique, encore moins au principe du respect de la vie privée du défunt qui s'éteint avec la mort⁶. Il existerait pour la Cour un « intérêt vital » des individus à connaître leur ascendance biologique⁷, devant faire l'objet d'une pondération avec le droit des tiers à

¹ P. MURAT, « Procréation assistée et droits de l'enfant », *Rev. dr. sanit. soc.*, 1991, n° 3, p. 388.

² Cette nouvelle identité sociale devient « floue, modelable au grès des revendications et des besoins », conduit au délitement de la notion d'état de la personne. Elle a pour conséquence que le service de l'état civil devient un « lieu de publicité comme un autre », et l'acte de naissance « le seul et unique document (...) paraît absorber l'intégralité de l'institution ». Cf. C. NEIRINCK (dir. de), *L'état civil dans tous ses états*, Paris, LGDJ, coll. « Droit & Société », 2008, p. 185-191, spec. 185-187.

³ CEDH, 1^{er} juil. 1989, *Gaskin c/ Royaume-Uni*.

⁴ CEDH, 13 juil. 2006, *Jäggi c/ Suisse*, n° 58757/00, § 48 ; *RTD civ.*, 2006, obs. J.-P. MARGUENAUD, p. 727.

⁵ CEDH, 1^{ère} sect., 7 fév. 2002, *Mikulic c/ Croatie*, *RTD civ.*, 2002, obs. J.-P. MARGUENAUD, p. 866 ; *JCP, G, I*, obs. F. SUDRE, p. 157.

⁶ CEDH, 15 mai 2006, *Succession de Kresten Filtenborg Mortensen c/ Danemark*.

⁷ À l'occasion de l'arrêt *Odièvre c/ France* notamment, la requérante ne souhaitait pas remettre en cause son lien de filiation adoptive, mais seulement connaître les circonstances de sa naissance et de son abandon et l'identité de ses parents. La Cour, situant le débat autour du droit au respect de la vie privée tel que protégé à l'article 8 de la Convention, considère que le droit à l'identité et à l'épanouissement personnel commande d'obtenir les informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle. Mettant en balance le droit de l'enfant à connaître ses origines avec le droit au respect de la vie privée des parents biologiques, la Cour conclut que la législation française telle que réformée par la loi du 22 janvier 2002 est compatible avec la Convention. L'État français n'aurait pas excédé la marge de manœuvre dont il disposait afin de parvenir à un équilibre entre les intérêts divergents en cause. Cf. CEDH, gr. ch., 13 févr. 2003, *Odièvre c/ France*, n° 42326/98 ; *D.*, 2003., B. MALLET-BRICOUT, p. 1240 ; *Rev. dr. sanit. soc.*, 2003, F. MONEGER, p. 219 ; *RTD civ.*, 2003. J. HAUSER, p. 276 ; même revue., J.-P. MARGUENAUD, p. 375 ; *Rev. dr. fam.*, 2003, comm. 53, P. MURAT. En revanche, est jugée incompatible à la Convention la législation italienne relative à l'accouchement sous X, au motif que celle-ci ne garantit pas à l'individu en quête de ses origines l'accès à des informations non

ne pas être soumis à une expertise génétique. Or, c'est bien cet équilibre là qui a fait défaut à la France à l'occasion de l'arrêt *Pascaud*¹. Selon la Cour européenne, les juges internes ont « donné plus de poids aux droits et intérêts du père présumé qu'au droit du requérant à connaître ses origines ». Faisant suite à cette condamnation et à l'occasion d'une demande portant sur un prélèvement d'ADN *post-mortem*², la Cour de cassation semble désormais résignée à protéger le droit à l'identité selon la conception biologisante de la CEDH en se fondant sur le texte européen relatif au respect de la vie privée et familiale. Or, que ce soit dans l'affaire *Jäggi* comme dans l'affaire *Pascaud*, les requérants visaient à faire établir une filiation paternelle qu'ils n'avaient pas (ou plus), alors que le cas soumis à la Haute juridiction témoignait d'une simple curiosité dénuée de toute prétention successorale, et ne nécessitait pas une appréhension *via* l'éclairage de l'article 8 de la Convention. La démarche de la Cour de cassation conduit à soulever la problématique identitaire à travers le prisme biologisant de la Cour européenne dont elle semble désormais s'inspirer.

544. Les méfaits d'une telle distinction sur l'enfant. Le risque d'une distinction entre la filiation et l'identité est de procéder à un démembrement de l'identité de l'individu, en procédant à un « dépeçage de l'institution »³, loin de répondre, comme le prétend le rapport, à son unification. Le raisonnement en termes d'origines personnelles « vient mordre sur la filiation en amont, en se substituant à elle dans sa fonction symbolique d'ancrage dans l'humanité. C'est d'autant plus significatif que leur promotion va de pair avec celle de parentalité, qui vient mordre en aval, quant à elle, sur la filiation, amputée ou concurrencée dans une de ses fonctions pratiques : la prise en charge de l'enfant »⁴. En admettant qu'il puisse exister, d'une part, des individus « venus de nulle part », sans ascendance, et d'autres qui puissent être rattachés à de purs étrangers, il est abouti à des inégalités entre les enfants –ce contre quoi le rapport a la prétention de remédier- qui auraient la chance de pouvoir accéder à leurs origines du fait de l'accord donné par leur géniteur, et d'autres qui ne le pourraient pas -en raison du refus qui leur aura été opposé. L'enfant *rejeté* par son géniteur peut avoir du mal à dépasser sa souffrance, car il est beaucoup plus simple de faire le deuil de quelque chose de « connu »,

identifiantes concernant sa mère d'origine, ni ne lui donne la possibilité de solliciter la réversibilité du secret de l'identité de celle-ci. C'est donc tant la garantie substantielle que procédurale qui ferait défaut dans la législation italienne, « qui ne tente de ménager aucun équilibre entre les droits et les intérêts concurrents », privilégiant ainsi le droit de la mère à la conservation de son anonymat au mépris du droit de l'enfant à connaître ses origines. C'est donc l'absence de toute tentative de conciliation qui serait sanctionnée par la Cour. Cf. CEDH, 25 sept. 2012, *Godelli c/ Italie*, n° 33783/09.

¹ CEDH, 16 juin 2011, *Pascaud c/ France*, n° 19535/08, *D. actu.*, 5 juil. 2011, note C. SIFFREIN-BLANC ; *AJ fam.*, 2011, obs. F. CHÉNEDÉ, p. 429 ; *RTD civ.*, 2011, obs. J. HAUSER, p. 526 ; *Rev. dr. fam.*, 2011, obs. M. BRUGGEMAN, alerte 72.

² Cass civ. 1^{ère}, 23 novembre 2014, n° 13-21.018, *Rev. dr. fam.*, 2015, comm. 9, obs. C. NEIRINCK ; *JCP, G*, 2015, n° 3, 49, M. DOUCHY-LOUDOT.

³ D. FENOUILLET, *art. précit.*, n° 54, p. 70.

⁴ *Ibidem.*, n° 54, p. 70.

que de « rien »¹. L'enfant se mue alors objet de connaissance médico-psycho-sociologique² que l'on essaiera d'analyser. C'est pourquoi l'abandon de la « vertu unificatrice » et naturelle du mythe de l'engendrement pousse Monsieur le professeur MURAT à considérer que « passer par la filiation oblige à changer de discours », car l'utilisation des mécanismes propres à la filiation en dénaturera nécessairement le sens. Si l'évolution législative confirmait un tel tournant, il restera alors à définir le nouveau mythe unificateur au fondement du lien de filiation. Si l'être humain n'est plus appréhendé dans sa globalité, mais « par la description physiologique à l'échelle contre-intuitive du gène ou du cellulaire, le risque est de fonctionnaliser et de techniciser, de faire disparaître ce qui est relations humaines (désir d'enfant, don, soutien, accompagnement) sous la logique instrumentale de rapports (service corporel, transfert de gamètes, matériaux etc...) »³. D'où l'inconvénient d'une approche reposant exclusivement sur la volonté indépendamment de toute réalité génétique, au risque de désincarner totalement le lien de filiation. Les enjeux sont de taille tant sur le plan éthique et symbolique. À partir du moment où l'être humain n'est appréhendé qu'au travers de sa composante cellulaire et génétique, à l'exclusion d'une approche sur l'individu en tant que personne humaine, « il est impossible de le penser autrement qu'en termes de chose, un bien spécial certes, mais un bien quand même, cédé, exporté, importé, pour les besoins de la recherche et des espérances dans le progrès de la science »⁴. Le besoin affectif des adultes et l'égalité formelle entre les couples conduit irrémédiablement à une pluri-parenté, au demeurant impossible⁵. Le désir d'enfant ne légitime pas tout comme le fait si bien remarquer Madame le professeur Méлина DOUCHY-LOUDOT, car « il est des désirs qu'il faut savoir ne pas assouvir, surtout lorsque la personne de l'enfant est en cause. Le droit à l'identité ne saurait suffire à rétablir ce que la dissociation organisée du don de la vie et de l'éducation aura brisé. Les réponses du droit ne seront que palliatives »⁶, la redéfinition de la parenté insaisissable⁷.

¹ R. ANDORNO, *op. cit.*, p. 189, spec. n° 330. Or, pour Madame le professeur Irène THERY, derrière ce « rien », constitué par le don de gamètes, il y aurait le geste du don, car les gamètes ne peuvent être perçus tel un matériau interchangeable, mais seraient *toujours-déjà* investis de signification en tant que porteurs et transmetteurs de vie. À notre sens ce raisonnement ne peut tenir du fait même de l'anonymat qui dépersonnalise le don. Par conséquent, bien que porteurs de vie, les gamètes donnés ne peuvent être considérés comme *toujours-déjà* investis de signification pour l'enfant qui est en issu. Cf. I. THERY, *Des humains comme les autres, Bioéthique, anonymat et genre du don*, éd. EHESS, 2010, p. 125.

² Pour reprendre l'expression de Monsieur le professeur Yves LEQUETTE, « L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe : clarification et réflexions », in *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, Y. LEQUETTE, D. MAZEAUD (dir. de), Paris, éd. Panthéon-Assas, 2014, p. 20, spec. n° 20.

³ J.-P. PIERRON, « Le Geste et la Parole –Nouvelles techniques de procréation et dit du droit », *art. précit.*, p. 231.

⁴ C. LABRUSSE-RIOU, « Que peut dire le droit de "l'humain" ? », in *Études*, oct. 2010, p. 350.

⁵ D. FENOUILLET, *art. précit.*, n° 55, p. 70.

⁶ M. DOUCHY-LOUDOT, « Les filiation électives à l'épreuve du droit, vingt ans après », *art. précit.*, p. 511.

⁷ D. FENOUILLET, *art. précit.*, n° 55, p. 71.

Conclusion du chapitre second

545. La filiation juridique *pour tous* est une façon provocatrice d'aborder la question de la reconnaissance d'un droit subjectif à la filiation, non du côté de l'enfant mais du côté des parents. Le désir d'enfant, porté par un projet parental au sein des deux systèmes juridiques est au fondement du recours aux sciences biomédicales. La valeur accordée à l'enfant constitue le trait marquant des deux législations. La volonté fonde la parenté avec la possibilité offerte par le droit de recourir aux procréations médicalement assistées. Un fossé sépare cependant le droit français des systèmes maghrébins. L'usage effréné qui est fait de la biomédecine par le recours aux inséminations artificielles hétérologues, les dons d'embryons ainsi que la recherche sur ce dernier sont autant de pratiques que les pays de tradition islamique condamnent avec rigueur. Si le recours à la biomédecine est possible, ce n'est que de façon rigoureusement encadrée et dans le respect du modèle conjugal fondé sur le mariage. L'attention particulière accordée à la procréation et à tout moyen médical la favorisant ne saurait contrevenir aux valeurs islamiques qui subordonnent la science au respect d'un ordre objectif harmonieux. D'emblée, la biomédecine bute sur la finalité d'un donné théologique irréductible. Au Maghreb, l'articulation du donné biologique naturel avec le donné social dans l'établissement du lien de filiation préserve les structures élémentaires de la parenté. Ces sociétés ne seraient-elles pas celles que l'auteur Ivan ILLICH a désignées comme « conviviales », sachant que sous sa plume « l'outil moderne est au service de la personne intégrée à la collectivité, et non au service d'un corps de spécialistes. Conviviale est la société où l'homme contrôle l'outil »¹.

À l'opposé et avec Jacques ELLUL, il est urgent de rappeler que « lorsque la technique entre dans tous les domaines et dans l'homme lui-même qui devient pour elle un objet, la technique cesse d'être elle-même l'objet pour l'homme, elle n'est plus posée en face de l'homme, mais s'intègre en lui et progressivement l'absorbe »². Il est à souhaiter que tel n'est pas le devenir des sociétés occidentales avancées, sous couvert de progrès scientifique et de modernité. Des doutes surgissent face à une biologisation du droit et un législateur français allant au bout de l'évolution initiée avec l'avènement d'une filiation monosexuée.

¹ I. ILLICH, *La convivialité*, éd. du Seuil, 1973, cité par J. TESTARD, *Faire des enfants demain*, éd. du Seuil, 2014, p. 193.

² J. ELLUL, *La technique ou l'Enjeu du siècle*, Economica, 2008, cité par J. TESTARD, *op. cit.*, p. 162.

Conclusion du titre second

546. Tous les couples conjugaux doivent pouvoir accéder à l'enfant, telle est la devise de l'État français et avec elle, la métamorphose juridique de la parenté. La réponse judiciaire apportée à des situations factuelles telles que les GPA ou les PMA réalisées en fraude au droit national à l'étranger traduit un réel dynamisme jurisprudentiel qui tend à faire définitivement basculer le système de parenté d'une ère vers une autre. La prise en compte par les juridictions tant du principe du fait accompli que du critère tiré de l'affection sont les bases de cette conception individualiste d'appropriation de l'enfant où, manifestement, l'intérêt de ce dernier n'est plus le critère d'évaluation premier. Avec le professeur ÉGEA et de façon paradoxale, on aurait pu penser que « l'exclusivité décisionnelle »¹ du juge aurait dû, en principe, maintenir éloignées les demandes les plus diverses tendant à l'instrumentalisation de l'enfant. Or, si tel a pu être l'équilibre², celui-ci n'est plus avec l'entrée en vigueur du mariage au profit des personnes de même sexe. La réponse judiciaire devrait néanmoins, à court ou moyen terme, être suivie de celle du législateur qui devra clairement se prononcer sur les finalités de l'assistance médicale à la procréation ainsi que sur les nouveaux fondements artificiels du droit de la filiation. Si les conséquences de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe ont été mal évaluées, donner accès au mariage, c'était naturellement donner accès à l'enfant. Laisser croire que le couple est possible entre personnes de même sexe revenait nécessairement à laisser croire que l'enfant l'était également. Le mariage est dans ses propriétés naturellement ordonné à la fécondité. Or, dans les deux hypothèses, mariage et filiation, l'absence d'altérité sexuelle est une négation des institutions dont l'accès a été autorisé. Le droit français a opté pour un droit non plus en harmonie avec la nature, mais pour un droit construit au fondement des valeurs républicaines de non discrimination et d'égalité. Ce faisant, il a purement et simplement détruit la famille dans son acception notionnelle de lien générationnel. La famille occidentale *post-moderne* reposerait donc en définitive sur la toute puissance de la volonté individuelle et sur l'engagement libre des individus, qui deviennent les maîtres-mots d'une parenté totalement détachée de sa base biologique. Gageons que l'effort d'inventivité, combiné aux exigences de sécurité juridique et de cohérence, permettront de dépasser les instruments traditionnels du droit de la filiation pour s'adapter aux nouvelles configurations familiales.

¹ V. ÉGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Paris, Defrénois, coll. « Doctorat&Notariat », 2010, p. 437, spec. n° 687.

² Monsieur le professeur ÉGEA écrit ainsi dans son travail de thèse qu'« (...) un équilibre semble cependant se dégager entre le respect de la parenté, d'un ordre généalogique sexué et indérogeable d'une part, et une prise en compte de l'effectivité de la relation interpersonnelle, d'autre part ». Or, c'était sans compter l'entrée en vigueur du mariage entre personnes de même sexe. Cf. V. ÉGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Paris, Defrénois, coll. « Doctorat&Notariat », 2010, p. 437, spec. n° 687.

L'on ne peut néanmoins que recommander la plus grande prudence¹ face aux défis et dangers de la reconstruction du droit de la famille², bien qu'il ressorte clairement une faveur pour l'entière dématrimonialisation des relations familiales. Il était indispensable, surtout pour les pays du Maghreb, de mettre en relief cette évolution des sociétés occidentales.

¹ Sur cette nécessité, cf. *Le mariage & La Loi. Protéger l'enfant*, Publication de l'Institut Famille & République, 2016.

² En ce sens : J. HAUSER, « Le crépuscule de la loi en droit des personnes et de la famille », in *Des liens et des droits*, Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre LABORDE, Paris, Dalloz, 2015, pp. 711-725.

Conclusion de la seconde partie

547. La dématrimonialisation programmée des liens de famille semble constituer une invariante dans la réécriture des derniers textes. Afin d'en vérifier la réalité, il convenait tout d'abord de partir de l'émergence des nouvelles conjugalités, supplantant la traditionnelle opposition mariage d'un côté et unions hors mariage de l'autre. La concurrence du lien matrimonial qui s'ensuit a conduit à l'épuisement du mariage en tant qu'institution, pour n'être finalement qu'une forme de vie de couple parmi d'autres. Il est d'ailleurs apparu qu'un régime impératif conjugal pouvait être dégagé à l'issue de l'étude du rapprochement des différentes formes de conjugalité. L'action du juge est à cet égard déterminante car elle aboutit à dessiner les contours d'une protection minimale bénéficiant à tous les couples conjugaux pendant la vie commune. Il ne serait donc pas inopportun, par souci de cohérence, d'envisager l'élaboration d'un tel régime. L'aboutissement du processus de dématrimonialisation a été la reconnaissance du mariage homosexuel. Le terme « mariage » est maintenu comme contenant, son contenu ayant été radicalement transformé, plus précisément dénaturé. Il ne désigne plus la même réalité qu'autrefois, c'est-à-dire l'union durable de deux personnes de sexe différent ouvrant naturellement sur la famille. Il est aujourd'hui l'union de deux personnes de même sexe, et bien que celles-ci ne sauraient procréer ensemble, le mariage ouvre toujours sur la famille, mais une famille d'un nouveau genre à laquelle le droit semble reconnaître la même utilité sociale que le mariage hétérosexuel, en principe procréateur. Si en droit français le mariage homosexuel constitue désormais une donnée du droit positif, outre méditerranée, il n'en est rien. La superbe du mariage est d'être toujours l'union d'un homme et d'une femme afin d'ouvrir sur une famille dans laquelle la complémentarité naturelle de l'homme et de la femme est l'horizon indépassable des relations sociales. C'est pourquoi l'étendue du phénomène a été étudiée.

À la dématrimonialisation actée de la conjugalité fait pourtant écho le silence du législateur quant au nouveau fondement du système de parenté. Les intentions du législateur étant parfois délicates à déterminer, il a semblé utile d'étudier la représentation plurielle de la parenté, réponse au pluralisme des modes de conjugalité. La volonté individuelle se révèle être au cœur de la nouvelle parenté en construction. C'est en effet elle qui fait l'enfant et qui décide de la manière de le concevoir, avec l'aide ou non d'un tiers. Au mythe de l'engendrement serait substitué celui de la volonté qui permettrait aux individus de « former famille » au-delà des limites imposées par la nature. Or, le principal reproche formé à l'endroit de ce nouveau fondement est son défaut d'objectivité et son inconstance. Particulièrement lorsque la personne de l'enfant est en cause, il ne semble pas à même d'assurer la stabilité nécessaire pour son épanouissement dans la chaîne de la transmission générationnelle. Appuyée du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme, la jurisprudence offre à cet égard un tableau impressionniste tant l'impact de la

conjugalité sur les structures de la parenté a révélé une nouvelle articulation entre couple et filiation, désir des adultes et intérêt de l'enfant. Pendant ce temps de latence et dans l'attente de nouvelles réformes législatives, la jurisprudence a pris le relais du législateur. Ce choix politique a pu être critiqué car il transgresse la lettre de la loi au profit d'une cohérence recherchée du droit substantiel de la famille, avant même que le législateur soit intervenu. Il semblerait en tout état de cause que la jurisprudence ait un rôle incontournable en la matière, son changement de cap dans l'appréciation des situations légalement acquises à l'étranger en fraude au droit national en témoigne. Elle amorce désormais les contours d'une évolution que le législateur se contentera ultérieurement de consacrer. La prochaine étape devrait donc être la réforme du système de filiation. Le point de rupture entre les deux rives de la méditerranée sera alors irrémédiablement consommé

Conclusion générale

548. Un enrichissement mutuel. Le couple et la famille ont permis une immersion entre deux systèmes juridiques distincts. La perspective comparatiste a cependant révélé une évolution respective en France et au Maroc par rapport aux structures traditionnelles de la famille. L'aboutissement de l'étude menée en parallèle a également montré, sans grande surprise, que la rupture est consommée entre deux conceptions opposées du droit de la famille. Pour autant, et l'affirmation est heureuse, la nature religieuse du droit maghrébin n'a pas constitué un obstacle insurmontable à l'étude conjuguée des deux systèmes juridiques¹. Le statut personnel défendu en droit marocain par la religion n'est autre, si l'on excepte la polygamie sur laquelle il n'a pas été polémique, que l'ordre naturel des choses. Il n'est pas nécessaire d'être musulman pour défendre une famille issue de l'union sexuée d'un homme et d'une femme avec pour fruit l'enfant. De ce point de vue, le droit marocain était pendant de longues années en symbiose avec le droit français.

549. Des conceptions devenues distinctes de la famille. La double incursion en droit français et en droit maghrébin s'est révélée enrichissante car elle a ouvert sur une autre manière de concevoir les rapports familiaux et a permis de mieux appréhender la portée des évolutions de chaque système juridique. Cette entreprise, menée selon une analyse systémique, a privilégié les éléments fondamentaux des deux systèmes, en révélant les conceptions philosophique et religieuse respectives. Il en ressort un affaiblissement de la charge politique autrefois attachée au couple et à la famille comme éléments de construction de la société, au profit d'une philosophie privilégiant le bonheur individuel. Cette approche du droit de la famille a tout au long de la démonstration accompagné la réflexion, et a permis de mettre en perspective la conception sociale et religieuse du droit maghrébin aux valeurs démocratiques de la société française. L'attachement de ce système juridique à la préservation d'une famille forte dans laquelle les rôles et les statuts sont clairement déterminés rend compte de l'architecture de l'ordre social : le bonheur individuel ne s'y conçoit pas de manière exclusive et ne constitue pas une finalité en soi. Sorte d'interface entre le besoin d'ordre et le besoin d'organisation politique, la structure familiale offre cependant à l'individu les ingrédients nécessaires à son plein épanouissement. À l'inverse de cette conception, le contenu matériel des normes françaises s'est révélé tout au long de l'étude empreint d'un individualisme patent au détriment des valeurs sociales. La pluralité des normes offertes à l'individu lui permettent de puiser en toute liberté les ingrédients concourant à la poursuite du bonheur selon ses propres aspirations, sans dirigisme aucun. Au besoin d'ordre et d'organisation de la société, censé présumer le bonheur des individus, se substitue désormais l'idée que le bonheur de l'individu est censé assurer celui de la société. Cette inversion de l'échelle des

¹ J. HAUSER, «La réception réciproque des institutions familiales Europe-Maghreb », *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 9, 38.

valeurs déteint sur la sphère juridique, dont l'évolution n'est guère plus surprenante aujourd'hui. Pour preuve, le droit de la famille s'en accommode fort aisément par le choix d'une régulation des relations familiales, à défaut de les organiser¹. C'est, au demeurant, une conception du droit qui fait la part belle à la liberté individuelle, héritage direct de la Révolution française. Or, une telle liberté ne se conçoit pas indépendamment de la réalité et des impératifs d'une société harmonieuse. Il s'agit d'une liberté responsable et en connaissance de cause, exclusive d'une liberté entendue au sens de satisfaction de tous ses désirs.

550. La dématrimonialisation fer de lance du droit français. La thèse s'efforce ensuite de montrer qu'à ce mouvement de privatisation des liens de famille succède un processus plus profond qui tend, par des réformes successives, à assurer leur dématrimonialisation. Si la reconnaissance de la vie commune du couple homosexuel ou hétérosexuel permet de préserver le libre choix des individus, il n'est pas pertinent, à notre sens, de transformer la nature du mariage. Sans doute n'est-ce pas là l'épilogue de cette évolution. Le processus de dématrimonialisation est passé par la consécration des nouvelles conjugalités et la déssexualisation du mariage. Le pas a été franchi du couple à l'enfant, du mariage à la filiation. Cette déstructuration du lien entre conjugalité et filiation s'est révélée être le simple aboutissement d'une évolution plus générale vers une autre ère *post-moderne*, dans laquelle « l'aventure biologique de l'homme » se dirige à n'en pas douter vers une déconnexion de « sa genèse spirituelle »².

551. Une philosophie de l'individu. L'instrumentalisation du corps qui sous tend cette approche constitue la clé de compréhension anthropologique du processus³, l'examen de l'univers normatif bioéthique attestant de l'étendue du phénomène. C'est pourquoi l'ampleur du changement appelle une sérieuse réflexion sur la manière dont l'individu se définit. Le refus des cadres sociaux institutionnels permettant l'identification⁴ conduit ce dernier à se concevoir à partir de son propre horizon, en dehors de toute temporalité. L'instantanéité qui en découle empêche l'inscription de l'individu dans la contrainte du temps, en favorisant une sorte d'« absolutisation de l'instant du maintenant »⁵. Cette

¹ Ainsi que l'explique Messieurs les professeurs MALAURIE et FULCHIRON, « le droit de la famille est le miroir de la société qui le produit : il devient une anthropologie ». *Droit de la famille*, Paris, LGDJ, 5^{ème} éd., 2015, n° 54, p. 42.

² G. COQ, « Identités filiations appartenances : la société en quête de sens », in *Identités, filiations, appartenances*, P. PEDROT, M. DELAGE (dir. de), Grenoble, PUG, 2005, p. 264.

³ É. DE RUS, « Une alternative à la déconstruction de la personne humaine : un éclairage anthropologique sur la crise de la famille », in *La réforme du mariage. Approche critique sur les mutations familiales*, M. DOUCHY- OUDOT (dir. de), Poitiers, DMM, 2013, pp. 33-56.

⁴ G. AÏDAN, É. DEBATS (dir. de), *L'identité juridique de la personne humaine*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2013.

⁵ *Ibid.*, pp. 263-264.

transformation globale du rapport au temps¹ et son éclatement au plan individuel rejaillit sur la sphère collective, à commencer par le droit qu'elle déstructure profondément.

552. Le sens de la temporalité. Il est nécessaire de réinvestir le sens de la temporalité² (en favorisant l'émergence d'une liberté dont l'essence est la durée), car celle-ci découle d'une décision que nous prenons, individuellement et collectivement par rapport au temps³. La famille, groupement qui s'inscrit dans le temps long, offre une continuité que permet la liaison des générations entre elles, et cette continuité est relatée par l'inscription des individus au sein d'un système de parenté. Ce n'est que de la sorte que peut être assurée la continuité de l'espèce humaine. Aujourd'hui que le lien d'alliance n'assure plus sa fonction de liaison des individus entre eux sur le temps long, le rapport de filiation à l'enfant s'impose comme le fondement intemporel chargé de créer du lien entre individus⁴. Or, ce lien doit être réfléchi à l'aune de son déroulement dans le temps dont l'origine répond de l'avenir. L'idéalisme du lien familial, s'il succombe aujourd'hui à la tendance réaliste⁵ du législateur, rend compte de l'immanence du lien familial en tant que donnée que le droit a la charge de traduire. Face à cette quête de sens, *lier, délier, relier*, demeure la mission du droit.

553. Épilogue. La thèse entreprend enfin de réhabiliter le donné tiré du droit musulman afin de l'extraire de sa zone d'ombre tendant à en faire un droit réfractaire à l'évolution et à la modernité. À cet égard, le droit marocain n'a pas été hermétique à une remise en cause de ses règles, les réformes relatives à la place de la femme dans la famille et aux droits devant lui être reconnus l'ont montré. Sous cet aspect, les sociétés occidentales ont su, dès le début du XX^{ème} siècle, lui accorder la place qui lui revenait dans les sphères publique et privée, à tel point que la femme occidentale est devenue un emblème auprès des partisans de l'égalité hommes-femmes outre-méditerranée. Si la France et les sociétés occidentales ont su, en leur temps, se positionner comme pionniers de la protection des droits de la femme et ont pu inspirer leurs homologues du Sud, peut-être qu'aujourd'hui, le Maroc et les pays du Maghreb ont un rôle à jouer auprès de leurs consœurs pour rappeler le donné naturel des institutions familiales, participant à la juste recherche du bien commun.

¹ Contre laquelle avait déjà mis en garde Monsieur Jean HAUSER, cf. « Retour sur le sens du temps en droit de la famille », in *Parenté, Filiation, Origines, Le droit et l'engendrement à plusieurs*, H. FULCHIRON, J. SOSSON (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 321-328.

² V. en ce sens le rapport annuel 2014 de la Cour de cassation : *Le temps*, La documentation française.

³ Cf. M. CRESP, *Le temps juridique en droit privé, essai d'une théorie générale*, Marseille, PUAM, 2013.

⁴ D. MARCELLI, « Lien d'engendrement, lien de filiation : questions de transmission et d'autorité », in *Identités, filiations, appartenances*, P. PEDROT, M. DELAGE (dir. de), Grenoble, PUG, 2005, pp. 103-111.

⁵ A.-M. LEROYER, « Les nouveaux liens de famille : entre idéalisme et réalisme », in *Les nouveaux rapports de droit*, E. JEULAND, S. MESSAÏ-BAHRI, Paris, RJS éd., t. 39, 2013, pp. 129-142.

Index Thématique

Les numéros renvoient aux paragraphes.

A

Acte usuel : 297, 299

- Présomption d'accord : 298
- Limites : 299

Adoption

- désintérêt de l'enfant
- homosexuelle : 368-369, 371, 536
 - refus jurisprudentiel : 372-373
- mères porteuses v. *Gestation pour autrui*
- personne seule (par) : 370
- plénière : 256
- reconstruction : 537
- simple : 255

Adultère

- cause de divorce : 109
- atteinte à l'honneur (non) : 331

Aide sociale à l'enfance

- mesure d'assistance éducative : 270

Algérie v. *Mariage coutumier*

Aliments

- devoir d'aide matérielle entre pacsés : 285
- devoir de secours entre époux v. *Régime impératif conjugal*

- obligation naturelle entre concubins: 281-282

Ascendance génétique (droit de connaître) v. *État civil, origines personnelles*

Assistance médicale à la procréation

- anonymat : 508
- assistance avec tiers donneur : 506-507, 509
- conservation des gamètes : 509, 531
- convention de gestation pour autrui v. *Gestation pour autrui*
- demande parentale v. *Projet parental*
- don de gamètes : 506-508
 - généralisation : 509
 - interdit : 522
- embryon
 - destruction : 524
 - solutions alternatives : 531
 - libéralisme : 529
 - recherche : 527-528
- filiation à l'égard du tiers donneur v. *État civil, Origines personnelles*
- finalité : 511
 - remise en cause : 514

- formalisme : 501-502

B

Autodétermination

- famille : 141
- islam : 82, 85

Autorité parentale

- conception islamique : 481-482
- contenu : 219
- droit de surveillance v. *Tutelle de mineur*
- droit de visite et d'hébergement du tiers : 252-253
- exercice en commun : 446-447, 449-450
 - généralisation : 451
 - partage avec un tiers : 302-305
- exercice unilatéral : 450
- *hadana* v. Autorité parentale, *conception islamique*
- homologation des conventions parentales v. *Médiation familiale*
- inégalitaire v. *Autorité parentale, conception islamique*
- intérêt de l'enfant v. *Coparentalité*
- notion (de), v. *Coparentalité*
- pouvoir judiciaire v. *Juge*
- relations personnelles avec des tiers v. *Beau-parent*
- résidence de l'enfant v. *Résidence alternée*
- responsabilité : 477
- séparation des parents : 220

Beau-parent : 246 et s.

- auxiliaire : 289
- confusion terminologique : 290
- statut (non) : 258, 287, 294-295

Bioéthique v. *Assistance médicale à la procréation*

C

Carbonnier : 23, 32-33, 36, 90, 98, 249, 312, 320

CEDH

- coparentalité : 151-152
- déplacements illicites : 237-238
- don de gamètes : 510
- embryon : 530
- filiation : 443
- gestation pour autrui : 519
- médiation : 170
- orientation sexuelle : 382
- projet parental : 512
 - approche en termes de droits fondamentaux : 513
- transsexualisme : 366

Civilisation

- conflit (de) : 412

Code civil

- codification : 414-416
- restructuration : 355-357, 389

- Code marocain de la famille**
 - réforme : 116, 419
- Codification**
 - droit musulman : 90-93
- Conciliation**
 - divorce : 129-130
- Concubinage**
 - v. *Régime impératif conjugal*
 - enrichissement sans cause : 349
 - évolution : 315-316
 - *halal* : 398, 402
 - homosexuel : 359
 - rupture : 348, 353
 - société de fait : 349
- Conflits de lois** v. *Droit international privé*
- Conjugalité** v. *Couple*
- Conseil de famille** : 193
- Contractualisation** v. *Privatisation*
- Convention de procédure participative** : 183 et s.
 - articulation avec la médiation : 184
 - définition : 183
 - mise en péril : 186
- Convention franco-marocaine**
 - articulation avec la Convention de La Haye : 239
 - applicabilité : 405-406
 - identité nationale : 403
 - neutralisation : 242, 410
 - révision : 243
- Convention internationale des droits de l'enfant**
 - v. *Déplacements illicites*
- v. *Médiation, parole de l'enfant*
- Convention sur les relations personnelles de l'enfant** : 153-154
- Coparentalité** : 142 et s.
 - définition : 142
 - droit musulman : 219-220
 - en mariage : 156-158, 164
 - intérêt de l'enfant : 195 et s.
 - appréciation judiciaire : 212-217, 234, 236
 - approche occidentale : 198-202
 - approche islamique : 203-204
 - incarcération v. *Droit pénitentiaire*
 - limites : 221-243
 - mesures : 458
 - parents v. *Autorité parentale*
 - *post-divorce* : 163
 - sources internationales et régionales : 148-150, 155
- Couple**
 - concubins : 312-358
 - droits sociaux : 344
 - reconnaissance : 314-315
 - rupture : 348-349
 - concurrence (entre) : 389
 - conjugal : 1-3, 6, 14-15
 - non procréateur v. *Pacs*
 - homosexuel
 - accès à la conjugalité : 360, 367
 - parental v. *Coparentalité*
 - pluralisme conjugal : 312

- *zawj* : 21

D

Délégation d'autorité parentale

- conditions : 260-261
- imposée aux parents : 269, 306

Délégation partage

- au profit du tiers : 262
- appréciation judiciaire des circonstances exceptionnelles : 264
- homoparentale : 263-264

Démariage, v. *Divorce*

Dématrimonialisation : 310 et s.

- définition : 310
- programmée : 547, 550
- système de parenté (du) v. *Filiation monosexuée*

Déplacement illicite d'enfant : 232-244

- appréciation judiciaire du retour : 235, 241
- cadre juridique : 232
- notion (de) : 233

Dialogue entre systèmes juridiques : 417

Devoirs entre époux

- assistance : 327-328
- communauté de vie : 318-319
- fidélité : 331
- présomption de paternité du mari de la mère v. *Présomption de paternité*
- respect : 324-326

- secours v. *Régime impératif conjugal*

Divorce

- admission : 64-65, 105, 110-111, 113
- caractère judiciaire : 124
- *chiqaq* : 126-127
- conciliation v. *Conciliation*
- dédramatisation du divorce : 112
- discorde (notion de) : 128
- encadrement : 108
- évolution v. *Divorce, admission*
- logement familial
 - droit marocain : 137
 - v. *Régime impératif conjugal*
- office du juge v. *Juge*
- pluralisme législatif : 107

Divorce par consentement mutuel

- contrôle du juge : 108
- déjudiciarisation : 115

Divorce pour altération définitive du lien conjugal : 107

Divorce pour faute

- pacification de la procédure : 110-112

Divorce pour rupture de la vie commune

- pouvoir du juge : 107

Droit au bonheur : 313, 433

Droit comparé : 10-13, 26-29, 40, 97, 432-433, 487, 504, 515, 539-540, 545, 548-549, 553

- beau-parent : 257
- médiation : 171

- gestation pour autrui : 515

Droit international privé

- v. *Déplacements illicites d'enfants*
- fraude v. *Gestation pour autrui*
- mariage homosexuel franco-marocain : 390-412
 - admission : 407
- régime matrimonial : 136

Droit pénitentiaire : 222-231

Droit successoral

- conjoint survivant : 103
- droit musulman : 138

E

Égalité

- des couples : 311, 546
- des enfants : 440-442
- des époux : 99-104
- pendant la vie commune : 99-103
- à la rupture : 125-127
- des parents v. *Résidence alternée*
- des sexualités : 378-380
- famille : 141
- fondement : 309

Engendrement

- remise en cause : 535

Équité

- divorce : 130-136
- réforme : 117

État civil

- droit à l'identité : 542

- fin de l'approche binaire : 387

- origines personnelles : 543

Eugénisme : 529

Européanisation du droit de la famille : 409-411

F

Famille

- diversité v. *Couple*
- évolution : 98, 140, 532
- fondement : 17-18, 143
- indétermination : 17
- intemporalité : 552
- lien familial
 - relâchement : 141
- musulmane : 475
- *oussra* : 21
- pluralisme : 389
- recomposée : 249-251
 - transmission des biens par le conjoint : 275

Femme

- épouse : 119
- mère v. *Autorité parentale, hadana*

Filiation

- complaisance : 254
- déclaration commune anticipée : 538
- droit musulman
 - *iqrar* : 466-467
 - contestation : 471-473

- paternelle légitime : 461-463
- sémantique : 459
- égalité : 442
- expertise biologique : 441, 469-470, 473-474
- monosexuée : 538
- notion (de) : 435
- *pour tous* : 532-545
- procréation médicalement assistée : 511
- stabilité : 442, 444
- Tunisie : 478-479
- unification : 442

Filiation artificielle v. *Adoption, Assistance médicale à la procréation*

Filiation charnelle

- contestation par *li'an* : 472
- distinction filiation légitime, filiation naturelle : 438-441, 476-477
- durée de la grossesse : 464
- évolution v. *Parenté, mutation*
- fiançailles : 465
- identification génétique : 473-474
- preuve par témoins : 468
- vérité : 440

G

Gestation pour autrui : 515-520

- condamnation : 517
- droit de l'union européenne : 516
- interdit islamique : 523

- remise en cause de l'interdit : 518
- CEDH v. *CEDH*

H

Homoparentalité : 368-369, 371-373

Homoparenté : 536

I

Identité (droit à l') : 542-543

Ijtihad : 418

Incarcération

- v. *Coparentalité*

Indissolubilité du mariage v. *Mariage occidental*

Intérêt de l'enfant

- durée de grossesse v. *Filiation charnelle*
- v. *Filiation charnelle, fiançailles*
- négation : 503, 533, 544
- réification : 541, 544

Islam

- assistance médicale à la procréation : 521-525
 - limites : 526
- avortement : 499-500
- conception du corps v. *Valeurs islamiques*
- éthique conjugale : 88-89
- intérêt de l'enfant
 - appréciation judiciaire : 215-217
- mariage musulman : 86-87

- message divin : 75-77
 - réhabilitation : 430
 - méthode : 431
- objectifs de la loi : 489
- période préislamique : 70-72
- réflexion éthique : 498
- science et procréation : 489
- *ssolh* : 188-194
- *umma* v. *Umma*

J

Juge

- autorité parentale : 452
- conciliateur : 130
- concubinage : 346
- devoirs du mariage v. *Régime impératif conjugal*
- divorce : 114
- maroc : 25
 - *iqrar* : 466-467
 - *li'an* : 472
- ordonnance de protection : 324-326
- pouvoirs liquidatifs : 185, 187
- tunisie : 478

L

Langage du législateur : 161-162

Legs obligatoire : 139

Libéralités 276-279

- donation-partage : 276-277
- graduelle et résiduelle : 278

- fiscalité : 279

Liberté v. *Privatisation*

- individuelle : 433
- liberté du concubinage
 - recul : 321-322
- rupture : 347-350
- des relations sexuelles v. *Sexe*

Loi

- *APIE* : 160, 456
- conflit (de) : 405-406, 411
- droit comparé : 433
- du 4 mars 2002 : 451
- *Hamon* : 339
- *Malhuret* : 314, 450, 453
- *mariage pour tous* : 374-375
 - Révision : 376
- *Naquet* : 105
- personnalité : 424
- rôle pédagogique : 159
- *Tepa* : 275
- vocation recognitive et vocation intégrative : 411, 432

Logement familial

- conjoint survivant v. *Régime impératif conjugal*
- divorce : 131-132, 137
- pacs v. *Régime impératif conjugal*

M

Maghreb

- réforme : 116

- assistance médicale à la procréation v. *Islam*

Mandat d'éducation quotidienne : 300-301

Mariage

- âge : 120
- amour : 1, 63
- conception islamique v. *Islam*
- consentement : 50-51, 61, 63
- contrat : 49-50, 60, 62
- coutumier : 393-396
 - admission : 393-394
 - Algérie : 397
 - encadrement : 396
 - exportation : 398
 - formalisme imposé : 394
- démariage : 309
- évolution : 375, 433, 487
- filiation : 438-444, 462-465, 472
- franco-marocain v. *Droit international privé*
- homosexuel : 374-376, 389
 - contamination des mœurs : 391, 432
 - exportation : 390
- indépendance patrimoniale : 99, 141
- mineur (du) v. *Mineur*
- musulman : 67 et s.
- occidental : 41 et s.
 - conception philosophique : 45-47, 54-59

- conception religieuse : 48-51, 53,

- solidarité des dettes à l'égard des tiers : 339-340

- violence v. *Régime impératif conjugal*

Maroc

- droit de la famille : 22-24
- place du roi : 423

Médecine

- v. *Assistance médicale à la procréation*

Médiation

- coût : 182
- disponibilité des droits : 180
- droit de l'union européenne : 173, 175
- faiblesse : 179
- familiale : 174, 176-178, 181
- incitation judiciaire : 169
- juge aux affaires familiales
- maroc : 188-192, 194
- objectif : 164-167
- parole de l'enfant : 211

Méthode législative : 374

Mineur

- droit à être entendu : 206-211
 - consécration : 206-207
 - discernement : 209
 - exercice : 208-210
- mariage : 121-122
- évolution du statut : 437

Ministère public :

- divorce : 129, 137
- délégation : 269

Morale

- droit (et) : 44-47

N

Norme sociale de conduite :

399, 421

Notaire

- désignation : 185-187

O

Obligation alimentaire

- concubinage : 286
- pacs : 285

Opposition à mariage v.

Mariage homosexuel franco-marocain

Ordre public

- bonnes mœurs : 421
 - fin : 14
- international : 408-409
- marocain : 422
- religieux v. *Privilège*
- transformation : 358, 389

P

Pacte civil de solidarité

- création : 315-316
- effets v. *Régime impératif conjugal*
- rupture : 350, 353

Parenté

- impact de la biologisation du droit : 490
- mutation : 434
- volonté (et) : 534

Parentalité

- dispositif de soutien aux parents : 260-264
- dispositif au profit des tiers : 265-268
- distinction avec l'autorité parentale : 146
- exercice par les parents v. *Coparentalité*
- situation de fait : 145

Parenté d'intention v. *Projet parental*

Patrimoine

- égalité (par le) : 99-103
- recompositions familiales v. *Libéralités*

Pension de réversion

- concubinage : 345

Philosophie : 45-47, 54-57

Pluralisme législatif

- couple : 15, 311-389
- divorce : 105-113
- filiation : 534-540

Présomption de paternité du mari de la mère

- contestation v. *Filiation*
- déclin : 436
- preuve de la filiation : 463

Privatisation : 32 et s.

- articulation avec la dématriimonialisation : 310, 550

- définition : 32

Privilège : 420-427

- nationalité : 425
- religion : 426

Procédure civile

- innovation : 129

- rapprochement (par la) : 346

Projet parental

- procréation v.

Engendrement

- couples hétérosexuels : 501-502
- couples homosexuels : 19
- intérêt de l'enfant : 503

R

Reconnaissance

- complaisance (de) : 254
- *Iqrar v. Filiation*

Régime impératif conjugal :

16, 351-352, 354

- assistance : 327-330
- contribution aux charges de la vie commune : 334-336
- fidélité : 331-333
- logement du couple : 341-343
- respect : 324-326
- solidarité des dettes ménagères : 337-340

Régime matrimonial

- charge définitive de la dette alimentaire : 284
- communauté universelle : 274
- droit marocain : 134-136

Religion

- droit international privé : 427
- *hadana* (et) : 484

- mariage chrétien v. *Mariage, occidental*

- musulmane

- réhabilitation : 430

- politique (et) : 428

- procréation artificielle (et) : 521-526

Remariage

- *hadana* (et) : 485

Répudiation

- encadrement judiciaire : 124-125

Résidence

- alternée : 453-458
 - admission : 454
 - intérêt de l'enfant (et) : 457
 - objectif v. *Égalité*
 - réforme : 456
 - refus : 453
- changement : 486
- enfants v. *Déplacements illicites*

S

Science : 488

Sentiment d'appartenance

- règle de droit (et) : 399, 401
- *umma* islamique (et) : 400

Sexe

- différence (de)
 - concubinage : 14, 359
 - mariage : 362, 367, 384-385
- genre : v. *Théorie du gender*
- rapports sexuels : 320

- changement : 364-365

Sexualité : 377

Solidarité des dettes ménagères v. *Régime impératif conjugal*

Sujet

- instrumentalisation : 83-84

T

Théorie du *gender* : 363, 388, 429

Tiers v. *Parentalité*

Tunisie

- nom de l'enfant : 478-479

Transsexualisme

- changement d'état : 364-366

Tutelle de mineurs

- *wilaya* : 481-483

Tuteur matrimonial : 123

Tuteur testamentaire : 268

U

Umma : 78-80, 400

V

Valeurs

- islamiques : 432, 549

- conception du corps et de la vie humaine : 497-500

- occidentales : 549, 551

- conception du corps : 494

Vie commune

- concubinage : 317-318

- appréciation judiciaire : 319

- famille recomposée : 283, 291-292

Vie privée

- liberté sexuelle : 380

- protection : 379

Volonté individuelle

- conception de l'enfant : 492-493, 501-502

- liberté de rompre : 104-115

- stérilisation volontaire : 495-496

Bibliographie

Cette bibliographie ne prétend pas être exhaustive. Certaines références citées dans les notes de bas de page de cette étude n'y sont pas reprises. Ces références sont classées par ordre alphabétique. Pour un même auteur, le classement est réalisé par ordre chronologique décroissant.

I. OUVRAGES GENERAUX :

1. Traités et manuels de droit français des personnes et de la famille

AUBRY (C.-M.), RAU (C.-F.)

- *Droit civil français*, par A. PONSARD, Paris, LGDJ, 7^{ème} éd., tome 8, 1973.

BARRIÈRE-BROUSSE (I.), DOUCHY-OUDOT (M.) (dir. de)

- *Les contentieux familiaux. Droit interne, international et européen*, Paris, Lextenso-éditions, 2013.

BATTEUR (A.)

- *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, Paris, LGDJ, Lextenso éd., 6^{ème} éd., 2016.

BATTEUR (A.) (dir. de)

- *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 2016.

BÉNABENT (A.)

- *La famille*, Paris, LGDJ, coll. « Domat droit privé », 3^{ème} éd., 2014.

BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.)

- *Droit des mineurs*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2014.

BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.)

- *Droit civil, introduction, biens, personnes, famille*, Paris, Sirey, 18^{ème} éd., 2013.

CABRILLAC (R.)

- *Droit des régimes matrimoniaux*, Paris, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 7^{ème} éd., 2011.

CARBONNIER (J.)

- *Droit civil, Introduction*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit privé », 27^{ème} éd., 2002.
- *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1^{ère} éd., 2004.
- *Droit civil, la famille, l'enfant, le couple*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit privé », t. II, 21^{ème} éd. refondue, 2002.

COLIN (A.), CAPITANT (H.)

- *Traité de droit civil, Introduction générale, institutions civiles et judiciaires, Personnes et famille*, Refondu par Léon JULLIOT DE LA MORANDIERE, Paris, Dalloz, t. I, 1957.

CORNU (G.)

- *Droit civil, La famille*, Paris, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 9^{ème} éd., 2006.

COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.)

- *Droit de la famille*, Paris, Dalloz Sirey, 6^{ème} éd., 2013.

DOUCHY-OUDOT (M.)

- *Droit civil, Introduction, Personnes, Famille*, Paris, Dalloz, coll. « Hypercours », 8^{ème} éd., 2015.

FENOUILLET (D.)

- *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 3^{ème} éd., 2013.

GHESTIN (J.), HAUSER (J.), HUET-WEILLER (D.)

- *Traité de droit civil, La famille, fondation et vie de la famille*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993.
- *Traité de droit civil, La famille, Dissolution de la famille*, Paris, LGDJ, 1991.

GARRIGUE (J.)

- *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, coll. « Hypercours », 1^{ère} éd., 2015.

GRIMALDI (M.) (dir. de)

- *Droit patrimonial de la famille*, Paris, Dalloz, coll. « Dalloz Action », 5^{ème} éd., 2014.

JUBAULT (C.)

- *Droit civil, les successions, les libéralités*, Paris, Montchestien, coll. « Domat droit privé », 2^{ème} éd., 2010.

LEMOULAND (J.-J.)

- *Droit de la famille*, Paris, éd. Ellipses, coll. « Cours magistral », 2014.

LEQUETTE (Y.), TERRE (F.), GAUDEMET (S.)

- *Droit civil, Les successions, les libéralités*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 4^{ème} éd., 2013.

MALAURIE (P.), AYNÈS (L.)

- *Les régimes matrimoniaux*, Paris, LGDJ, Lextenso éd., 5^{ème} éd., 2015.

MALAURIE (P.), BRENNER (C.)

- *Les successions, les libéralités*, Paris, LGDJ, coll. « Droit civil », 6^{ème} éd., 2015.

MALAURIE (P.), FULCHIRON (H.)

- *Droit civil, La famille*, Paris, LGDJ, coll. « Droit civil », 5^{ème} éd., 2015.

MAZEAUD (H.), MAZEAUD (J.), CHABAS (F.)

- *Leçons de droit civil, La famille*, t. 1, 3^{ème} vol., 7^{ème} éd. revue par L. LEVENEUR, Montchrestien, 1995.

MEULDERS-KLEIN (M.-T.)

- *La personne, la famille, le droit (1968-1998). Trois décennies de mutations en Occident*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1999.

MURAT (P.) (dir. de)

- *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, coll. « Dalloz action », 7^{ème} éd., 2016-2017.

PETOT (P.)

- *Histoire du droit privé français, La famille*, Paris, éd. Loysel, 1992.

PLANIOL (M.), RIPERT (G.)

- *Traité pratique de droit civil français, La Famille*, LGDJ, t. 2, par Rouast (A.), 2^{ème} éd., 1952.

RIPERT (G.), BOULANGER (J.)

- *Traité de droit civil, d'après le traité de Planiol, Introduction générale, organisation judiciaire, institutions juridiques, Les personnes, état, famille, incapacités*, Paris, LGDJ, t. I, 1956.
- *Traité élémentaire de droit civil de Planiol, Régimes matrimoniaux, Successions, libéralités*, Paris, LGDJ, 4^{ème} éd., t. III, 1951.

TERRE (F.), SIMLER (P.)

- *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 7^{ème} éd., Paris, 2015.

TERRE (F.), FENOUILLET (D.)

- *Droit civil, Les personnes*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 8^{ème} éd., 2011.
- *Droit civil, La famille*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 8^{ème} éd., 2011.

2. Traités et manuels de droit marocain et musulman de la famille

BENMELHA (G.)

- *Éléments du droit algérien de la famille. Le mariage et sa dissolution*, Paris, t. 1, éd. Publisud, 1985.

BLANC (F.-P.)

- *Le droit musulman*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1995.

BLANC (F.-P.), MILLIOT (L.)

- *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Dalloz, 2001.

BLEUCHOT (H.)

- *Droit musulman*, t. I « Histoire », t. II « Fondements, culte, droit public et mixte », Marseille, PUAM, 2002.

BORRMANS (M.)

- *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, Paris-La Haye, éd. Mouton, 1977.

BOUSQUET (G.-H.)

- *L'Islam maghrébin. Introduction à l'étude générale de l'Islam*, Alger, éd. La maison des livres, 1942.

CARLIER (J.-Y.), VERWILGHEN (M.) (dir. de),

- *Le statut personnel des musulmans, Droit comparé et Droit international privé*, Bruxelles Bruylant, 1992.

COLOMER (A.)

- *Droit musulman, les personnes, la famille*, Rabat, éd. la Porte, t. I, 1963.

DE WAEL (H.)

- *Le droit musulman, nature et évolution*, Paris, CHEAM, 2^{ème} éd., 1993.

KACHBOUR (M.)

- *Commentaire du Code de la famille, Le mariage*, Casablanca, t. 1, Matba'ath al-najah al-jadida, 3^{ème} éd. revue et augmentée, 2015 (en langue arabe).

LINANT DE BELLEFONDS (Y.)

- *Traité de droit musulman comparé*, 3 volumes (I « Introduction, l'acte juridique », II « Mariage et divorce », III « Filiation, incapacités, libéralités »), Paris, Mouton, 1965.

MILLIOT (L.)

- *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Recueil Sirey, 1953.

NAJI EL MEKKAOUI (R.)

- *La Moudawana, le référentiel et le conventionnel en harmonie. De la réforme de la Moudawana à la concrétisation de son âme*, t. 3, Rabat, 3^{ème} éd. révisée, Bouregreg, 2009.

SAUTAYRA, CHERBONNEAU (E.)

- *Droit musulman du statut personnel et des successions, Du statut personnel*, Paris, Maisonneuve, t. 1, 1873.

SCHACHT (S.)

- *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Maisonneuve&Larose, 1999.

3. Traités et manuels de droit comparé

AGOSTINI (E.)

- *Droit comparé*, Paris, PUF, 1988.

ANCEL (M.)

- *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, éd. A. Pedone, t. I, 1975.
- *Utilité et méthodes du droit comparé, Éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel, éd. Ides et calendes, 1971.
- *Le rôle de la recherche comparative dans la coopération juridique internationale*, Pays-Bas, Leiden, A.W. Sijthoff, 1962.

AOUN (M.) (dir. de)

- *Les statuts personnels en droit comparé, Évolutions récentes et implications pratiques*, Leuven-Paris, Peeters, coll. « Law and religion studies », 2009.

ARMIJON (P.), BORIS NOLDE (B.), WOLFF (M.)

- *Traité de droit comparé*, Paris, LGDJ, t. I, 1950.

BONOMI (A.), STEINER (M.)

- *Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé. Actes du colloque de Lausanne du 30 septembre 2005*, Genève, Droz, 2006.

BOULANGER (F.)

- *Droit civil de la famille, aspects internes et internationaux*, Paris, Economica t. I, 1999.
- *Les rapports juridiques entre parents et enfants, perspectives comparatistes et internationales*, Paris, Economica, 1998.

- *Droit civil de la famille, aspects comparatifs et internationaux*, Paris, Economica, t. II, 1994.

CAPELLER (W.), KITAMURA (T.)

- *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales : autour de Masaji Chiba*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

CAPITANT (H.) (asso)

- *Les successions*, Bruxelles- Paris, Bruylant-LB2V, 2012.
- *Le droit de la santé : aspects nouveaux*, Bruxelles- Paris, Bruylant-LB2V, 2012.
- *La circulation du modèle juridique français*, 1993, Litec.
- *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille*, Journées Turques, Economica, 1988.
- *La protection de l'enfant*, Journées Egyptiennes, Paris, Economica, t. XXX, 1981.
- *Le corps humain et le droit*, Journées Belges, Dalloz, 1975.

CAPPELLETTI (M.)

- *Le droit comparé et son enseignement face à la société moderne*, éd. Padova, CEDAM, 1973.

COMMAILLES (J.), DE SINGLY (F.)

- *La question familiale en Europe*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques sociales », 1997.

CONSTANTINESCO (L.-J.)

- *Traité de droit comparé, la méthode comparative*, Paris, LGDJ, t. 2, 1974.

CUNIBERTI (G.)

- *Grands systèmes de droit contemporain*, Paris, LGDJ, 2007.

DAVID (R.)

- *Traité élémentaire de droit civil comparé : introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Paris, LGDJ, 1950.

DAVID (R.), JAUFFRET-SPINOSI (C.)

- *Les grands systèmes de droit contemporain*, Paris, LGDJ, coll. « Précis », 11^{ème} éd., 2002.

DELMAS-MARTY (M.) (dir. de)

- *Le pluralisme ordonné*, Paris, éd. du Seuil, 2006.
- *Critique de l'intégration normative : l'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, Paris, PUF, 2004.
- *Vers un droit commun de l'humanité*, Paris, éd. Textuel, 2004.

GAMBARO (A.), SACCO (R.), VOGEL (L.)

- *Traité de droit comparé, Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, Paris, LGDJ, 2011.

GERKENS (J.-F.)

- *Droit privé comparé*, Bruxelles, éd. Larcier, 2007.

GUTTERIDGE (H.-C.)

- *Le droit comparé, introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, Paris, LGDJ, 1953.

JULLIOT DE LA MORANDIERE (L.), ANCEL (M.) (dir. de)

- *L'œuvre juridique de Lévy-Ullmann. Contribution à la doctrine moderne sur la science du Droit et le Droit comparé*, Travaux et recherches de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris, éd. de l'Épargne, Paris, 1955.

LAMBERT (E.)

- *Introduction à l'étude du droit comparé, Instruments d'étude du droit comparé, Les aspects, les fonctions et les sources du droit comparé*, Recueil d'études en l'honneur d'Edouard LAMBERT, Paris, LGDJ, 2^{ème} partie, 1938.
- *Introduction à l'étude du droit comparé, Le droit comparé comme science juridique moderne, le droit comparé comme science internationale moderne*, Recueil d'études en l'honneur d'Edouard LAMBERT, Paris, LGDJ, 3^{ème} et 4^{ème} parties, 1938.
- *Introduction à l'étude du droit comparé, Le droit comparé comme science sociale* Recueil d'études en l'honneur d'Edouard LAMBERT, Paris, LGDJ, 5^{ème} partie, 1938.

LAMMERANT (I.)

- *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2001.

LEGEAIS (R.)

- *Grands systèmes de droit contemporain, approche comparative*, Paris, Litec, 2^{ème} éd., 2008.

LEGRAND (P.)

- *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 2009.

MEULDERS-KLEIN (M.-T.)

- *Famille et justice : justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, Paris, LGDJ, 1997.

PATARIN (J.), ZAJTAY (I.)

- *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines*, Paris, éd. A. Pedone, 2^{ème} éd., 1974.

POUSSON-PETIT (J.)

- *Le démariage en droit comparé*, Bruxelles, Larcier, 1981.

ROGUIN (E.)

- *Traité de droit civil comparé. Le mariage*, Paris, éd. Pichon & Successeur, 1904.

SACCO (R.)

- *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991.

SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE

- *Livre du centenaire. Un siècle de droit comparé en France (1869-1969). Les apports du droit comparé au droit positif français*, Paris, LGDJ, t. 1, 1969.
- *Livre du centenaire. Évolution interne et problèmes actuels du droit comparé*, Paris, LGDJ, t. 2, 1969.

4. Dictionnaires et Encyclopédies**ADLER (A.), CHESNOT (C.), MIQUEL (A.) (dir. de)**

- *Dictionnaire du Moyen-Orient, Histoires, cultures, révolutions*, éd. Bayard, 2011.

AL-MIDANI (M. A.), STEHLY (R.)

- *V° Islam*, in *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.) (dir. de), PUF, 2008.

ANCEL (P.)

- *V° Contractualisation*, in *Dictionnaire de la justice* (dir. CADIET (L.)), Paris, éd. PUF, 2004.

ARNAUD (A.-J.), BELLEY (J.-G.), CARTY (J.A.) et alii

- *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993.

BELLIVIER (F.)

- *V° Stérilisation*, *Dictionnaire du Corps*, MARZANO (M.) (dir. de), PUF, 2007.

BODEN (D.)

- *V. Comparatisme*, in *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.) (dir. de), PUF, 2008.

BOUDON (R.), BOURRICAUD (F.)

- *Dictionnaire critique de la sociologie*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2002.

CANTO-SPERBER (M.) (dir. de)

- *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2004.

CORNU (G.)

- *Vocabulaire juridique, Association Henri CAPITANT, Paris, coll. « Quadrige», 10^{ème} éd., 2014.*

DOUCHY-OUDOT (M.)

- *V° Filiation, in Encyclopédie Dalloz procédure civile.*

GAUMONT-PRAT (H.)

- *V° Mère-porteuse, in Dictionnaire du Corps, MARZANO (M.) (dir. de), PUF, 2007.*

GOUTTENOIRE (A.)

- *V° Divorce, in Encyclopédie Dalloz procédure civile.*

GULLIEN (R.), VINCENT (J.), GUINCHARD (S.)

- *Lexique des termes juridiques, Français-Arabe-Anglais, Dalloz, 15^{ème} éd., 2010.*

LABRUSSE-RIOU (C.)

- *V° Filiation, in Encyclopédie Dalloz civil.*

LEMOULAND (J.-J.)

- *V° Famille, in Encyclopédie Dalloz civil.*

LEFEBVRE-TEILLARD (A.)

- *V° Famille, in Dictionnaire de la culture juridique (dir. ALLAND (D.) et RIALS (S.), Paris, éd. Lamy et PUF, 2003.*

LEMOULAND (J.-J.) HAUSER (J.)

- *V° Ordre public et bonnes mœurs, in Encyclopédie Dalloz civil.*

LE ROY (E.)

- *V° Acculturation juridique, in Dictionnaire des Droits de l'Homme, ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.) (dir. de), PUF, 2008.*

ROBERT (P.)

- *Le Grand Robert de la langue française : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, par A. REY, Paris, éd. Le Robert, 2001.*

SICARD (D.)

- *V° Bioéthique, in Dictionnaire du Corps, MARZANO (M.) (dir. de), PUF, 2007.*

THOUVENIN (D.)

- *V° Recherche biomédicale, in Dictionnaire du Corps, MARZANO (M.) (dir. de), PUF, 2007.*

II. OUVRAGES SPECIAUX

1. Monographies, thèses et mémoires en droit français

ALVES PEREIRA (B.)

- *La doctrine du mariage selon Saint augustin*, Paris, éd. Gabriel Beauchesne, 1930.

ANDORNO (R.)

- *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Paris, LGDJ, 1996.

ARNOUX (I.)

- *Les droits de l'être humain sur son corps*, Bordeaux, PUB, 1994.

ATTAL-GALY (Y.)

- *Droits de l'homme et catégories d'individus*, Paris, LGDJ, 2003.

AUNE (A.-C.)

- *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille*, Marseille, PUAM, 2007.

AYNES (L.) (dir. de)

- *L'authenticité*, Paris, La Documentation française, 2^{ème} éd., 2013.

BABY (W.)

- *Les effets patrimoniaux du pacte civil de solidarité. L'invention d'une nouvelle forme de conjugalité*, Paris, Defrénois, Lextenso éd., 2013.

BASDEVANT-GAUDEMET (B.) (coord. par)

- *Églises et autorités, Études de l'histoire de droit canonique médiéval*, Limoges, PUL, coll. « Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique », n° 14, 2006.
- *Contrat ou institution, un enjeu de société*, Paris, LGDJ, 2004.

BATIFFOL (H.), LAGARDE (P.)

- *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 6^{ème} éd., t. 1, 1974.

BAUDOUIN (J.-L.), LABRUSSE-RIOU (C.)

- *Produire l'homme : de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1987.

BEIGNIER (B.), DEUMIER (P.), FULCHIRON (H.) (dir.de)

- *Mélanges en l'honneur du professeur Claire NEIRINCK*, Paris, LexisNexis, 2015.

BEN HADJ YAHIA (S.)

- *La fidélité et le droit*, Paris, LGDJ, 2013.

BENISTY (S.)

- *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Paris, Institut universitaire Varenne, « coll. Des Thèses », 2014.

BERNANT (Y.)

- *Les temporalités du droit de la famille*, Thèse, Lyon, 2015.

BERTHET (P.)

- *Les obligations alimentaires et les transformations de la famille*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2000.

BERTRAND-MIRKOVIC (A.)

- *La notion de personne. Étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, Thèse, Aix-Marseille, 2003.

BETHERY DE LA BROSSE (A.)

- *Entre amour et droit : le lien conjugal dans la pensée juridique moderne (XVI^{ème}-XXI^{ème} siècles)*, Paris, LGDJ, 2011.

BOLOGNE (J.-C.)

- *Histoire du mariage en Occident*, Paris, éd. Hachettes Littératures, 2005.

BONTE (P.), PORQUERES I GENÉ (E.), WILGAUX (J.) (dir. de)

- *L'argument de filiation. Aux fondements des sociétés européennes et méditerranéennes*, Marseille, éd. de la Maison des sciences de l'homme, 2011.

BOUCAUD (P.) (dir. de)

- *L'évolution du concept de famille en Europe depuis trente ans : étude pluridisciplinaire*, Bruxelles, Bruylant, 2009.

BRAS (J.-P.) (dir. de)

- *L'institution, Passé et devenir d'une catégorie juridique*, Paris, l'Harmattan, 2008.

BRIERE (C.)

- *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, Paris, LGDJ, 2001.

BRUN (A.-S.)

- *Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple*, Thèse, Grenoble II, 2003.

BRUNETTI-PONS (C.)

- *La notion juridique de couple*, Paris, Economica, 1998.

BUREAU (D.), DRUMMOND (F.), FENOUILLET (D.) (dir. de)

- *Droit et morale*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2011.

BURGUIERE (A.)

- *La famille en Occident du XVI^{ème} au XVIII^{ème} siècle : le prêtre, le prince et la famille*, éd. Complexe, 2005.
- *Histoire de la famille*, éd. Armand Colin, Paris, 1986.

CABALLERO (F.)

- *Droit du sexe*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2010.

CABRILLAC (R.)

- *Droit des régimes matrimoniaux*, Paris, LGDJ, coll. « Domat droit privé », 2013.
- *Les codifications*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 2002.

CADET (F.)

- *L'ordre public en droit international de la famille. Étude comparée France Espagne*, Paris, l'Harmattan, 2005.

CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.)

- *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Introduction, Personnes, Famille, Biens, Régimes matrimoniaux, Successions*, Paris, Dalloz, t. I, 13^{ème} éd., 2008.

CARBONNIER (J.)

- *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001.
- *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, Paris, Flammarion, 1996.
- *Essai sur les lois*, Paris, Répertoire du Notariat Defrénois, 2^{ème} éd., 1995.
- *Sociologie juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 1994.

CASHIN RITAINE (E.), MAÎTRE ARNAUD (E.), (dir. de)

- *Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droits interne, international et comparé*, Genève-Zurich, Bruylant, 2008.

CASTALDO (A.)

- *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 1^{ère} éd., 2002.

CHABERT (C.)

- *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois*, Marseille, PUAM, 2001.

CHAMPENOIS (G.)

- *Réclamation d'état et revendication d'enfant légitime*, Paris, LGDJ, 1971.

CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.)

- *Approche renouvelée de la contractualisation*, Marseille, PUAM, 2007.

CHELINI (J.)

- *Histoire religieuse de l'Occident médiéval*, Paris, éd. Hachette Littératures, 1991.

CICCHELLI-PUGEAULT (C.), CICCHELLI (V.)

- *Les théories sociologiques de la famille*, Paris, éd. La découverte&Syros, 1998.

COLOMBET (C.), FOYER (J.), HUET-WEILLER (D.) et alii

- *La filiation légitime et naturelle. Étude de la loi du 3 janvier 1972 et de son interprétation*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd. refondue, 1977.

COMMAILLE (J.), MARTIN (C.)

- *Les enjeux politiques de la famille*, Paris, éd. Bayard, 1998.

CORNU (G.)

- *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 1998.

COSTE-FLORETO (A.)

- *La nature juridique du mariage. Ce qu'elle est dans le Code civil ; ce qu'elle devrait être*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1935.

CRÔNE (R.), REVILLARD (M.), GELOT (B.)

- *L'adoption, aspects internes et internationaux*, Paris, Defrénois, 2006.

CUSSET (P.-Y.)

- *Le lien social*, Paris, éd. Armand Colin, 2007.

DABIN (J.)

- *Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, Travaux des VIII^{ème} Journées d'études juridiques Jean DABIN organisées par le Centre de Droit de la Famille les 25-26 mars 1976 à Woluwe-St-Lambert (Bruxelles), Paris, LGDJ, 1978.

DAGENAIS (D.)

- *La fin de la famille moderne*, Rennes, PUR, 2000.

DARMAISIN (S.)

- *Le contrat moral*, Paris, LGDJ, 2000.

DAUDET (P.)

- *Études sur l'histoire de la juridiction matrimoniale*, t. II. *L'établissement de la compétence de l'Église en matière de divorce et de consanguinité*, Paris, Sirey, 1941.
- *Études sur l'histoire de la juridiction matrimoniale*, t. I. *Les origines carolingiennes de la compétence exclusive de l'Église*, Paris, Sirey, 1933.

DE BECHILLON (D.), CHAMPEIL-DESPLATS (V.) et aliii (études coord.)

- *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006.

DE SINGLY (F.)

- *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, éd. Armand Colin, 3^{ème} éd. refondue, 2007.
- *Le lien familial en crise*, Paris, éd. Rue d'ULM, 2007.
- *Les uns avec les autres. Quand l'individualisme crée du lien*, Paris, éd. Armand Colin, 2003.

DEL VECCHIO (G.)

- *Humanité et Unité du droit. Essais de philosophie juridique*, Paris, LGDJ, 1963.

DEVERS (A.)

- *Le concubinage en droit international privé*, Paris, LGDJ, 2004.

DIJON (X.)

- *La raison du corps*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et Religion », 2012.

DOCKES (E.), LHUILIER (G.)

- *Le corps et ses représentations*, Litec, vol. 1, 2001.

DOUCHY-OUDOT (M.) (dir. de)

- *Procédure civile*, Paris, Gualino, 6^{ème} éd., 2014.
- *La réforme du mariage. Approche critique sur les mutations familiales*, Poitiers, DMM, 2013.

DUARD-BERTON (C.)

- *L'ordre public dans le droit de la famille*, Thèse, Paris II, 2004.

DUBOS (O.), MARGUENAUD (J.-P.)

- *Sexe, sexualité et droits européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Paris, éd. A. Pedone, coll. « Droits européens », 2007.

DUMAS (G.)

- *Histoire de l'indissolubilité du mariage en droit français*, Thèse, Paris II, éd. Arthur Rousseau, 1902.

DURAND (B.), FABRE (M.) (dir. de)

- *Continuités ou ruptures ? Cour de cassation en France, Cour suprême au Maroc*, Lille, Publications du Centre d'histoire judiciaire, 2010.

EDELMAN (B.)

- *Ni chose ni personne, le corps humain en question*, Hermann éditeurs, 2005.

EDELMAN (B.), HERMITTE (M.-A.)

- *L'homme, la nature et le droit*, éd. Christian Bourgeois, 1988.

ÉGÉA (V.)

- *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Paris, Defrénois, Lextenso éditions, 2010.

EL HUSSEINI BEGDACHE (R.)

- *Droit international privé et répudiation islamique*, Paris, LGDJ, 2002.

ESCARRAS (J.-C.)

- *La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Liber amicorum, Jean-Claude ESCARRAS, Bruxelles, Bruylant, 2005.

FABRE (M.)

- *Étude de droit français et de droit comparé sur l'état de l'enfant naturel dans la famille et dans la société*, Thèse, Avignon, éd. François Seguin, 1900.

FABRE-MAGNAN (M.)

- *La gestation pour autrui, Fictions et réalité*, Paris, Fayard, 2013.

FAUVARQUE-COSSON (B.)

- *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Paris, Société de législation comparée, 2003.
- *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Paris, LGDJ, t. 272, 1996.

FAUVARQUE-COSSON (B.), PATRIS-GODECHOT (S.)

- *Le Code civil face à son destin*, Paris, La Documentation française, Ministère de la Justice, 2006.

FENOUILLET (D.) (dir. de)

- *L'argument sociologique en droit. Pluriel et singularité*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes&commentaires », 2015.

FENOUILLET (D.), VAREILLES-SOMMIERES (P.) (dir. de)

- *La contractualisation de la famille*, Paris, Economica, 2001.

FERRAND-ANDRE (S.) (dir. de)

- *Vers la création d'un ordre juridique pour la Méditerranée ? Bilans et perspectives d'une civilisation commune*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

FEUILLET LE-MAINTIER (B.) (dir. de)

- *Normativité et biomédecine*, Paris, Economica, 2003.

FEUILLET-LIGER (B.), AOUIJ-MRAD (A.) (dir. de)

- *Corps de la femme et biomédecine, Approche internationale*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit, bioéthique et société », 2013.

FEUILLET-LIGER (B.), CRESPO-BRAUNER (M.-C.)

- *Les incidences de la biomédecine sur la parenté, approche internationale*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit, bioéthique et société », 2014.

FEUILLET-LIGER (B.), PORTIER (P.) (dir. de)

- *Droit, Éthique et Religion, de l'âge théologique à l'âge bioéthique*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

FLAUS-DIEM (J.), FAURE (G.) (dir. de)

- *Du Pacs aux nouvelles conjugalités, où en est l'Europe ?*, Paris, PUF, 2005.

FONTEZ (P.)

- *Les diverses étapes de la laïcisation du mariage en France*, Pontifica universitas gregoriana, Perpignan, 1972.

FOYER (J.), LEBRETON (G.), PUIGELIER (C.)

- *L'autorité*, Paris, PUF, coll. « Cahiers des sciences morales et politiques », 1^{ère} éd., 2008.

FRAGU (E.)

- *Des bonnes moeurs à l'autonomie personnelle. Essai critique sur le rôle de la dignité humaine*, Thèse, Paris 2, 2015.

FRICERO (N.), BUTRUILLE- CARDEW (C.), BENRAÏS (L.) et alii

- *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2014-2015.

FULCHIRON (H.) (dir. de)

- *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

FULCHIRON (H.), SOSSON (J.) (dir. de)

- *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

GABRIEL (A.)

- *L'influence du lien de couple sur la théorie de la représentation*, Marseille, PUAM, 2011.

GADBIN (D.), KERNALEGUEN (F.) (dir. de)

- *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

GAILLY (B.)

- *L'influence des religions sur le droit laïc. L'exemple du statut juridique de l'embryon*, Paris, l'Harmattan, 2013.

GALLANT (E.)

- *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, Paris, Defrénois, coll. « Doctorat&Notariat », 2004.

GALLUS (N.)

- *Droit des familles, genre et sexualité*, Paris, LGDJ, coll. « Anthémis », 2012.

GANNAGE (L.)

- *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, Paris, LGDJ, 2001.

GAREIL (L.)

- *L'exercice de l'autorité parentale*, Paris, LGDJ, 2004.

GARRIGUE (J.)

- *Les devoirs conjugaux. Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, Paris, LGDJ, éd. Panthéon-Assas, 2012.

GAUCHET (M.)

- *Le désenchantement du monde, une histoire politique de la religion*, Paris, éd. Gallimard, 1985.

GAUDEMET (J.)

- *Le mariage en Occident*, Paris, éd. du Cerf, 1987.

GEBLER (M.-J.)

- *Le droit français de la filiation et la vérité*, Paris, LGDJ, 1970.

GILI (E.)

- *Le ministère public et le couple conjugal*, Marseille, PUAM, 2012.
- *La communauté de vie et la reconnaissance des couples conjugaux*, Mémoire de Master 2, Marseille, PUAM, 2008.

GIRARD (C.)

- *Des droits fondamentaux au fondement du droit. Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2010.

GOGOS-GINTRAND (A.)

- *Les statuts des personnes, étude de la différenciation des personnes en droit*, Paris, Bibliothèque de l'Institut de Recherche juridique de la Sorbonne - André TUNC, 2011.

GOODY (J.)

- *L'évolution de la famille et du mariage en Europe*, Paris, éd. A. Colin, 1985.

GRATALOUP (S.)

- *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, Paris, LGDJ, 1998.

GUTMANN (D.)

- *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, 2000.

HALPERIN (J.-L.)

- *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., coll. « Quadrige », 2012.
- *Le Code civil*, Paris, Dalloz, 1996.

HALPERN (C.), RUANO-BORBALAN(J.-C.) (coord. par)

- *Identité(s) L'individu, le groupe, la société*, Auxerre, éd. Sciences humaines, 2004.

HAUSER (J.)

- *Sociologie judiciaire du divorce*, Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 1999.
- *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique. Contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1971.

HAUSER (J.), RENCHON (J.-L.)

- *Le statut juridique du couple marié et du couple non marié en droit belge et français*, Bruxelles, Larcier, vol. 1, 2012.
- *Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et du couple non marié ?*, Bruxelles-Paris, Bruylant- LGDJ, 2005.

HENNETTE-VAUCHEZ (S.), PICHARD (M.), ROMAN (D.) (dir. de),

- *La Loi & Le Genre, Études critiques de droit français*, Paris, CNRS éd., 2014.

HERITIER (F.)

- *Masculin/Féminin, La pensée de la différence*, Paris, éd. Odile Jacob, 2007.
- *Hommes, femmes, la construction de la différence*, Paris, Cité des sciences et de l'industrie, 2005.

HERZOG-EVANS (M.)

- *L'intimité du détenu et de ses proches en droit comparé*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2000.

HILT (P.)

- *Le couple et la Convention européenne des droits de l'homme. Analyse du droit français*, Marseille, PUAM, 2004.

HO DINH (A.-M.)

- *Les frontières de la science et du droit. Essai sur la dynamique juridique*, Thèse, Paris 2, 2015.

HOAREAU-DODINAU (J.), METAIRIE (G.) (réun. par)

- *La religiosité du droit*, Limoges, éd. Pulim, coll. « Cahiers de l'Institut d'Anthropologie juridique », 2013.

HOUSIER (J.)

- *Les dettes familiales*, Thèse, Paris 1, 2014.

HUNTINGTON (S. P.)

- *Le choc des civilisations*, Paris, éd. O. Jacob, 2000,

INSTITUT FAMILLE&REPUBLIQUE

- *Le mariage&La Loi. Protéger l'enfant*, Nancy, IFR, 2016.

JACQUES (P.) (dir. de)

- *Être parent aujourd'hui*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes&commentaires », 2010.

JESTAZ (P.)

- *Autour du droit civil. Écrits dispersés, idées convergentes*, Paris, Dalloz, 2005.

JULIEN (P.)

- *Les contrats entre époux*, Paris, LGDJ, 1962.

KAHN (P.) (dir. de)

- *L'étranger et le droit de la famille, pluralité ethnique, pluralisme juridique*, Paris, Mission de recherche « Droit et Justice », La Documentation française, 2001.

KAYSER (J.)

- *Jalons d'une recherche émérite, Écrits de Pierre KAYSER parus de 1981 à 2001*, Marseille, PUAM, 2003.

KHILLO (I.)

- *Les droits de la femme à la frontière du droit international et du droit interne inspiré de l'Islam – le cas des pays arabes -*, Marseille, PUAM, 2009.

KRENC (F.), PUECHAVY (M.) (dir. de)

- *Le droit de la famille à l'épreuve de la CEDH*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

LABBEE (X.) (dir.de)

- *L'homme augmenté face au droit*, Presses universitaires du Septentrion, 2015.
- *Le droit commun du couple*, Presses universitaires du Septentrion, 2^{ème} éd., 2012.
- *Les rapports juridiques dans le couple sont ils contractuels ?*, Presses universitaires du Septentrion, 1996.

LABRUSSE-RIOU (C.) (dir. de)

- *Le droit saisi par la biologie. Des juristes au laboratoire*, Paris, LGDJ, 1996.

LADJILI-MOUCHETTE (J.)

- *Histoire juridique de la méditerranée, Droit romain, Droit musulman*, Paris, éd. Publisud, 2007.

LAGARDE (P.)

- *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, LGDJ, 1959.

LAMARCHE (M.)

- *Les degrés du mariage*, Thèse, Marseille, 1997.

LARRALDE (J.-M.) (dir. de)

- *La libre disposition de son corps*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et justice », 2009.

LASZLO-FENOUILLET (D.)

- *La conscience*, Paris, LGDJ, 1993.

LE TERTRE (C.)

- *La religion et le droit civil du mariage*, Paris, Defrénois, Lextenso éd., 2004.

LEFEBVRE-TEILLARD (A.)

- *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, 1996.

LEBORGNE (A.), BARRIERE-BROUSSE (I.) (dir. de)

- *Actualité du droit international privé de la famille*, Actes du Colloque organisé par le Centre Pierre Kayser, Aix-en-provence, 21 décembre 2007, Marseille, PUAM, 2009.

LEBORGNE (A.), PUTMAN (E.), ÉGÉA (V.)

- *La Convention de New-York sur les droits de l'enfant. Vingt ans d'incidences théoriques et pratiques*, Marseille, PUAM, 2012.

LEGUY (Y.)

- *L'intérêt personnel de l'enfant et les relations familiales*, Thèse, Rennes, 1973.

LEQUETTE (Y.), LEVENEUR (L.) (réunies par)

- *Le Code Civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004.

LEQUETTE (Y.), MAZEAUD (D.) (dir. de)

- *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2014.

LESTIENNE-SAUVE (L.)

- *Le beau-parent en droit français et en droit anglais*, Paris, LGDJ, 2013.

LEVENEUR (L.)

- *Situations de fait et droit privé*, Paris, LGDJ, 1990.

LEVY (J.-P.), CASTALDO (A.)

- *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2^{ème} éd., 2010.

LEVI-STRAUSS (C.)

- *Les structures élémentaires de la parenté*, Paris, PUF, 1949.

MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.)

- *Droit des obligations*, Paris, LGDJ, coll. « Droit civil », 7^{ème} éd., 2015.

MARAIS (A.) (dir. de)

- *La procréation pour tous*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes&Commentaires », 2015.

MARTEL (D.)

- *Le rapport d'obligation dans une communauté de personnes*, Paris, Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne- André TUNC, t. 34, 2012.

MARÇAIS (W.), SIMON (F.)

- *Parents et alliés successibles en droit musulman*, Rennes, 1898.

MARSTAL (L.)

- *L'enfant et les secondes familles*, Thèse, Paris II, 2013.

MARTIN (O.)

- *La crise du mariage dans la législation intermédiaire (1789-1804)*, Thèse, Paris, éd. Arthur Rousseau, 1901.

MAYER (P.), HEUZE (V.)

- *Droit international privé*, Paris, LGDJ, coll. « Domat droit privé », 11^{ème} éd., 2014.

MAZIERE (P.)

- *Le principe d'égalité en droit privé*, Thèse, Aix-Marseille, 2003.

MELCHIOR-BONNET (S.), SALLES (C.) (dir. de)

- *Histoire du mariage*, Paris, éd. Robert Laffont, 2009.

MÉLIN (F.)

- *La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond*, PUAM, Marseille, 2002.

MESNIL (M.)

- *Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental*, Thèse, Paris 5, 2015.

MEULDERS-KLEIN (M.-T.), THERY (I.) (dir. de)

- *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Paris, éd. Nathan, 1993.

- *Quels repères pour les familles recomposées ?*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 1995.

MIGNOT (M.)

- *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2002.

MILLARD (E.)

- *Famille et droit public, Recherches sur la construction d'un objet juridique*, Paris, LGDJ, 1995.

MIRKOVIC (A.)

- *PMA, GPA, la controverse juridique. Après le mariage pour tous, l'enfant pour tous ?*, Saint-Cénéry, éd. Téqui, 2014.

MOINE (L.)

- *Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique*, Paris, LGDJ, 1997.

MONTILLET DE SAINT-PERN (L.)

- *La notion de filiation en droit comparé, droit français et anglais*, Thèse, Paris 2, 2013.

NAJM (M.-C.)

- *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Paris, Dalloz, 2005.

NEIRINCK (C.)

- *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 182, 1984.

NEIRINCK (C.) (dir. de)

- *L'état civil dans tous ses états*, Paris, LGDJ, coll. « Droit&Société », 2008.

NEIRINCK (C.), BRUGGEMAN (M.) (dir.de)

- *La convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & Commentaires », 2014.

NERSON (R.) (dir. de)

- *Mariage et famille en question*, éd. du CNRS, t. 1, 1978 et t. 2, 1979.

NIBOYET (F.)

- *L'ordre public matrimonial*, Paris, LGDJ, 2008.

NICOD (M.) (dir. de)

- *De la volonté individuelle*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2009.

NICOLAU (G.)

- *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, Bordeaux, PUB, 1989.

OUEDRAOGO (R.)

- *La notion de devoir en droit de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

PEDROT (P.), DELAGE (M.) (dir. de)

- *Identités, filiations, appartenances*, Grenoble, PUG, 2005.
- *Lien familial, lien social*, Grenoble, PUG, 2003.

PERELMAN (C.), VANDER ELST (R.) (dir. de)

- *Les notions à contenu variable*, Bruxelles, Bruylant, 1984.

PEROZ (H.)

- *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, Paris, LGDJ, 2005.

PERRIN (S.)

- *Parenté et parentalité : le rôle du tiers dans la vie de l'enfant. Étude de droit comparé*, Thèse, Strasbourg, 2009.

PERROT (R.)

- *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridique*, Thèse, Paris, Sirey, 1947.

PHILIPPE (C.)

- *Le devoir de secours et d'assistance entre époux. Essai sur l'entraide conjugale*, Paris, LGDJ, 1981.

PICHARD (M.)

- *Le droit à. Étude de législation française*, Paris, Economica, coll. « Recherches juridiques », 2006.

PIZARRO (L.)

- *Le traitement juridique de la rupture du couple, Réflexion sur l'émergence d'un droit commun de la rupture du couple*, Thèse, Aix-Marseille, 2014.

PLESSIX-BUISSET (C.)

- *Ordre et désordre dans les familles, Études d'Histoire du droit*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2002.

PORTALIS

- *Le discours et le Code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Paris, Litec, LexisNexis, 2004.

POUSSON-PETIT (J.)

- *Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve de l'ordre juridique français*, Paris, l'Harmattan, 2009.
- *L'identité de la personne humaine (Étude de droit français et de droit comparé)*, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- *L'affection et le droit*, Paris, éd. du CNRS, 1990.
- *Le démariage en droit comparé*, Bruxelles, éd. Larcier, 1981.

PRIEUR (S.)

- *La libre disposition par l'individu de son corps*, Les Études hospitalières, coll. « Thèses », 1999.

PRIGANT (R.)

- *Renouveau des idées sur la famille, Sociologie comparée de la famille contemporaine*, INED, coll. « Travaux et documents », éd. du CNRS, 1955.

PUIGELIER (C.) (textes rass. par)

- *Mots de science*, Mélanges en l'honneur de Nicole M. LE DOUARIN, Bruxelles, Bruylant, 2011.

RANOUIL (V.)

- *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Paris, éd. PUF, 1980.

RASS (L.)

- *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, Thèse, Paris 2, 2015.

REBOURG (M.)

- *La prise en charge de l'enfant par son beau-parent*, Paris, Defrénois, 2003.

REGLIER (A.-C.)

- *L'appréhension de la famille européenne*, Thèse, Aix-en provence, 2013.

RENOUX-ZAGAME (M.-F.)

- *Du droit de Dieu au droit de l'Homme*, Paris, PUF, 2003.

RENCHON (J.-L.) (dir. de)

- *L'enfant et les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Famille&Droit », 2003.

REJET (T.)

- *Code civil et modèles. Des modèles du code au code comme modèle*, Paris, LGDJ, 2005.

RIPERT (G.)

- *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, Paris, 1955.
- *Le déclin du droit, Études sur la législation contemporaine*, Paris, LGDJ, 1949.
- *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{ème} éd., Paris, 1949.

ROLAND (R.-M.)

- *Le couple et l'artifice, droit des néo-conjugalités : mariages fictifs, concubinage, pacs*, éd. l'Hermès, 2000.

ROMAN (E.)

- *Le lien de filiation non biologique*, Presses universitaires du Septentrion, 2002.

RONSIN (F.)

- *Le contrat sentimental. Débats sur le mariage, l'amour, le divorce de l'Ancien régime à la Restauration*, Paris, éd. Aubier, 1990.

ROUGEMONT (de) (D.)

- *L'amour et l'Occident*, Paris, éd. Plon, 1958.

ROUSSEL (L.)

- *La Famille incertaine*, Paris, éd. Odile Jacob, 1989.

RUBELLIN-DEVICHI (J.) (dir. de)

- *Des concubinages dans le monde*, Paris, éditions du CNRS, 1990.
- *Les concubinages, approche socio-juridique*, Paris, éditions du CNRS, 1986.
- *Les concubinages, approche socio-juridique*, Paris, éditions du CNRS, t. II, 1986.

RUDE-ANTOINE (E.)

- *Des vies et des familles. Les immigrés, la loi et la coutume*, Paris, éd. O. Jacob, 1997.

RUFFIEUX (G.)

- *Les sanctions des obligations familiales*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2014.

SALAME (G.)

- *Le devenir de la famille en droit international privé, une perspective post-moderne*, Marseille, PUAM, 2006.

SANDRAS (C.)

- *L'intérêt de l'enfant dans le droit des personnes et de la famille*, Thèse, Paris 2, 2000.

SAULIER (M.)

- *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, Thèse, Paris 2, 2014.

SAVATIER (R.)

- *Le droit, l'amour et la liberté*, Paris, LGDJ, 1963.
- *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Paris, Dalloz, 1959.

SEGALEN (M.)

- *Sociologie de la famille*, Paris, éd. Armand Colin, 4^{ème} éd., 1996.

SERRIER (G.)

- *De quelques recherches concernant le mariage contrat-sacrement, et plus particulièrement de la doctrine augustinienne des biens du mariage*, Thèse Nancy, Paris, éd. De Boccard, 1928.

SMADJA (E.)

- *Le couple et son histoire*, Paris, PUF, 2011.

SIFFREIN-BLANC (C.)

- *La parenté en droit civil*, Marseille, PUAM, 2009.

SINGLY (de) (F.)

- *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, éd. Armand Colin, 2004.
- *Le soi, le couple et la famille*, Paris, éd. Nathan, 1996.

SOSSON (J.)

- *Beaux-parents, beaux-enfants. Étude de droit comparé*, Thèse, Louvain, 1995.

SOUAL (P.)

- *Le drame de la liberté, Introduction aux Principes de la philosophie du droit de Hegel*, Paris, Hermann éditeurs, 2011.

SPITERI (P.)

- *L'égalité des époux dans le régime matrimonial légal (Étude de réforme législative)*, Paris, LGDJ, 1965.

SUDRE (F.) (dir. de)

- *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et justice », 2005.
- *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit et justice », 2002.

SULLEROT (E.)

- *La crise de la famille*, Paris, éd. Fayard, 2000.

TERRASSON DE FOUGERES (A.)

- *Le modèle dans le droit de la famille : notion et fonction*, Thèse, Paris 2, 1994.

TESTART (J.)

- *Faire des enfants demain*, éd. du Seuil, 2014.

THERY (I.)

- *Des humains comme les autres, Bioéthique, anonymat et genre du don*, éd. EHESS, 2010.
- *Le démariage, justice et vie privée*, Paris, éd. Odile Jacob, 3^{ème} éd., 2001.

THERY (I.) (dir.de)

- *Mariage de même sexe et filiation*, éd. de l'EHESS, coll. « Cas de figure », 2013.

THIREAU (J.-L.) (dir.de)

- *Le droit entre laïcisation et néo-sacralisation*, Paris, PUF, 1997.

TRIBES (A.)

- *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile*, Thèse, Paris 2, 1975.

TRIGEAUD (J.-M.)

- *Personne, droit, existence*, Paris, éd. Bière, 2009.

TUSSEAU (G.) (dir. de)

- *Les notions juridiques*, Paris, Economica, 2009.

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS

- *1804-2004, Le Code civil un passé, un présent, un avenir, Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz-Litec, 2004.

VANHEMS (R.)

- *Le mariage civil, sa formation, ses effets, sa dissolution. Étude critique de l'idée de contrat*, Paris, éd. Arthur Rousseau, 1904.

VASSEUR-LAMBRY (F.)

- *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, l'Harmattan, 2000.

VERDIER (R.) (textes rassemblés par)

- *Jean Carbonnier, 1908-2003, Écrits*, Paris, PUF, 2011.

VILLET (L.)

- *Les relations patrimoniales dans les familles recomposées*, Thèse, Nantes, 2001.

VILLEY (M.)

- *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 2003.
- *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 1983.

WALCH (A.)

- *Histoire du couple en France (de la Renaissance à nos jours)*, Paris, éd. Ouest-France, 2003.

WALINE (M.)

- *L'individualisme et le droit*, Paris, Montchrestien, 1945.

WEILLER (L.) (dir. de)

- *Les transformations du contentieux familial*, Marseille, PUAM, 2012.

ZATTARA-GROS (A.-F.) (dir.de)

- *Bioéthique et genre*, Paris, LGDJ, 2013.
- *Jalons d'une recherche émérite, Écrits de Pierre KAYSER parus de 1981 à 2001*, Marseille, PUAM, 2003.

2. Monographies, thèses et mémoires en droit maghrébin

ADAM (A.)

- *Une enquête auprès de la jeunesse musulmane du Maroc*, Aix-en-provence, éd. La pensée universitaire, 1963.

AGI (M.) (dir. de)

- *Islam et droits de l'homme*, Paris, éd. Des Idées&Des hommes, 2007.

AHMED (H.)

- *Étude comparative du mandat en droit romain et en droit musulman*, Thèse, Paris II, 1981.

ALAOUI M'CHICHI (H.)

- *Genre et politique au Maroc, les enjeux de l'égalité hommes femmes entre islamisme et modernisme*, Paris, l'Harmattan, 2002.

ALAYLI (B.)

- *La réglementation des rapports sexuels en droit musulman comparé*, Thèse, Paris II, 1980.

ALDEEB ABU SAHLIEH (S.), BONONI (A.)

- *Religion et droit dans les pays arabes*, Bordeaux, PUB, 2008.
- *Introduction à la société musulmane. Fondements, sources et principes*, Paris, éd. Eyrolles, 2006.
- *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Zurich, Publications de l'Institut Suisse de droit comparé, 1999.

ALOUI GTARI (R.)

- *Le chantier de l'égalité, « un triomphe incomplet », Les femmes tunisiennes entre rénovation et conservatisme*, Université d'Ottawa, 2006.

AVERROES

- *La bidaya du mariage et de sa dissolution*, traduction de Laïmeche Ahmed, Alger, 1926.

AZOUGAR (O.)

- *Les arrêts de la Cour de cassation en matière familiale. Dix ans d'application du Code de la famille*, s.l, 1^{ère} éd., 2014.

BEJDAINI (H.) (coord. par)

- *Litiges relatifs au statut personnel et aux successions, Appréhensions nationales et perspectives internationales*, Rabat, Publications de la revue de droit, t. 1, 2016 (en langue arabe).

BEN HALIMA (S.)

- *La filiation paternelle légitime en droit tunisien*, Thèse, Tunis, 1976.

BENMELHA (G.)

- *Le droit patrimonial algérien de la famille*, Office des publications universitaires, 1995.
- *Éléments du droit algérien de la famille*, t. 1 *Le mariage et sa dissolution*, Paris, éd. Publisud, 1985.

BENRADI (M.), ALAOUI M'CHICHI (H.), OUNNIR (A.) et alii,

- *Le Code de la famille, perceptions et pratique judiciaire*, Fès, Friedrich Ebert Stiftung, 2007.

BERNARD-MAUGIRON (N.), DUPRET (B.) (dir. de)

- *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

BIDAR (A.)

- *L'islam sans soumission. Pour un existentialisme musulman*, éd. Albin Michel, 2^{ème} éd., 2012.

BOËTSCH (G.), DUPRET (B.), FERRIE (J.-N.) (dir. de)

- *Droits et sociétés dans le monde arabe. Perspectives socio-anthropologiques*, Marseille, PUAM, 1997.

BOTIVEAU (B.)

- *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes : mutations des systèmes juridiques du Moyen-Orient*, éd. Karthala, Paris 1994.

BOUCHAREB-CASSAR (H.)

- *Conséquences des ruptures conjugales entre Nord et Sud de la Méditerranée*, Paris, l'Harmattan, 2012.

BOUSQUET (G. H.)

- *L'éthique sexuelle de l'Islam*, Paris, éd. Maisonneuve et Larose, 1966.
- *Du droit musulman et de son application effective dans le monde*, Imprimerie Nord-africaine, 1949.

BOUZIR (S.)

- *Le régime de la communauté des biens entre époux : étude comparative du droit français et du droit tunisien*, Thèse, Paris I, Panthéon Sorbonne, 2003.

CHAFI (M.)

- *Les rapports juridiques entre époux. Étude comparative du droit français et du droit marocain*, Thèse, Paris II, 1987.

CHARIF FELLER (D.)

- *La garde (hadana) en droit musulman et dans les droits égyptien, syrien et tunisien*, Genève, Librairie Droz, 1996.

CHARNAY (J.-P.)

- *Esprit du droit musulman*, Paris, Dalloz, 2008.

COLLECTIF (OUVRAGE)

- *Le Code de la famille : nouveautés et portée*, Université Moulay Ismaïl Meknès. Publications de l'Université, n° 5, 2004.

JAHEL (S.)

- *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Paris, LGDJ, éd. Panthéon Assas, 2012.

CHEBEL (M.)

- *Le sujet en Islam*, Paris, éd. du Seuil, 2002.

CHEHATA (C.)

- *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, Paris, Dalloz, 2005.

DENNOUNI (H.)

- *L'évolution des rapports entre époux en droit algérien de la famille*, éd. Dahlab, 1998.

DJILALI (T.)

- *Réflexions sur les questions épineuses du Code algérien de la famille : la dot, la tutelle matrimoniale, la polygamie, le divorce-répudiation et l'adoption*, Office des publications universitaires, 2004.

ELAKHRISSI (S.)

- *Les transformations sociales et juridiques de la famille marocaine à la lumière des nouveautés introduites par le Code de la famille*, Rabat, Imp. Dar Salam, 1^{ère} éd., 2012 (en langue arabe).

FADLALLAH (I.)

- *La famille légitime en droit international privé (Le domaine de la loi applicable aux effets du mariage)*, Paris, Dalloz, 1977.

FOBLETS (M.-C.), CARLIER (Y.)

- *Le code marocain de la famille, incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

FREGOSI (F.) (dir. de)

- *Lectures contemporaines du droit islamique, Europe et Monde arabe*, Strasbourg, PUS, 2004.

GUEMARD (G.)

- *La condition juridique des gens mariés en droit musulman (notamment dans le rite hanafite) comparé au droit français*, Imp. aixoise, 1915.

GAFSIA (N.)

- *L'invention coloniale du mariage musulman : le cas tunisien*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Société », 2008.

JAHEL (S.)

- *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Paris, éd. Panthéon Assas, LGDJ, 2012.

JALAL ESSAID (M.)

- *Introduction à l'étude du droit*, ouvrage publié par la Fondation M. J. ESSAID pour la Réforme du droit et le développement Socio-économique avec le concours de la Fondation Éducation et Culture du Groupe Banque Populaire, 4^{ème} éd., 2010.

JIDI (O.)

- *L'histoire du rite malékite dans l'Occident islamique*, éd. Okad, 1987.

KARMOUCHE (A.)

- *La nouvelle pratique judiciaire dans le Code marocain de la famille*, Rabat, Publications Al-ma'arif, 2013.

LAMRABET (A.)

- *Femmes et Hommes dans le Coran : quelle égalité ?*, Paris, éd. Dar Al Bouraq, coll. « La croisée des chemins », 2012.

LAMARI (Z.) (rass. et coor. par)

- *Justice familiale. Appréhensions plurielles et problématiques contemporaines*, Rabat, t. 2, Publications de la revue de la justice civile, 2015 (en langue arabe).
- *Justice familiale. Appréhensions plurielles et problématiques contemporaines*, Rabat, t. 1, Publications de la revue de la justice civile, 2013 (en langue arabe).

LESCURE (M.)

- *Le lien matrimonial en Tunisie*, Thèse, Paris, 1958.

MILLIOT (L.)

- *Étude sur la condition de la femme musulmane au Maghreb (Maroc, Algérie, Tunisie)*, Paris, éd. J. Rousset, 1910.

MONJID (M.)

- *L'islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, Étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, Paris, l'Harmattan, 2013.

MONTGOMERY (W.)

- *La pensée politique de l'Islam : les concepts fondamentaux*, Paris, PUF, 1995.

MOULAY RACHID (A.)

- *La femme et la loi au Maroc*, Casablanca, Le Fennec, 2^{ème} éd., 1993.
- *La condition de la femme au Maroc*, coll. De la Faculté de droit de Rabat, 1985.

PAPI (S.)

- *L'influence juridique islamique au Maghreb*, Paris, l'Harmattan, 2009.

SALAMA (M.-M.)

- *Le mariage en droit musulman*, Thèse, Montpellier, 1923.

SALHI (Y.)

- *Le rôle du ministère public dans l'effectivité du Code de la famille*, Publications de la revue Menara pour les études juridiques et administratives, coll. « Études universitaires », n° 8, 2015, (en langue arabe).

TAVERNE (M.)

- *Le droit familial maghrébin : Algérie, Maroc, Tunisie, et son application en Belgique*, éd. Larcier, 1981.

TOBICH (F.)

- *Les statuts personnels dans les pays arabes : de l'éclatement à l'harmonisation*, Marseille, PUAM, 2008.

TOUALBI (I.)

- *Le droit musulman : de « l'interdiction de la jurisprudence » aux tentatives de réforme*, Thèse, Paris I, 2011.

ZAHER (K.)

- *Conflit de civilisations et droit international privé*, Paris, l'Harmattan, 2009.

3. Colloques et conférences

ANTONINI-COCHIN (L.) (dir. de)

- *La résolution amiable des différends dans le contentieux familial*, Actes de la journée d'études tenue par le Centre d'Études et de Recherche en Droit des Procédures (C.E.R.D.P.) à la faculté de droit de Nice, le 5 avril 2013, Bruxelles, Bruylant, 2014.

BAUDREZ (M.), DI MANNO (T.) (dir. de)

- *Les sexualités : répression, tolérance, indifférence*, Actes du colloque organisé par le Centre de Droit et de Politique comparés Jean-Claude Escarras (CDPC-JCE) à la faculté de Droit de Toulon, les 13, 14 et 15 novembre 2008, Bruxelles, Bruylant, 2012.

BONTEMS (C.) (dir. de)

- *Mariage-Mariages*, Actes du second colloque international organisé par l'Association française d'anthropologie du droit en collaboration avec l'Université Paris-Sud XI Paris-Sceaux, 9 et 10 mai 1997, Paris, PUF, 1^{ère} éd., 2001.

BRAS (J.-P.) (dir. de)

- *L'institution, Passé et devenir d'une catégorie juridique*, Actes du colloque organisé le 22 et 23 juin 2006 par le Centre d'Étude des Systèmes Juridiques de la Faculté de Droit, de Sciences économiques et de Gestion de l'Université de Rouen, Paris, l'Harmattan, 2008.

BRUNETTI-PONS (C.) (dir. de)

- *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, Actes du Colloque organisé par le Centre de Recherches sur le couple, Laboratoire CEJESCO le 8 avril 2013, à la faculté de Reims Champagne Ardenne, éd. Mare&Martin, 2014.

CERFAP (organ. par)

- *La réception réciproque des institutions familiales Europe-Maghreb*, Colloque international organisé par le Centre européen d'Études et de Recherches en droit de la Famille et des Personnes, les 23-24 avril 2015, Bordeaux.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.) (dir. de)

- *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, Acte des Journées d'Études organisées par le Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé (LERADP) les 4 et 5 mai 2000, Université de Lille, LGDJ, 2002.
- *Les filiations par greffe, Adoption et Procréation Médicalement Assistée*, Acte des Journées d'Études des 5 et 6 décembre 1996, organisées par le Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé (LERADP), Université Lille II, LGDJ, 1997.

- *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Actes des Journées d'Études des 15 et 16 décembre 1994, organisées par le Laboratoire d'Études et de Recherches Appliquées au droit privé (LERADP) de l'Université de Lille II, Paris, LGDJ, 1996.

DI MANNO (T.) (dir. de)

- *Le recours au droit comparé par le juge*, Actes de la 5^{ème} Journée d'études de l'UMR 7318 du CNRS Droit public, droit international, droit européen organisée par le Centre de Droit et de Politique Comparés Jean-Claude Escarras (CDPC-JCE) à la faculté de droit de Toulon, Bruxelles, Bruylant, coll. « À la croisée des droits », 2014.

DOURIS (M.), ROMAN (P.)

- *Liens familiaux et détention, Comment être parent en prison. Un défi aux institutions*, Journée d'étude organisée par l'Institut des sciences de la famille de Lyon, le 11 avril 2014.

DUNAND (J.-P.), WINIGER (B.) (dir. de)

- *Le Code civil français dans le droit européen*, Actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français organisé à Genève les 26-28 février 2004, Bruxelles, Bruylant, 2005.

EID (G.)

- *La famille, le lien et la norme*, Actes du colloque de l'Institut des Sciences de la Famille, Université Catholique de Lyon, les 10 et 11 mai 1996, Paris, l'Harmattan, 1997.

FULCHIRON (H.) (dir. de)

- *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Actes du Colloque organisé par le Centre de Droit de la famille, le 6 mars 2008 à la Faculté de Droit Lyon 3, Dalloz, 2009.
- *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille, 20 et 21 novembre 2003 à la faculté de Droit Lyon 3, Bruylant, 2005.

FULCHIRON (H.), BIDAUD-GARON (C.) (dir. de)

- *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, tenu à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, 2014.

KADIGE (G.), DEROUSSIN (D.), JAHHEL (S.) et alii (dir. de)

- *Le Code civil français et le dialogue des cultures juridiques*, Colloque de Beyrouth, organisé les 3, 4 et 5 mai 2004 par le Centre d'études des droits du monde arabe à la Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université Saint-Joseph, paru aux éditions Bruylant, 2007.

KHAIËT (L.), MARCHAL (C.) (dir. de)

- *L'enfant en droit musulman (Afrique, Moyen-Orient)*, Actes du colloque du 14 janvier 2008 tenu à la Cour de cassation, Paris, société de législation comparée, 2008.

LAUENT-BONNE (N.), POSE (N.), SIMON (V.) (dir. de)

- *Les piliers du droit civil, Famille, Propriété, Contrat*, Actes du colloque tenu à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), les 6 et 7 juin 2013, parus aux éditions Mare&Martin, 2014.

MARIA (L.), FARGE (M.) (dir. de)

- *Le lien familial hors du droit civil de la famille*, Actes du colloque organisé sous l'égide du groupe de recherches en droit de la famille (GRDF) le 28 juin 2013, à la Maison de l'Avocat à Grenoble, Institut universitaire Varenne, coll. « Colloque&Essais », 2014.

MILLIOT (L.) (dir. de)

- *Travaux de la semaine internationale de droit musulman*, organisée à l'Institut de droit comparé du 2 au 7 juillet 1951, Paris, Recueil Sirey, 1953.

MIRKOVIC (A.) (dir. de)

- *Le don de gamètes*, Actes du colloque organisé par le Centre Léon Duguit de l'Université d'Évry le 13 décembre 2012 et actualisés au 1^{er} décembre 2014, Bruxelles, Bruylant, 2014.

NEIRINCK (C.) (dir. de)

- *Les États généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité*, Actes du Colloque organisé par le Centre de Droit Privé, le 21 juin 2007 à la faculté de Droit de Toulouse, PUAM, 2008.

OBSERVATOIRE SOCIO-POLITIQUE

- *Famille(s) je vous aime !*, Actes du Colloque du 9 mars 2013, organisé par l'Observatoire socio-politique du diocèse Fréjus-Toulon, publié à la revue Kephass, n° 2, 2013.
- « *La théorie du gender* », *vers une nouvelle identité sexuelle ?* Actes du Colloque des 17 et 18 sept. 2011, organisé par l'Observatoire socio-politique du diocèse Fréjus-Toulon, éd. Lethielleux, 2012.

PONT-CHELINI (B.)

- *Quelle « politique » religieuse en Europe et en Méditerranée ? Enjeux et perspectives*, Actes du XVII^{ème} colloque de l'Institut de Droit et d'Histoire Religieuse (IDHR) de la Faculté de Droit d'Aix-Marseille et de l'Observatoire du Religieux de l'Institut d'Etudes Politiques d'Aix-en-Provence (Mai 2003), PUAM, 2004.

PUTMAN (E.), AGRESTI (J.-P.), SIFFREIN-BLANC (C.) (dir. de)

- *Lien familial, lien obligationnel, lien social*, Actes de la Journée d'Études organisée par le Laboratoire Interdisciplinaire de Droit des Médias et des Mutations sociales (LID2MS) le 5 avril 2012 à la faculté de Droit d'Aix-en-Provence, PUAM, coll. « Inter-normes », 2013.
- *Le droit patrimonial, miroir des mutations familiales*, Actes du Colloque organisé par le Laboratoire Interdisciplinaire de Droit des Médias et des Mutations sociales

(LID2MS) les 11 et 12 avril 2011 à la faculté de Droit d'Aix-en-Provence, PUAM, coll. « Inter-normes », 2012.

RENCHON (J.-L.) (dir. de)

- *L'enfant et les relations familiales internationales*, Actes du VII^{ème} Colloque de l'Association « Famille & Droit » tenu à l'Université catholique de Louvain-la-Neuve, les 19 et 20 octobre 2001, Bruxelles, Bruylant, 2003.

RIGAUX (F.)

- *Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, Travaux des VIII^{ème} Journées d'études juridiques Jean DABIN organisées par le Centre de Droit de la Famille les 25 et 26 mars 1976 à Woluwe-St-Lambert (Bruxelles), Paris, LGDJ, 1978.

4. Rapports et documents officiels

a) Rapports français

BEIGNIER (B.)

- *Le pacte civil de solidarité : réflexions et propositions de réforme*, Rapport remis à Monsieur Dominique PERBEN, Garde des Sceaux Ministre de la justice, le 30 nov. 2004.

BLOCHE (P.)

- *L'enfant d'abord, 100 propositions pour placer l'enfant au cœur du droit de la famille*, Rapport fait au nom de la mission d'information sur la famille et les droits des enfants, Assemblée nationale, rapport n° 2832, déposé le 25 janvier 2006, La documentation française, 2006.

CONTRÔLEUR GENERAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTÉ

- *Rapport d'activité 2010*, Paris, Dalloz, 2011.

COUR DE CASSATION

- *L'ordre public*, 2013, La Documentation française.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.)

- *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la justice, La Documentation française, Paris, 1999.

FAUVARQUE-COSSON (B.), PATRIS-GODECHOT (S.)

- *Le Code civil face à son destin*, Paris, La Documentation française, Ministère de la Justice, 2006.

FERRAND (F.), FULCHIRON (F.) (dir. de)

- *La rupture du mariage en droit comparé*, Rapport final pour la mission de recherche Droit et Justice, Centre de Droit de la Famille et Institut de droit comparé Edouard Lambert (IDCEL), oct. 2013.

GOUTTENOIRE (A.)

- *Quarante propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui*, La Documentation française, Ministre délégué chargé de la Famille, 2014.

GUINCHARD (S.)

- *L'ambition d'une justice apaisée*, Rapport remis au Garde des Sceaux le 30 juin 2008.

JUSTON (M.)

- *Médiation familiale et contrats de coparentalité*, La Documentation française, Ministère des affaires sociales et de la santé, 2014.

LEONETTI (J.)

- *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, Rapport remis au Premier ministre le 7 octobre 2009.

MAGENDIE (J.-C.)

- *Célérité et qualité de la justice, La médiation : une autre voie*, Rapport issu du groupe de travail sur la médiation, 2008.

ROZENCZVEIG (J.-P.)

- *De nouveaux droits pour l'enfant*, Rapport du groupe de travail remis à madame Dominique BERTINOTTI le 29 janvier 2014.

TASCA (C.), MERCIER (M.),

- *Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges*, fait au nom de la Commission des lois, déposé le 26 février 2014.

THÉRY (I.)

- *Couple, filiation et parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, éd. Odile Jacob, La Documentation française, Paris, juin 1998.

THERY (I.), LEROYER (A.-M.) (dir. de)

- *Filiation, origines, parentalité, le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, éd. Odile Jacob, 2014.

VERSINI (D.)

- *L'enfant au cœur des nouvelles parentalités. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui*, Rapport annuel de la défenseure des enfants, la Documentation française, 2006.

b) Rapports marocains

ALAOUI-BENSALAH (A.), DANIEL (J.)

- *Le dialogue entre les peuples et les cultures dans l'Espace euro-méditerranéen*, Rapport du groupe des Sages, créé à l'initiative du Président de la Commission européenne, 2003.

BENRADI (M.)

- *Genre et droit : les enjeux de la démocratie*, éd. Le Fennec, Casablanca 2001.
- *Féminin-Masculin, La marche vers l'égalité au Maroc, 1993-2003*.

CONSEIL NATIONAL DES DROITS DE L'HOMME (CNDH)

- *État de l'égalité et de la parité au Maroc. Préserver et rendre effectifs les finalités et objectifs constitutionnels*, disponible sur le site www.cndh.ma

FRIEDRICH (E.)

- *Les droits des femmes des deux rives de la méditerranée. Le droit de la famille en migration : le cas du Maroc*. Genre, Droits et Migration, 23-24 mai 2008.

PROGRAMME EUROMED

- *Promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes dans la région euro-méditerranéenne*. Analyse de la situation : Maroc, 2009-2010.

RACHIQ (H.), BOURQIA (R.), BENCHERIFA (A.) et alii

- *Rapport de synthèse de l'enquête nationale sur les valeurs, 50 ans de développement humain, Perspectives 2025*.

RÉSEAU EUROMÉDITERRANÉEN DES DROITS DE L'HOMME

- *L'indépendance et l'impartialité du système judiciaire - Le cas du Maroc*, REMDH, 2008.

III. ÉTUDES DOCTRINALES ET ARTICLES

1. Droit français

ABITBOL (E.)

- « La contribution aux charges du ménage et son contentieux différé », in *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Dalloz Sirey, 1985, pp. 1-25.

ADAM (C.)

- « La sexualité comme puissance de démesure et de dérèglement du droit », in *Droit des familles, genre et sexualité*, Paris, LGDJ, coll. « Anthémis », 2012, pp. 25-33.

AGRESTI (J.-P.)

- « Le mariage et le contrat à la fin de l'Ancien Régime : éléments de réflexion tirés de l'histoire du droit », in *Lien familial, lien obligationnel, lien social*, Livre I « Lien familial et lien obligationnel », PUTMAN (E.), AGRESTI (J.-P.), SIFFREIN-BLANC (C.) (dir. de), Marseille, PUAM, coll. « Inter-normes », 2013, pp. 53-92

ALLEAUME (C.)

- « Solidarité contre solidarité. Étude comparative des avantages respectifs du mariage et du PACS au regard du droit du crédit », *D.*, 2000, n° 29, pp. 450-454.

AMBROSETTI (G.)

- « Y a-t-il un Droit naturel chrétien ? », *Arch. de philo. du droit*, 1973, t. 18, p. 77-83.

AMRANI-MEKKI (S.)

- « La convention de procédure participative », *D.*, 2011, pp. 3007-3015.

ANCEL (J.-P.)

- « La prise en compte du droit international et communautaire dans la jurisprudence de la Cour de cassation », in *L'internationalité dans les institutions et le droit. Convergences et défis*. Études offertes à Alain PLANTEY, éd. A. Pedone, 1995, pp. 59-75.

ANCEL (M.)

- « Comment aborder le droit comparé ? », in *Études offertes à René RODIERE*, Dalloz, 1981, pp. 3-7.
- « Rapprochement, unification ou harmonisation des droits ? », in *Mélanges dédiés à Gabriel MARTY*, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1978, pp. 1-13.

ANTONINI-COCHIN (L.)

- « Le paradoxe de la fidélité », *D.*, 2005, p. 23-25.

AOUN (M.)

- « Origines et fondements historiques des statuts personnels », in *Les statuts personnels en droit comparé, évolutions récentes et implications pratiques*, AOUN (M.) (dir. de), Leuven-Paris-Dudley, Peeters, 2009, pp. 11-22.

ARDANT (P.)

- « La famille et le juge administratif », in *Mélanges offerts à René SAVATIER*, Dalloz, 1965, pp. 23-44.

ARNAUD (A.-J.)

- « Philosophie des droits de l'Homme et droit de la famille », in *Internationalisation des Droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 4-5.

ARNAUD (P.)

- « Essai d'approche positive du problème de la famille d'après Auguste Comte », *Arch. philo. droit*, 1975, pp. 137-147.

ATIAS (C.)

- « Le sort des dettes de ménage non solidaires en régime légal », *D.*, 1976, pp. 191-194.

ATIAS (C.), LINOTTE (D.)

- « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.*, 1977, pp. 251-258.

AUDIT (B.)

- « Le droit international privé à la fin du XX^{ème} siècle : progrès ou recul », *RIDC*, 1998, pp. 421-448.

AYNES (L.)

- « L'obligation de loyauté », *Arch. philo. dr.*, 2000, t. 44, pp. 195-204.

BALESTRIERO (V.)

- « Le devoir de fidélité pendant la procédure de divorce », *LPA*, 8 nov. 1995, pp. 17-23.

BALIAN (S.)

- « Néologismes législatifs pour la forme ? », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique*, Écrits en hommage à Gérard CORNU, Paris, PUF, 1994, pp. 1-7.

BANDRAC (M.)

- « Réflexions sur la maternité », in *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Dalloz Sirey, 1985, pp. 27-39.

BARAT (C.)

- « Le conjoint survivant hier et aujourd'hui », in *La Cour de cassation, l'Université et le Droit*. Études en l'honneur de A. PONSARD, Litec, 2003, pp. 51-57.

BÄRMANN (J.)

- « Les communautés européennes et le rapprochement des droits », *RIDC*, 1960, pp. 9-60.

BARRERE (J.)

- « Le droit du mariage dans la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation », in *Mélanges dédiés à Gabriel MARTY*, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1978, pp. 15-34.

BARRIERE-BROUSSE (I.)

- « L'enfant et les conventions internationales », *JDI*, 1996, pp. 843-888.

- « Le mariage franco-marocain ou le choc des civilisations », in *Le Mariage&La Loi. Protéger l'Enfant*, Institut Famille&République, 2016, pp. 53-63.

BASDEVANT-GAUDEMET (B.)

- « Droit et religions en France », *RIDC*, 1998, pp. 335-366.

BATIFFOL (H.)

- « Existence et spécificité du droit de la famille », *Arch. philo. dr.*, 1975, pp. 7- 15.
- « Droit comparé, droit international privé et théorie générale du droit (Le droit international privé et le caractère systématique du droit) », *RIDC*, 1970, pp. 661-674.

BEGUIN (J.)

- « Réflexions sur la concurrence entre le mariage et le PACS », *JCP, G*, 2011, n° 1-2, pp. 11-16.

BEHRENDT (C.)

- « Les notions de monisme et dualisme », in *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme. Liber Amicorum Michel MELCHIOR*, Anthémis, 2010, pp. 867-880.

BEIGNIER (B.)

- « L'apparence du mariage », *Rev dr. fam.*, 2010, n° 5, pp. 1-2.
- « La loi du 3 décembre 2001 : achèvement du statut du logement familial », *Rev. dr. fam.*, 2002, n° 3, chron. 5, pp. 4-7.
- « La loi du 3 décembre 2001 : le conjoint héritier », *Rev. dr. fam.*, 2002, chron. 8, pp. 4-7.
- « À propos du concubinage homosexuel », *D*, 1998, pp. 215-217.

BENABENT (A.)

- « Plaidoyer pour quelques réformes du divorce », *D.*, 1997, pp. 225-228.
- « Bilan de cinq ans d'application de la réforme du divorce », *D.*, 1981, pp. 33-40.
- « La liberté individuelle et le mariage », *RTD civ.*, 1973, pp. 440-495.

BENOIT (A.)

- « Protection sociale et concubinage », *Rev. dr. fam.*, 1997, chron. 8, pp. 4-7.

BERGERES (M.-C.)

- « Vers une égalité des conjoints en droit fiscal », *D.*, 1980, pp. 25-30.

BINET (J.-R.)

- « Une mise en œuvre juridique de l'idéologie du *gender* ? », in *Le Mariage&la Loi. Protéger l'Enfant*, Institut Famille&République, 2016, pp. 97-100.

- « L'embryon surnuméraire : l'impossible avenir d'une solution dépassée », in *Droit et Bioéthique*. Mélanges en l'honneur de Jean MICHAUD, Bordeaux, éd. Les Études hospitalières, 2012, pp. 191-203.
- « La loi du 7 juillet 2011 : une révision mesurée du droit de la bioéthique », *Rev. dr. fam.*, 2011, n° 10, étude 21, pp. 17-22.
- « La bioéthique à l'épreuve du temps », *JCP, G*, 2011, n° 29-34, pp. 1410-1411.
- « La loi du 7 juillet 2011 : une révision mesurée du droit de la bioéthique », *Rev. dr. fam.*, 2011, n° 10, pp. 17-22.

BLAGOJEVIC BORISLAV (T.)

- « Le droit comparé. Méthode ou science », *RIDC*, 1953, n° 4, pp. 649-657.

BOICHE (A.)

- « Aspects de droit international privé », dossier « mariage : la réforme ! », *AJ fam.*, 2013, pp. 362-365.

BOISDEFFRE (de) (M.)

- « La pensée humaniste en droit des personnes et de la famille », in *Hommage à Gérard CORNU*, Droit et sagesse, Dalloz, 2009, pp. 29-34.

BORILLO (D.)

- « Pour une théorie du droit des personnes et de la famille émancipée du genre », in *Droit des familles, genre et sexualité*, Paris, LGDJ, coll. « Anthémis », 2012, pp. 7-24.

BOSSE-PLATIÈRE (H.)

- « Premières réflexions pour une indispensable reconstruction du droit de l'adoption », in *Mélanges en l'honneur du professeur Raymond LE GUIDE*, Paris, LexisNexis, 2014, pp. 589-606.
- « Le statut de l'enfant et l'eupéanisation des sources en droit de la famille », in *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 67-95.
- « PACS et autorité parentale », in *Des concubinages : droit interne, droit international, droit comparé*, Études offertes à Jacqueline RUBBELIN-DEVICHI, Paris, Litec, 2002, pp. 193-211.

BOUDON (R.)

- « Penser la relation entre le droit et les mœurs », in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à F. TERRE, Dalloz, Paris, 1999, pp. 11-24.

BOULANGER (F.)

- « Réflexions sur la portée et les limites du principe d'égalité des deux membres du couple dans l'attribution et l'exercice des droits parentaux », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard CHAMPENOIS*, Paris, Defrénois, 2012, pp. 59-71.
- « Modernisation ou utopie ? : la réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002 », *D.*, 2002, p. 1571-1577.

- « Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ? », *JCP, G*, I, 1993, n° 3665, pp. 151-154.

BOURGEOIS (M.)

- « La faute du demandeur dans le divorce pour faute », *D.*, 1986, pp. 89-95.

BOUVERESSE (J.)

- « Le couple et l'individu : la socialisation à l'épreuve de la liberté occidentale », in *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick COURBE*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 39-60.

BRACONNIER (S.)

- « Faut-il avoir peur de la Cour européenne des droits de l'homme ? », in *Mélanges en hommage au Doyen Yves MADIOT*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 223-244.

BREDIN (J.-D.)

- « La religion de l'enfant », *D.*, 1961, pp. 73-78.

BRIERE (C.)

- « La coparentalité : mythe ou réalité ? », *Rev. dr. san. soc.*, 2002, pp. 567-580.

BRIMO (A.)

- « Les principes généraux du droit et les droits de l'homme », *Arch. philo. dr.*, 1983, pp. 257-269.

BRUGGEMAN (M.)

- « Le droit d'être entendu », in *La Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE), une convention particulière*, NEIRINCK (C.), BRUGGEMAN (M.), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes&Commentaires », 2014, pp. 107-120.

BRUGUIERE (J.-M.)

- « Le devoir conjugal. Philosophie du code et morale du juge », *D.*, 2000, pp. 10-14.

BRUNETTI-PONS (C.)

- « La nécessité de réformer la loi du 17 mai 2013 pour rendre sa cohérence au droit de la famille et du couple », in *Le Mariage&La Loi. Protéger l'Enfant*, Institut Famille&République, 2016, pp. 327-338.
- « Protéger l'enfant et satisfaire la justice en droit de la famille après la loi du 17 mai 2013 », in *Le Mariage&La Loi. Protéger l'Enfant*, Institut Famille&République, 2016, pp. 281-298.
- « Adoption avec éviction de l'homme, l'une des conséquences de la loi du 17 mai 2013 », in *Le Mariage&La Loi. Protéger l'Enfant*, Institut Famille&République, 2016, pp. 45-52.
- « Après la loi du 17 mai 2013, quel état des lieux et quelles perspectives pour le droit de la famille ? », in *Le Mariage&La Loi. Protéger l'Enfant*, Institut Famille&République, 2016, pp. 25-44.

- « Existe-t-il un droit de connaître ses origines ? », in *Le don de gamètes*, MIRKOVIC (A.) (dir. de), Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit, bioéthique et société », 2014, pp. 85-112.
- « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2011, supplément au n° 87 « Le statut de l'enfant depuis la Convention Internationale relative aux droits de l'enfant », n° 4437, pp. 27-31.
- « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille (1^{ère} partie) », *Rev. dr. fam.*, 2003, n° 7, pp. 10-17.
- « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille (2^{ème} partie) », *Rev. dr. fam.*, 2003, n° 6, pp. 4-8.
- « Couple, concubinage et Pacs, de l'émergence d'une hiérarchie des couples ? », in *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, Actes des Journées d'Études des 4 et 5 mai 2000 organisées par le Laboratoire d'Études et de Recherche appliquées au Droit Privé (LERADP) de l'Université de Lille II, DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) (dir. de), Paris, LGDJ, 2002, pp. 37-47.
- « L'émergence d'une notion de couple en droit civil », *RTD civ.*, 1999, pp. 27-49.

BUCHET (G.)

- « Concubinage, vie maritale, vie commune », *Rev. dr. soc.*, 1997, p. 288-297.

BULYGIN (E.)

- « Système juridique et ordre juridique », in *L'architecture du droit*, Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, Paris, Economica, 2006, pp. 223-229.

BUREAU (D.)

- « Le mariage pour tous à l'aune de la diversité. Les relations privées internationales », in *Mélanges B. AUDIT*, Paris, LGDJ, 2014, pp. 155-184.

BURGORGUE-LARSEN (L.)

- « La jurisprudence des Cours constitutionnelles européennes en droit des personnes et de la famille », *Les nouveaux cahiers du conseil constit.*, 2013, n° 30, pp. 229-250.

BYK (C.)

- « Prévoir le changement pour que rien ne change ? », *JCP, G*, 18 juil. 2011, pp. 1406-1407.

CABRILLAC (R.)

- « Genre et droit patrimonial de la famille », in *Bioéthique et genre*, ZATTARA-GROS (A.-F.) (dir. de), Paris, LGDJ, 2013, pp. 265-273.
- « Le symbolisme des Codes », in *L'avenir du droit*. Mélanges en hommage à François TERRE, Paris, Dalloz, 1999, pp. 211-220.

CADERE (V.)

- « Quelques réflexions sur les études de science juridique comparative », *RIDC*, 1971, n° 4, pp. 849-855.

CALAIS AULOY (M.-T.)

- « Le droit à l'occidentale », *D.*, 1989, pp. 55-60.
- « Pour un mariage à effets conventionnellement limités », *RTD civ.*, 1988, pp. 255-266.

CALO (E.)

- « L'influence du droit communautaire sur le droit de la famille. Droit communautaire et droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur de Mariel REVILLARD*, Defrénois, 2007, pp. 53-76.

CANIVET (G.)

- « L'influence de la comparaison des droits dans l'élaboration de la jurisprudence », in *Études offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Paris, Litec, 2007, pp. 133-144.
- « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français », *RIDC*, 2000, pp. 7-22.

CARBONNIER (J.)

- « Le mariage par les œuvres ou la légitimité remontante dans l'article 197 du Code civil », in *Mélanges dédiés à Gabriel MARTY*, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1978, pp. 255-266.
- « Les notions à contenu variables dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variable du droit*, PERELMAN (C.), VANDER ELST (R.) (dir. de) Travaux du Centre national de Logique, Bruylant, Bruxelles, 1984, pp. 99-112.
- « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Études offertes à Georges RIPERT*, Paris, LGDJ, t. 1, 1950, pp. 325-431.
- « V° Familles, Législations et quelques autres », in *Mélanges offerts à René SAVATIER*, Paris, Dalloz, 1965, pp. 147-156.
- « La question du divorce », *D.*, 1975, pp. 115-122.
- « L'apport du droit comparé à la sociologie juridique », in *Livre du centenaire de la Société de législation comparée*, LGDJ, t. 1, Paris, 1969, pp. 78-87.

CASEY (J.)

- « Droit des successions : commentaire de la loi du 3 décembre 2001 », *RJPF*, 2002, n° 11, pp. 6-8.

CASSIN (R.)

- « Droits de l'Homme et méthode comparative », *RIDC*, 1968, pp. 449-492.

CATALA (P.)

- « Le droit successoral entre son passé et son avenir », in *Le monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de Jacques FOYER*, Paris, Economica, 2008, pp. 229-240.
- « La métamorphose du droit de la famille », in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 341-358.

- « À propos de l'ordre public », in *Le juge entre deux millénaires*. Mélanges offerts à Pierre DRAI, Paris, Dalloz, 2000, pp. 511-522.
- « La jurisprudence, gardienne de l'égalité successorale », *D.*, 1962, pp. 99-108.

CHABAS (F.)

- « Le cœur de la Cour de cassation (le droit à réparation de la concubine adultère) », *D.*, 1973, pp. 211-213.

CHABAULT (C.)

- « De la relativité de l'adultère dans le divorce pour faute », *Rev. dr. fam.*, 1998, chron. 11.

CHAMPENOIS (G.)

- « L'adoption et la loi du 17 mai 2013 », *Defr.*, 2013, pp. 731-736.

CHAUVEAU (P.)

- « La femme commerçante et la loi du 18 février 1938 sur la capacité des femmes mariées », *D.*, 1939, pp. 5-8.

CHENEDE (F.)

- « L'établissement de la filiation des enfants nés de GPA à l'étranger. Liberté et responsabilité de l'assemblée plénière de la Cour de cassation », *D.*, 2015, pp. 1172-1177.

CHESNE (G.)

- « Le divorce par consentement mutuel », *D.*, 1963, pp. 95-106.

CHOTEAU (A.)

- « Nature et sanction de l'opposition du mari à l'exercice d'une profession par la femme », *D.*, 1945, pp. 41-44.

CICILE-DELFOSSÉ (M.-L.)

- « Le beau-parent, serpent de mer du droit civil de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard CHAMPENOIS*, Paris, LGDJ, 2012, pp. 189-216.

COMMAILLE (J.)

- « La construction du couple par les individus », in *La notion juridique de couple*, BRUNETTI-PONS (C.) (dir. de), Paris, Economica, 1998, pp. 9-15.

CONAC (G.)

- « Les politiques juridiques des États d'Afrique francophone aux lendemains des indépendances », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave PEISER*, Grenoble, PUG, 1995, pp. 141-161.

CONSTANTINESCO (L.-J.)

- « La comparabilité des ordres juridiques ayant une idéologie et une structure politico-économique différente et la théorie des éléments déterminants », *RIDC*, 1973, pp. 5-16.

CORNU (G.)

- « Le phénomène du divorce », in *Sociologie judiciaire du divorce*, HAUSER (J.) (dir. de), Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 1999, pp. 5-12.
- « La refonte dans le Code civil français du droit des personnes et de la famille », in *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, 1^{ère} éd., PUF, coll. « Doctrine juridique », 1998, pp. 371-383.
- « Le langage du législateur », in *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, coll. « Doctrine juridique », 1^{ère} éd., 1998, pp. 283-292.
- « Le règne discret de l'analogie », in *Mélanges offerts à André COLOMER*, LexisNexis, Litec, 1993, pp. 129-142.
- « La famille unilinéaire », in *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 137-160.
- « La filiation », *Arch. philo. dr.*, 1975, pp. 29-44.

CORPART (I.)

- « Les revendications parentales des couples homosexuels : de l'homoparentalité à l'homoparenté », *RJPF*, 2012, n° 4, pp. 6-11.
- « Simplification et amélioration de la qualité du droit », *RJPF*, 2011, pp. 8-12.
- « Intensification de la lutte contre les violences conjugales », *Rev. dr. fam.*, 2010, n° 11, pp. 12-16.
- « Les dysfonctionnements de la coparentalité », *AJ fam.*, 2009, n° 4, pp. 155-161.
- « Famille recomposée : Les familles recomposées décomposées », *AJ fam.*, 2007, n° 7, pp. 299-302.
- « La filiation sur ordonnance, ou l'abolition des inégalités », *Gaz. Pal.*, 24-25 août 2005, pp. 2580-2585.
- « Le rôle de la volonté dans l'établissement de liens non filiaux avec un enfant », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Études à la mémoire du Professeur Alfred RIEG*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 201-222.
- « L'enfant sans filiation », *LPA*, 1995, n° 53, pp. 100-102.

COUDRAIS (M.)

- « L'obligation naturelle : une idée moderne ? », *RTD civ.*, 2011, n° 3, pp. 453-468.

COUTANT-LAPALUS (C.)

- « Pacs et logement, dix ans après », *Rev. dr. fam.*, 2010, n° 5, étude 9, pp. 15-19.

DAGOT (M.)

- « L'esprit des réformes récentes du droit successoral », in *Mélanges dédiés à Gabriel MARTY*, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1978, pp. 305-339.

DAURIAC (I.)

- « La rupture ou le vrai visage du Pacs », in *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick COURBE*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 141-156.

DAUZET (D.-M.)

- « La règle de Saint Augustin. Réflexions sur une loi de liberté », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe LE TOURNEAU*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 313-323.

DECOCQ (A.)

- « Le désordre juridique français », in *Jean Foyer, auteur et législateur. Écrits en hommage à Jean FOYER*, Paris, PUF, 1997, pp. 147-163.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.)

- « L'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2012, nov., 4872, pp. 55-58.
- « Le droit français de la filiation et la Cour européenne des droits de l'homme : chronique d'une condamnation prévisible », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2011, n° 86, 4399, pp. 65-69.
- « Du "statut du beau-parent" aux "droits des tiers" : réflexions critiques sur un texte controversé », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2009, mai, 3439, pp. 55-58.
- « Le droit commercial face à la concurrence entre les formes de couples », in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux. Mélanges en l'honneur d'Yves SERRA*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 123-132.
- « Droit des personnes et de la famille : de 1804 au PACS (et au-delà...) », *Rev. Pouvoirs*, 2003, n° 107, pp. 37-52.
- « PACS et famille, retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », *RTD civ.*, 2001, n° 3, pp. 529-546.
- « Divorce et contrat », in *La contractualisation de la famille*, FENOUILLET (D.), DE VAREILLES-SOMMIERES (P.) (dir. de), Paris, Economica, 2001, pp. 67-79.
- « À propos du pluralisme des couples et des familles », *LPA*, 1999, n° 84, pp. 29-36.
- « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in *Mélanges à la mémoire de Christian MOULY*, LexisNexis-Litec, t. 1, 1998, pp. 281-298.
- « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.*, 1995, pp. 249-270.
- « Familles éclatées, familles reconstituées », *D.*, 1992, pp. 133-136.

DEL VECCHIO (G.)

- « Les bases du droit comparé et les principes généraux du droit », *RIDC*, 1960, pp. 493-499.

DELMAS-MARTY (M.)

- « Le rôle du droit dans l'émergence d'une communauté mondiale de valeurs », *in Regards sur le droit*, Académie des sciences morales et politiques, Dalloz, Paris, 2010, pp. 335-344.
- « Vers une autre logique juridique : à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. », *D.*, 1988, pp. 221-224.

DEPADT-SEBAG (V.)

- « La reconnaissance juridique des tiers beaux-parents : entre adoption simple et délégation partage », *D.*, 2011, n° 36, pp. 2494-2500.
- « Le don de gamètes dans les procréations médicalement assistées : d'un anonymat imposé à une transparence autorisée », *D.*, 2004, chron. pp. 891-897.

DESPOTOPOULOS (C.)

- « Sur la famille d'après Aristote », *Arch. philo. dr.*, 1975, pp. 71-87.

DIENER (P.)

- « Idée nominaliste et déconstruction du droit », *Arch. philo. dr.*, 1983, pp. 229-255.

DONNIER (M.)

- « L'intérêt de l'enfant », *D.*, 1959, pp. 179-182.

DOUCHY-OUDOT (M.)

- « La simplification et la modernisation de la famille par l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 », *Rev. procédures*, 2016, n° 1, étude 2.
- « Le recours à la procréation médicalement assistée et le sort des embryons humains, une partition à quatre mains », *La lettre d'Italie*, 2015, n° 6, pp. 14-17.
- « Les filiations électives à l'épreuve du droit : vingt ans après », *in Mélanges en l'honneur de Claire NEIRINCK*, Paris, LGDJ, 2015, pp. 503-511.
- « Le divorce ne serait-il que question d'argent ? », *Arch. philo. dr.*, Dossier « La famille en mutation », 2014, n° 57, pp. 81-93.
- « Les nouvelles configurations familiales », *Rev. Kephas*, 2015, n° 1.
- « Le lien familial peut-il être désinstitué ? », *in Lien familial, lien obligationnel, lien social*, Livre 2 « Lien familial et lien social », Marseille, PUAM, 2014, pp. 71-76.
- « 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*, MARIA (I.), FARGE (M.) (dir. de), Paris, Institut universitaire Varenne, coll. « Colloque&Essais », 2014, pp. 131-148.
- « Les étapes juridiques de la déconstruction familiale », *in La réforme du mariage, Approche critique sur les mutations familiales*, Poitiers, DMM, 2013, pp. 11-31.
- « Propos impertinents sur l'amour conjugal », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 82-94.
- « Les expressions visibles de la théorie du gender en droit », *in « La théorie du gender », vers une nouvelle identité sexuelle ?*, Actes du Colloque des 17 et 18 sept. 2011, Observatoire sociopolitique Fréjus-Toulon, 2012, Lethielleux, pp. 33-50.

- « La convention de procédure participative, commentaire de la loi du 20 décembre 2010 », *Rev. procédures*, 2011, n° 3, mars, comm. 99, pp. 49-50.
- « Le droit naturel et les droits de l'homme dans la recherche du juste », in *Justices et droits du procès, du légalisme procédural à l'humanisme processuel*. Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Dalloz, Paris, 2010, pp. 239-248.
- « L'effectivité du droit de l'enfant d'être entendu », in *L'effectivité de la Convention Internationale des droits de l'enfant*, Colloque Lille 3 et 4 déc. 2009, *LPA*, 2010, n° 200, pp. 12-15.
- « Quelle protection contre les violences au sein des couples ? », *Procédures*, 2010, n° 10, pp. 5-9.
- « Les enfants et la séparation des parents », *RIDC*, 2010, n° 3, pp. 623-651.
- « L'audition de l'enfant en justice », *Procédures*, 2009, n° 8, étude 7, pp. 6-9.

DREIFUSS-NETTER (F.)

- « Adoption ou assistance médicale à la procréation : quelles familles ? », *D.*, 1998, pp. 100-105.
- « Les manifestations de volonté tendant à la création ou à l'extinction des liens familiaux », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*. Études à la mémoire du Professeur Alfred RIEG, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 263-288.

DUFOUR (A.)

- « Il faut combattre l'intempérance législative », *LPA*, 22 mars 2006, pp. 4-6.
- « Autorité maritale et autorité paternelle dans l'École du droit naturel moderne » *Arch. philo. dr.*, 1975, pp. 89-125.

DU PONTAVICE (E.)

- « Droit de la famille et droit au bonheur », in *Mélanges offerts à Monsieur le professeur Pierre VOIRIN*, Paris, LGDJ, 1967, pp. 678-709.

DUPUY (P.-M.)

- « Le droit international dans un monde pluriculturel », *RIDC*, 1986, pp. 583-599.

EDELMAN (B.)

- « Domat et la naissance du sujet de droit », *Arch. philo. dr.*, 1995, pp. 391-419.

ÉGEA (V.)

- « La contractualisation du lien familial : l'apport du droit international privé », in *Lien familial, lien obligationnel, lien social*, Livre I : Lien familial et lien obligationnel, PUTMAN (E.), AGRESTI (J.-P.), SIFFREIN-BLANC (C.) (dir. de), Marseille, PUAM, 2013, pp. 102-113.
- « L'intérêt supérieur de l'enfant : menace ou chance pour le droit civil ? », in *La convention de New-York sur les droits de l'enfant. Vingt ans d'incidences théoriques et pratiques*, LEBORGNE (A.), PUTMAN (E.), ÉGEA (V.) (dir. de), Actes du colloque du 15 janvier 2010 organisé par le Centre de Recherches en Droit Privé Pierre Kayser, Marseille, PUAM, 2012, pp. 35-49.

- « La médiation familiale : un modèle pour les MARC ? », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2011, n° 4476, pp. 53-58.
- « Le déplacement illicite d'enfants », in *Actualité du droit international privé*, LEBORGNE (A.), BARRIERE-BROUSSE (I.) (dir. de), Marseille, PUAM, 2009, pp. 125-141.

EL SHAKANKIRI (M.)

- « Loi divine, loi humaine et droit dans l'histoire juridique de l'Islam », *RIDC*, 1981, pp. 767-786.

EÖRSI (G.)

- « Réflexions sur la méthode de la comparaison des droits dans le domaine du droit civil », *RIDC*, 1967, pp. 397-418.

FARGE (M.)

- « Les répudiations musulmanes : le glas de l'ordre public fondé sur le principe d'égalité des sexes » *Rev. dr. fam.*, 2002, n° 2, pp. 13-16.

FAUVARQUE-COSSON (B.)

- « Droit international privé et droit comparé : brève histoire d'un couple à l'heure de l'Europe », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur d'Hélène GAUDEMET-TALLON*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 43-56.
- « L'ordre public », in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir (1804-2004)*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 473-494.
- « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RIDC*, 2000, pp. 797-818.

FAVIER (Y.)

- « Les concubins et leurs droits sociaux », in *Des concubinages, droit interne, droit international, droit comparé*, Mélanges J. RUBELLIN-DEVICHI, Paris, Litec, 2002, pp. 241-248.

FENOUILLET (D.)

- « La personne humaine dans le commerce juridique », in *Un ordre juridique nouveau. Dialogues avec Louis Josserand*, éd. Mare&Martin, 2014, pp. 43-73.
- « Propos introductifs à l'Assistance médicale à la procréation », *Arch. philo. dr.*, 2014, t. 57, pp. 269-283.
- « Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté. Adoption, procréation et filiation à l'épreuve de la toute-puissance du sujet », *Arch. philo. dr.*, Dossier « La famille en mutation », 2014, t. 57, pp. 37-71.
- « La parentalité, nouveau paradigme de la famille contemporaine », *Arch. philo. dr.*, Dossier « La famille en mutation », 2014, t. 57, pp. 95-122.
- « La parentalité en question : la parenté éprouvée », *LPA*, 2010, n° 59, pp. 7-17.
- « La parentalité en question : des fondements incertains », *Actes du Colloque Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ?*, *LPA*, 2010, n° 39, pp. 25-31.

- « Le détournement de l'institution familiale », in *Mélanges Philippe MALAURIE, Liber Amicorum*, Paris, Defrénois, 2005, pp. 237-282.
- « De la vertu familiale naturelle du mariage », in *Le discours et le Code 1804-2004, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Paris, LexisNexis-Litec, 2004, pp. 127-138.
- « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Études offertes à Pierre CATALA*, pp. 487-528.
- « La filiation plénière, un modèle en quête d'identité », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François TERRE*, Paris, Dalloz-PUF, 1999, pp. 509-554.

FEUILLET (B.)

- « La biomédecine, nouvelle branche du droit ? », in *Normativité et biomédecine*, FEUILLET-LE MINTIER (B.) (dir. de), Paris, Economica, 2003, pp. 1-11.

FOYER (J.)

- « L'ordre public international est-il toujours français ? », in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 267-280.
- « L'égalité en droit international privé », *Arch. philo. dr.*, 2008, pp. 179-193.
- « Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 285-302.
- « Le Code civil est vivant. Il doit le demeurer ! », *JCP, G, I*, 2004, n° 13, pp. 543-546.
- « Le Code civil de 1945 à nos jours », in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 275-296.
- « Les bonnes mœurs », in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir (1804-2004)*, Paris, Dalloz, coll. « Université Panthéon-Assas », 2004, pp. 495-513.
- « Le Code civil après le Code : la réforme du Code civil sous la V^{ème} République », in *La codification*, BEIGNIER (B.) (dir. de), Paris, Dalloz, 1996, pp. 63-67.

FRANCOIS (L.)

- « La Convention européenne des Droits de l'Homme est-elle supérieure aux conventions bilatérales reconnaissant les répudiations musulmanes ? » *D.*, 2002, n° 39, pp. 2958-2962.

FRICERO (N.)

- « Le décret du 20 janvier 2012 : vers une résolution thérapeutique des contentieux familiaux par la procédure participative assistée par avocat », *AJ fam.*, 2012, n° 2, pp. 66-67.
- « Qui a peur de la procédure participative ? Pour une justice, autrement... », in *Justices et droit du procès, Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mélanges en l'honneur du professeur Serge GUINCHARD, 2010, Dalloz, pp. 145-154.
- « Ratification de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants : une promotion des droits procéduraux des moins de 18 ans ! », *RJPF*, 2008, n° 1, pp. 8-10.

FULCHIRON (H.)

- « Un modèle familial européen ? », in *Vers un statut européen de la famille*, H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON (dir. de), Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Dalloz, 2014, pp. 171-185.
- « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du “mariage pour tous” », *JDI*, 2013, doct. 9, pp. 1055-1113.
- « Le “mariage pour tous” en droit international privé : le législateur à la peine... », *JCP, G*, 2012, 1317, pp. 2215-2222.
- « Le partenariat est-il soluble dans le mariage (et réciproquement) ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean HAUSER*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 125-137.
- « Les solidarités dans les couples séparés : renouvellement ou déclin ? », *D.*, 2009, n° 25, pp. 1703-1708.
- « Mariage, conjugalité, parenté, parentalité : métaphore ou rupture ? », FULCHIRON (H.) (dir. de), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes&Commentaires », 2009, pp. IX-XVIX.
- « Vers un divorce sans juge ? », *D.*, 2008, n° 6, pp. 365-370.
- « De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XX^{ème} siècle », in *Le monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de Jacques FOYER*, Paris, Economica, 2008, pp. 395-416.
- « PACS, mariage, patrimoine : quelques réflexions d'après réforme », *Rev. dr. et patrim.*, oct., 2007, n° 163, pp. 30-36.
- « Du couple homosexuel à la famille monosexuée ? Réflexions sur l'homoparentalité », *AJ fam.*, 2006, n° 11, pp. 392-395.
- « Parenté, parentalité, homoparentalité », *D.*, 2006, « Point de vue », pp. 876-877.
- « Le nouveau PACS est arrivé ! », *Defrénois*, 2006, art. 38471, pp. 1623-1652.
- « Existe t-il un modèle familial européen ? », *Defrénois*, 2005, n° 19, pp. 1461-1478.
- « Les métamorphoses des cas de divorce », *Defrénois*, 2004, art. 37999, pp. 1103-1123.
- « La généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale par les parents divorcés à l'épreuve des pratiques judiciaires », in *Sociologie judiciaire du divorce*, HAUSER (J.) (dir. de), Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 1999, pp. 69-83.
- « Autorité parentale et famille recomposée », in *Droit des personnes et de la famille, Liber amicorum. Mélanges à la Mémoire de Danièle HUET-WEILLER*, LGDJ, Presses universitaires de Strasbourg, 1994, pp. 141-164.
- « Une nouvelle réforme de l'autorité parentale », *D.*, 1993, pp. 117-122.

GANNAGE (P.)

- « Regards sur le Droit International Privé des États du pourtour méditerranéen », *RIDC*, 2006, n° 1, pp. 101-116.
- « Observations sur la laïcisation partielle d'un système juridique. L'exemple des droits Proche-Orientaux », in *Études offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Litec, 2007, pp. 227-236.

GANNAGE (L.)

- « L'ordre public militant : le mariage pour tous face aux systèmes de tradition musulmane », *JCP, G*, 2015, n° 12, 318, pp. 525-529.
- « Droits fondamentaux et droit international privé de la famille : quelques remarques sur une cohabitation difficile », *Arch. philo. dr.*, Dossier « La famille en mutation », 2014, t. 57, pp. 229-247.
- « Droit immobile ou droit en mouvement ? Quelques remarques à propos du droit musulman », in *Études à la mémoire du Professeur Bruno OPPETIT*, Litec, 2009, pp. 203-246.
- « Le relativisme des droits de l'Homme dans l'espace méditerranéen », *RIDC*, 2006, n° 1, pp. 115-116.

GARE (T.)

- « 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 en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, Paris, Dalloz LexisNexis, 2012, pp. 139-147.
- « La Cour de cassation durcit sa jurisprudence à l'égard des répudiations », *RJPF*, 2006, n° 1, pp. 17-18.
- « La réforme du divorce, entre innovations et droit constant (2^{ème} partie) », *RJPF*, 2004, n° 7-8, pp. 6-10.
- « La réforme du divorce, entre innovation et droit constant (Partie1) », *RJPF*, 2004, n° 6, pp. 6-9.

GAUDEMET (S.)

- « "L'intérêt de la famille", élément d'un ordre public familial », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard CHAMPENOIS*, Paris, Defrénois, 2012, pp. 287-302.

GAUDEMET-TALLON (H.)

- « Incertaines familles, incertaines frontières : quel droit international privé ? », in *Mélanges en l'honneur de Mariel REVILLARD*, Paris, Defrénois, 2007, pp. 147-168.

GAUMONT-PRAT (H.)

- « Les enjeux éthiques et juridiques de l'évolution de l'assistance médicale à la procréation », in *Mots de science. Mélanges en l'honneur de Nicole M. LE DOUARIN*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 37-54.
- « Le principe de l'anonymat dans l'assistance médicale à la procréation et la révision des lois bioéthiques », *Rev. dr. fam.*, 2001, n° 1, pp. 11-16.

GEBLER (L.)

- « L'occupation du logement pendant l'instance en divorce », *AJ fam.*, oct. 2011, pp. 461-464.
- « Le nouveau bloc de compétence du juge aux affaires familiales », *AJF*, juin 2009, pp. 256-257.

GEFFROY (J.-B.)

- « La famille dans la jurisprudence administrative », *D.*, 1986, pp. 1-10.

GHESTIN (J.)

- « Essai sur le droit, la morale et la religion », in *Études offertes à Jacques DUPICHOT*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 155-167.
- « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », in *Les notions à contenu variable*, PERELMAN (C.), VANDER ELST (R.) (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 77-97.

GLENN (H.-P.)

- « Vers un droit comparé intégré », *RIDC*, 1999, n° 4, pp. 841-852.

GOBERT (M.)

- « Mutabilité ou immutabilité des régimes matrimoniaux », *JCP, G, I*, 1969, 2281.

GOGOS-GINTRAND (A.)

- « Du raisonnement par analogie à la théorie de l'apparence : les résistances à la solidarité ménagère entre concubins », *Rev. dr. fam.*, 2012, n° 4, étude 10, pp. 14-17.

GOUTTENOIRE (A.)

- « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2008-2009 » *Rev. dr. fam.*, 2010, n° 1, pp. 9-14.
- « Les actions relatives à la filiation après la réforme du 4 juillet 2005 », *Rev. dr. fam.*, 2006, n° 1, pp. 20-22.
- « Dessine moi une procédure ou le statut procédural de l'enfant eu Europe », in *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, GADBIN (D.), KERNALEGUEN (F.) (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 322-333.
- « L'enfant dans les procédures judiciaires : un statut en devenir », *AJ fam.*, 2003, n° 11, pp. 368-371.
- « La consécration de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002 », *Rev. dr. fam.*, 2002, n° 11, chron. 24, pp. 4-8.
- « Collaboration familiale et enrichissement sans cause », *Rev. dr. fam.*, 1999, n° 11, chron. 19, pp. 6-14.

GRANET-LAMBRECHTS (F.)

- « Les droits de l'enfant dans les législations européennes », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2011, supplément au n° 87 « Le statut de l'enfant depuis la Convention internationale relative aux droits de l'enfant », n° 4440, pp. 41-45.
- « Un divorce par consentement mutuel sans juge ? », in *De code en code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges WIEDERKEHR*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 357-363.
- « La filiation maternelle demain : entre mise en conformité à la Convention européenne des droits de l'homme et originalité persistante de la législation

française », in *Études offertes au doyen Philippe SIMLER*, Dalloz-Litec, Paris, 2006, pp. 149-154.

- « La présomption de paternité », *Rev. dr. fam.*, 2006, n°1, pp. 11-13.
- « Le nouveau droit de la filiation », *D.*, 2006, pp. 17-28.
- « Trente deux propositions pour une révision de la loi du 15 novembre 1999 », *Rev. dr. fam.*, 2005, n° 4, étude 9, pp. 10-12.
- « L'établissement non contentieux de la paternité hors mariage dans les législations contemporaines en Europe », in *Droit social, droit comparé. Études dédiées à la mémoire de Pierre ORTSCHIEDT*, PUS, 2003, pp. 137-143.

GRAVESON (R.-H.)

- « L'influence du droit comparé sur le rapprochement des peuples », *RIDC*, 1958, n° 3, pp. 501-509.

GRILLET-PONTON (D.)

- « Quasi-conjugalité, pluri et post-conjugalité : libres propos sur quelques situations atypiques », *JCP, G, I*, 2002, n° 108, pp. 229-234.

GRILLON (G.)

- « Les nouveaux droits successoraux du conjoint survivant », *JCP, G, I*, 2002, n° 19-20, pp. 865-870.

GRIMALDI (M.)

- « Brèves réflexions sur la loi instituant un mariage pour tous », *Deffr.*, 2013, pp. 719-722.
- « Des donations-partages et des testaments partages au lendemain de la loi du 23 juin 2006 », *JCP, N*, 2006, n° 40, 1320, pp. 1756-1762.

GROSLIERE (J.)

- « Les conflits de filiation de l'article 334-9 : phénomènes ou épiphénomènes », *D.*, 1978, pp. 25-30.

GROSLIERE (J.-C.)

- « La réforme du divorce », in *Mélanges dédiés à Gabriel MARTY*, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1978, pp. 601-620.
- « Le juge aux affaires matrimoniales (ou l'homme orchestre du divorce) », *D.*, 1976, pp. 73-80.

GUERCHOUN (F.)

- « La primauté constitutionnelle de la Convention européenne des droits de l'homme sur les conventions bilatérales donnant effet aux répudiations musulmanes », *JDI*, 2005, pp. 695-737.

GUILBERTEAU (M.)

- « La famille et l'enfant adultérin », *D.*, 1974, pp. 177-182.

GUITON (D.)

- « Les dommages-intérêts en réparation d'un préjudice résultant du divorce », *D.*, 1980, pp. 237-246.

GUITON (D.)

- « Les dommages-intérêts en réparation d'un préjudice résultant d'un fait antérieur au divorce », *D.*, 1980, pp. 247-252.

GUTMANN (D.)

- « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. TERRE*, Dalloz, 1999, pp. 329-342.

HALBECQ (M.)

- « Le divin et les conceptions du droit naturel », *Arch. philo. dr.*, 1973, pp. 165-179.

HAMMJE (P.)

- « "Mariage pour tous" et droit international privé. Dits et non-dits de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personne de même sexe », *Rev. crit. DIP*, 2013, pp. 773-806.
- « L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE*, Dalloz, 2005, pp. 365-381.
- « Droits fondamentaux et ordre public », *RCDIP*, 1997, n° 1, pp. 1-31.

HASBI (A.)

- « Conceptions marocaines de l'ordre international et de la politique étrangère », in *La France, l'Europe et le monde. Mélanges en l'honneur de Jean CHARPENTIER*, éd. A. Pedone, 2008, pp. 127-143.

HAUSER (J.)

- « Le crépuscule de la loi en droit des personnes et de la famille », in *Des liens et des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre LABORDE*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 711-725.
- « Amour et liberté : la devise contemporaine du couple ? », *Arch. philo. dr.*, Dossier « La famille en mutation », 2014, t. 57, pp. 73-80.
- « Retour sur le sens du temps en droit de la famille », in *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, FULCHIRON (H.), SOSSON (J.) (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 321-328.
- « Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe. Le paradoxe de la tortue d'Achille », *JCP, G*, 2012, n° 44, doct. 1185, pp. 2000-2005.
- « Le statut de l'enfant depuis la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : rapport de synthèse », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2011, supplément au n° 87 « Le statut de l'enfant depuis la Convention internationale relative aux droits de l'enfant », n° 4444, pp. 60-63.

- « Le choix de ne pas donner la vie : un droit de ne pas donner la vie ? », in *Être parent aujourd'hui*, JACQUES (P.) (dir.de), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes&Commentaires », 2010, pp. 9-25.
- « L'adoption simple, joker de la crise de la parenté ! », *Rev. dr. fam.*, 2010, n° 9, alerte 55.
- « La démocratie dans les rapports familiaux », in *Démocratie et libertés : tension, dialogue, confrontation*. Mélanges en l'honneur de Slobodan MILACIC, Bruylant, 2008, pp. 501-514.
- « La réforme de la filiation et les principes fondamentaux », *Rev. dr. fam.*, 2006, n° 1, pp. 6-8.
- « La loi, le juge et la volonté dans les réformes de droit de la famille », in *Études offertes au doyen Philippe SIMLER*, Dalloz-Litec, Paris, 2006, pp. 155-165.
- « Des filiations à la filiation », *RJPF*, 2005, n° 9, pp. 6-11.
- « Une république familiale », in *Le Discours et le Code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon, 1804-2004*, Paris, Litec-LexisNexis, 2004, pp. 139-149.
- « La réforme du divorce », *D.*, 2003, n° 22, pp. 1446-1447.
- « Le droit de travers », in *Drôles de droits*. Mélanges en l'honneur d'Elie ALFANDARI, Dalloz, 2000, pp. 83-96.
- « La concurrence des formes juridiques de vie en couple », *Rev. dr. fam.*, n° 22, hors-série 2000, pp. 20-25.
- « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *L'avenir du droit*. Mélanges en l'honneur de François TERRE, Dalloz-PUF, 1999, pp. 441-454.
- « L'enfant supranational : mythe ou réalité ? », *LPA*, 3 mai 1995, n° 53, pp. 36-37.
- « Décadence et grandeur du droit civil des personnes et de la famille à la fin du XX^{ème} siècle », in *Mélanges à la Mémoire de Danièle HUET-WEILLER, Liber amicorum*, Paris, LGDJ, 1994, pp. 235-242.
- « Vers une théorie générale du droit familial », *D.*, 1991, chron. XII, p. 56.
- « L'adoption à tout faire », *D.*, 1987, chron. XXXVII, pp. 205-208.

HENAFF (G.)

- « La communauté de vie du couple en droit français », *RTD civ.*, 1996, n° 3, pp. 551-578.

HERZOG-EVANS (M.)

- « La stabilité de la relation parentale en cas de séparation forcée. Le cas du droit pénitentiaire », in *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, C. BRUNETTI-PONS (dir. de), éd. Mare&Martin, 2014, pp. 263-288.
- « Révolutionner la pratique judiciaire. S'inspirer de l'inventivité américaine », *D.*, 2011, n° 44, pp. 3016-3022.
- « Les enfants de détenus », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2011, supplément au n° 87 « Le statut de l'enfant depuis la Convention internationale relative aux droits de l'enfant », n° 4438, pp. 32-35.

HILAIRE (J.)

- « La place de l’histoire du droit dans l’enseignement et dans la formation du comparatiste », *RIDC*, 1998, n° 2, pp. 319-333.

HILT (P.)

- « La preuve de l’existence d’un couple », *AJ fam.*, 2007, n° 12, pp. 452-453.

HOUIN (R.)

- « Le droit de la famille dans l’avant projet de Code civil français et le droit comparé », *RIDC*, 1957, n° 2, pp. 373-378.

HUSSON (L.)

- « Le droit, la morale, et les sciences humaines », *RIDC*, n° 4, 1970, pp. 645-660.

ICARD (J.)

- « Une analyse économique du droit de la famille. À propos de la gestation pour autrui », *RRJ*, 2011, pp. 131-152.

IMBERT (P.-H.)

- « Pour un système européen de protection des droits de l’homme », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond PETTITI*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 449-464.

IZDEBSKI (H.)

- « Le rôle du droit dans les sociétés contemporaines : essai d’une approche sociologique du droit comparé », *RIDC*, 1988, n° 3, pp. 563-582.

JESTAZ (P.)

- « L’égalité et l’avenir du droit de la famille », in *L’avenir du droit. Mélanges en l’honneur de François TERRE*, PUF-Dalloz, 1999, pp. 289-304.

JIANG (J.)

- « Droit et amour, variations sur la moralité », in *Études en l’honneur du Professeur J. ARNAUD-MAZERES*, Paris, Litec, 2009, pp. 395-414.

JEULAND (E.)

- « L’égalité dans les liens de droit », *Arch. philo dr.*, 2008, t. 51, pp. 29-36.

JULLIOT DE LA MORANDIERE (L.)

- « La réforme du Code civil », *D.*, 1948, chron. XXVIII, pp. 117-124.

KALINOWSKI (G.)

- « Le fondement objectif du droit d’après la “Somme théologique” de saint Thomas d’AQUIN », *Arch. philo dr.*, 1973, t. 18, p. 59-75.

KERCKHOVE (E.)

- « Le droit international privé du couple », *LPA*, 20 déc. 2007, n° 254, pp. 41-46.

KESSLER (G.)

- « Homoparenté et homoparentalité, les différents modes de constitution de la famille homosexuelle », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2008, juin, 3028, pp. 35-39.

KISS (A.)

- « La Convention européenne des droits de l'homme a-t-elle créé un ordre juridique autonome ? », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond PETTITI*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 493-505.

KLAA (M.)

- « Donation-partage conjonctive de biens communs et enfants de lits différents », *JCP, N*, 2008, n° 6, 1068, pp. 14-21.

LA MORANDIERE (de) (J.)

- « La loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée », *D.*, 1938, pp. 25-28.

LABBE (X.)

- « PACS : l'injustice de la dissolution conventionnelle », *JCP, G*, 2012, n° 1-2, pp. 6-7.
- « La judiciarisation du PACS et du concubinage », *D.*, 2009, n° 30, pp. 2053-2056.
- « Le ministre et les violences dans le couple », *D.*, 2009, n° 42, pp. 2814-2815.
- « PACS : la dernière longueur », *AJ fam.*, 2009, n° 9, pp. 345-346.
- « L'aide matérielle a-t-elle un caractère alimentaire ? », *JCP, G, I*, 2008, n° 42, 197, pp. 24-26.
- « Le PACS et le rapport Guinchard », *D.*, 2008, n° 34, pp. 2354-2355.
- « Le droit du couple à l'heure de la déjudiciarisation », *AJ fam.*, 2008, n° 3, pp. 112-113.

LABRUSSE-RIOU (C.)

- « Les procréations médicalement assistées, lieu de confrontation du réel et de l'imaginaire », *Arch. philo. dr.*, 2014, t. 57, pp. 485-499.
- « Que peut dire le droit de "l'humain" ? », *Rev. Études*, oct. 2010, pp. 343-354.
- « Droits de l'homme et institution des liens familiaux : une relation explosive ou pervertie ? », in *La famille, le lien et la norme*, Actes du colloque de l'Institut des Sciences de la Famille, Université Catholique de Lyon, les 10 et 11 mai 1996, EID (G.) (dir. de), Paris, l'Harmattan, 1997, pp. 53-74.
- « Le désinvestissement du législateur : le flou des références légales », in *Famille et justice : justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, Paris, LGDJ, 1997, pp. 28-42.
- « La vérité dans le droit des personnes », in *L'homme, la nature et le droit*, EDELMAN (B.) et HERMITTE (M.-A.) (dir. de), éd. Christian Bourgois, 1988, pp. 159-198.
- « Le juge et la loi : de leurs rôles respectifs à propos du droit des personnes et de la famille », in *Etudes offertes à René RODIERE*, Paris, Dalloz, 1981, pp. 151-176.

LAGRANGE (de) (E.)

- « La crise de la famille, le législateur et le juge », in *Etudes dédiées à Alex WEILL*, Paris, Dalloz-Litec, 1983, pp. 353-370.

LAGRANGE GAUDIN (de) (E.)

- « Les droits de l'enfant », in *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Paris, Dalloz Sirey, 1985, pp. 175-202.

LAMARCHE (M.)

- « Couples, consommation, crédits : le ménage un peu (préservé) du surendettement. La loi Hamon et la solidarité des dettes ménagères », *Rev. dr. fam.*, 2014, n° 5, alerte 19.
- « La résidence alternée : une formule magique pour la coparentalité ? », *Rev. dr. fam.*, 2012, n° 2, alerte 7, p. 3.
- « PACS, pour le meilleur et sans le pire ? La multiplication des avantages en faveur des partenaires », *Rev. dr. fam.*, 2009, n° 9, p. 2.
- « L'obligation d'assistance entre époux », *Rev. dr. patrim.*, 2000, n° 85, pp. 67-70.

LAMBOLEY (A.)

- « L'enfant à tout prix. Le permis et l'interdit », in *Mélanges Christian MOULY*, Paris, Litec, 1998, pp. 313-334.

LANGROD (G.)

- « Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en science juridique », *RIDC*, 1957, n° 2, pp. 353-369.

LARGUIER (J.)

- « Rigueur des mœurs et rigueur des lois », *D.*, 1961, pp. 25-34.

LARRIBEAU-TERNEYRE (V.)

- « Le cadre juridique de la médiation familiale », in *La résolution amiable des différends dans le contentieux familial*, ANTONINI-COCHIN (L.) (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 9-30.
- « Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale ? (À propos de la médiation obligatoire et de la convention de procédure participative) », *Rev. dr. fam.*, 2012, n° 5, étude 12, pp. 13-18.
- « La centralisation des contentieux : le nouveau bloc de compétence du JAF », in *Les transformations du contentieux familial*, WEILLER (L.) (dir. de), Marseille, PUAM, 2012, pp. 19-34.
- « La fronde à la circulaire confirmée concernant les pouvoirs liquidatifs du JAF », *Rev. dr. fam.*, 2012, n° 12, comm. 179, pp. 35-37.
- « Les nouvelles compétences du juge aux affaires familiales : cadrage ou verrouillage ? », *Rev. dr. fam.*, 2011, n° 1, pp. 22-26.
- « Le dispositif de télésurveillance destiné à la protection des victimes de violences au sein du couple est opérationnel », *Rev. dr. fam.*, 2010, n° 5, comm. 73, pp. 33-34.

- « Le juge aux affaires familiales devient le juge des intérêts patrimoniaux des concubins et des partenaires », *Rev. dr. fam.*, 2009, n° 6, pp. 20-21.
- « L'amélioration du PACS : un vrai contrat d'union civile. À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Rev. dr. fam.*, 2007, n° 1, pp. 9-15.
- « Feu les enfants légitimes et naturels ! Vive la présomption de paternité...légitime ! (Ordonnance du 4 juillet 2005 sur la filiation », *Rev. dr. fam.*, 2005, n° 5, repère n° 9, p. 3.
- « La réforme du divorce atteindra t-elle ses objectifs ? (1^{ère} partie) », *Rev. dr. fam.*, 2004, n° 6, pp. 5-7 ; (2^{ème} partie), 2004, n° 7-8, pp. 6-11 ; (3^{ème} partie), 2004, n° 9, pp. 7-11.
- « La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste », in *Études offertes à Pierre CATALA*, Paris, Litec, 2001, pp. 83-108.
- « Le mythe du sang en droit de la filiation », *LPA*, 1994, n° 32, pp. 15-21.

LARROUMET (C.)

- « La libéralité consentie par un concubin adultère », *D.*, 1999, pp. 351-352.

LAURENT (J.-C.)

- « Quelques réflexions sur les causes de divorce », *D.*, 1949, pp. 61-64.

LAVIGNE (P.)

- « Comment la loi est mal écrite », *D.*, 1982, pp. 299-300.

LE GUIDEC (R.)

- « Regards sur les fonctions économiques de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 299-307.
- « Les libéralités-partages », *D.*, 2006, pp. 2584-2586.

LEBORGNE (A.)

- « Accès aux origines, adoption, action en recherche de maternité. Questions pratiques », in *La convention de New-York sur les droits de l'enfant. Vingt ans d'incidences théoriques et pratiques*, LEBORGNE (A.), PUTMAN (E.), ÉGEA (V.) (dir. de), Actes du colloque du 15 janvier 2010 organisé par le Centre de Recherches en Droit Privé Pierre Kayser, Marseille, PUAM, 2012, pp. 61-67.
- « Réflexion sur la diversité des modes de conjugalité », in *Mélanges en l'honneur de Jerry SAINTE-ROSE*, PUIGELIER (C.) (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 675-697.
- « Les dispositions du Code civil dont il résulte que le mariage est l'union d'un homme et d'une femme sont conformes à la Constitution », *RJPF*, 2011, n° 3, pp. 20-23.

LEBRETON (G.)

- « Critique républicaine des droits fondamentaux de la personne humaine », in *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick COURBE*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 359-365.
- « Y a-t-il un progrès du droit ? », *D.*, 1991, pp. 99-104.

LECOURT (R.)

- « Comment progresse le rapprochement des législations européennes ? », *D.*, 1965, pp. 147-152.

LECUYER (H.)

- « La notion juridique de couple », *Rev. dr. et patrim.*, 1997, n° 53, pp. 62-65.

LEGEAIS (R.)

- « L'utilisation du droit comparé par les tribunaux », *RIDC*, 1994, pp. 347-358.

LEMOULAND (J.-J.)

- « La diversité du droit contemporain de la famille : un trompe l'œil », in *Mélanges en l'honneur de Jerry SAINTE-ROSE*, PUIGELIER (C.) (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 729-750.
- « Quels apports du droit comparé au droit français des personnes et de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 329-349.
- « L'émergence d'un droit commun des couples », in *Mariage –Conjugalité, Parenté-Parentalité*, FULCHIRON (H.) (dir. de), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes&Commentaires », 2008, pp. 33-46.
- « Vers un droit commun de la formation des couples ? », *LPA*, 20 déc. 2007, n° 254, pp. 13-17.
- « La loi du 26 mai 2004 relative au divorce », *D.*, 2004, pp. 1825-1837.
- « Le couple en droit civil », *Rev. dr. fam.*, 2003, n° 8, pp. 11-22.
- « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D.*, 1997, pp. 133-137.

LEQUETTE (Y.)

- « De la proximité au fait accompli », *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre MAYER*, Paris, LGDJ, 2015, pp. 481-518.
- « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard CHAMPENOIS. Liber amicorum*, Paris, Defrénois, 2012, pp. 523-550.
- « Observations sur le “nominalisme législatif” en matière de filiation », in *Études offertes à Geneviève VINEY*, Paris, LGDJ, 2008, pp. 647-668.
- « Le droit est la semence des mœurs », in *Le discours et le Code, Portalis, deux siècles après le Code napoléon*, Paris, Litec, 2004, pp. 391-398.
- « De l'utilitarisme dans le droit international privé conventionnel de la famille », in *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon LOUSSOUARN*, Dalloz, 1994, pp. 245-263.

LERIS (P.)

- « La Cour de cassation et le Maroc », *D.*, 1954, pp. 17-19.

LEROYER (A.-M.)

- « L'accès à l'assistance médicale à la procréation : quelles modalités ? », *Arch. philo. dr.*, 2014, t. 57, pp. 425-433.
- « L'enfant confié à un tiers : de l'autorité parentale à l'autorité familiale », *RTD civ.*, 1998, n° 3, pp. 587-606.

LEYETTE (G.)

- « Le Code civil et les autres codifications napoléoniennes », in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 123-130.

LEVENEUR (L.)

- « Le choix des mots en droit des personnes et de la famille », in *Les mots de la loi*, MOLFESSIS (N.) (dir. de), Paris, Economica, coll. « Études juridiques », 1999, pp. 11-29.

LÉVY (D.)

- « Une méthode d'étude du droit comparé », *RIDC*, 1952, pp. 695-697.

LEVY (J.-P.)

- « Coup d'œil historique d'ensemble sur la situation patrimoniale du conjoint survivant », in *Études offertes à René RODIERE*, Paris, Dalloz, 1981, pp. 177-196.

LIENHARD (C.)

- « Contribution aux réflexions sur la réforme des procédures de divorce », *D.*, 1998, pp. 132-136.

LINANT DE BELLEFONDS (X.)

- « L'utilisation d'un "système expert" en droit comparé », *RIDC*, 1994, n° 2, pp. 703-718.

LOUIS BACH (E.)

- « Étude sur l'application de la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation à l'établissement du lien de filiation des enfants adultérins nés avant son entrée en vigueur », *D.*, 1976, pp. 95-102.

LUCET (F.)

- « Famille éclatée, famille reconstituée. Les aspects patrimoniaux », *Defr.*, 1991, art. 35028, pp. 513-536.

LUCHAIRE (F.)

- « La mort des tribunaux français de Tunisie », *D.*, 1957, pp. 61-64.

LUSSEAU (J.-F.)

- « Vie maritale et droit de la Sécurité sociale », *Rev. dr. soc.*, 1980, pp. 203-218.

LUZU (F.) , LE GALL (N.)

- « Transmettre dans les familles recomposées ou l'art du compromis », *JCP, N*, 2012, n° 26, 1280, pp. 31-39.

MALAURIE (P.)

- « Le couple et le fisc », *Rev. dr. fam.*, 2011, n° 1, pp. 8-9.
- « Autorité et droit des tiers : un projet patchwork », *JCP, G*, 2009, 167, pp. 3-4.
- « Les nouveaux visages de la famille », in *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, FULCHIRON (H.) (dir. de), Paris, Dalloz, 2008, pp. 261-268.
- « Couple, procréation et parenté, colloque sur la notion juridique de couple, Reims, 20-21 juin 1997 », *D.*, 1998, pp. 127-131.
- « L'effet pervers des lois », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard CORNU*, Paris, PUF, 1994, pp. 309-316.
- « Premières vues sur le droit des successions et des libéralités », *D.*, 1989, pp. 99-104.
- « Mariage et concubinage en droit français contemporain », *Arch. philo. dr.*, 1975, pp. 17-28.

MARGUENAUD (J.-P.)

- « Le droit civil français sous l'influence de la CEDH », *RTD civ.*, 1996, n° 4, pp. 505-515.

MARTIN (D.)

- « L'indépendance bancaire des époux », *D.*, 1989, pp. 135-141.

MASSIP (J.)

- « Le divorce par consentement mutuel et la pratique des tribunaux », *D.*, 1979, pp. 117-127.
- « La contestation de la filiation légitime depuis la loi du 3 janvier 1972 », *D.*, 1977, pp. 237-240.

MAYER (P.)

- « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *Rev. crit. DIP*, 1991, pp. 651-665.

MAZEAUD (H.)

- « Une famille "dans le vent" : la famille hors mariage », *D.*, 1971, pp. 99-102.
- « Le divorce par consentement forcé », *D.*, 1963, pp. 141-144.
- « Une famille sans chef », *D.*, 1951, pp. 141-144.

MESTROT (M.)

- « La famille en chantier », in *Études à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, Bordeaux, PUB, 2003, pp. 191-208.

MEULDERS-KLEIN (M.-T.)

- « Égalité et non discrimination en droit de la famille », *Rev. trim. dr. homme*, 2003, n° 56, pp. 1193-1202.
- « Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière familiale, analyse comparative », *RIDC*, 1997, pp. 383-407.
- « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard CORNU*, Paris, PUF, 1994, pp. 317-332.
- « Individualisme et communautarisme : l'individu, la famille et l'État en Europe occidentale », *Rev. Droit et société*, 1993, n° 23-24, pp. 163-197.
- « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *RIDC*, 1992, pp. 767-794.
- « La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale », *RIDC*, 1989, n° 1, pp. 7-58.
- « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées », *RTD civ.*, 1988, n° 4, pp. 663-672.

MEZGHANI (A.)

- « Détermination de la loi applicable et conflit des civilisations en droit international privé de la famille », in *Le débat juridique au Maghreb, de l'étatisme à l'état de droit. Études en l'honneur de Ahmed MAHIOU, BENACHOUR (Y.), HENRY (J.-R.), MEHDI (R.)* (réun. par), Paris, éd. Publisud-IREMAM, 2009, pp. 23-38.

MICHEL (A.)

- « Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines », *Arch. philo. dr.*, 1975, pp. 127-136.

MIGNON-COLOMBET (A.)

- « Que reste t-il du devoir de fidélité entre époux ? », *LPA*, 2005, n° 21, pp. 6-18.

MILLET (F.)

- « La voie d'une homoparentalité bien ordonnée : retour aux fondamentaux de la filiation », *D.*, 2012, pp. 1975-1979.
- « L'homoparentalité : essai d'une approche juridique », *Defr.*, 2005, art. 38153, pp. 743-760.

MIRKOVIC (A.)

- « Refonder le droit de la filiation », in *Le Mariage&La Loi. Protéger l'Enfant*, Institut Famille&République, 2016, pp. 299-312
- « Repenser le don de gamètes », in *Le don de gamètes*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 7-20.
- « La part de la biologie dans la filiation », in *Le don de gamète*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 121-132.
- « L'accès à l'assistance médicale à la procréation : quelles modalités ? », *Arch. philo. dr.*, 2014, t. 57, pp. 445-463.

- « Le mariage : un service public à redécouvrir », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2012, juin, n° 94, pp. 55-58.
- « Les revendications des personnes de même sexe en matière familiale. Retour sur un contentieux nourri en 2010 et 2011 », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2011, n° 23, pp. 42-48.
- « Statut de l'embryon : la question interdite », *JCP, G*, 2010, 99, pp. 177-182.
- « La partenaire de la mère ne peut prétendre au congé de paternité car elle n'est pas le père de l'enfant », *D.*, 2010, n° 22, pp. 1394-1398.
- « Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droit des tiers. À propos du rapport Léonetti », *JCP, G*, 2009, n° 43, 345, pp. 10-13.
- « Statut du beau-parent : vivement le retrait d'un texte inutile et nuisible », *Rev. dr. fam.*, 2009, n° 7-8, étude 28, pp. 15-17.
- « Avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers », *AJ fam.*, 2008, n° 11, pp. 428-429.

MISTRETTA (P.)

- « Droit pénal de la bioéthique : le coup de grâce ! », *JCP, G*, 2011, n° 29, pp. 1408-1409.

MOLFESSIS (N.)

- « Pacte civil de solidarité : la réécriture de la loi relative au pacs par le Conseil constitutionnel », *JCP, G, I*, 2000, doct. 210, pp. 399-407.

MONEGER (F.)

- « Religion au regard du statut personnel et familial », *RIDC*, 2014, pp. 697-706.

MORANCAIS-DEMEESTER (M.-L.)

- « Vers l'égalité parentale », *D.*, 1988, pp. 7-14.

MOREAU (P.)

- « Penser le droit de la famille avec Michel Villey », *Arch. philo. dr.*, 2007, t. 50, pp. 331-342.

MOUTOUH (H.)

- « La question de la reconnaissance du couple homosexuel : entre dogmatisme et empirisme », *D.*, 1998, pp. 369-372.

MULLER (M.)

- « L'indemnisation du concubin abandonné sans ressources », *D.*, 1986, pp. 329-334.

MURAT (P.)

- « Enjeu de structures sociales ou logique de droits fondamentaux ? », *Arch. philo. dr.*, 2014, t. 57, pp. 285-300.
- « Pour une réflexion prospective en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Raymond LE GUIDE*, Paris, LexisNexis, 2014, pp. 777-794.

- « L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe...ou l'art de se mettre au milieu du gué », *Rev. dr. fam.*, 2013, n° 7-8, dossier « Du mariage pour tous à la famille homosexuelle », n° 24, pp. 30-34.
- « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, Paris, LexisNexis-Dalloz, 2012, pp. 405-426.
- « Passer par la filiation ou dépasser la filiation », in *Parenté, Filiation, Origines, Le droit et l'engendrement à plusieurs*, FULCHIRON (H.), SOSSON (J.) (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 259-271.
- « L'état des devoirs légaux des parents envers leurs enfants », in *Être parent aujourd'hui*, JACQUES (P.) (dir. de), Paris, Dalloz, 2010, pp. 49-63.
- « Individualisme, libéralisme, légistique », in *Mariage-Conjugalité, Parenté-Parentalité*, FULCHIRON (H.) (dir. de), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes&Commentaires », 2009, pp. 237-244.
- « La participation de l'enfant aux procédures relatives à l'autorité parentale : bref regard critique sur la diversité des situations », *Rev. dr. fam.*, 2006, n° 8, Colloque « Enfant et Justice, Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires », n° 31, pp. 11-14.
- « L'action de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la possession d'état », *Rev. dr. fam.*, 2006, n° 1, pp. 17-20.
- « Chronique d'une défaite de la raison juridique », in *Études offertes à Pierre CATALA*, Paris, Litec, 2001, pp. 109-116.

MUZNY (P.)

- « Pour que garde des enfants et pratique religieuse fassent bon ménage », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 427-441.

NAST (M.)

- « Vers l'union libre, ou le crépuscule du mariage légal », *D.*, 1938, pp. 37-40.

NEIRINCK (C.)

- « La comaternité », *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 3, repère 3.
- « Question civile ou enjeu médical ? », *Arch. philo. dr.*, 2014, t. 57, pp. 301-314.
- « L'assistance médicale à la procréation », in *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, FULCHIRON (H.), SOSSON (J.) (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 273-283.
- « Le couple et la contractualisation de la rupture », *RRJ*, 2009, n°1, pp. 107-119.
- « Le couple en crise », *LPA*, 20 déc. 2007, n° 254, pp. 23-33.
- « La maternité », *Rev. dr. fam.*, 2006, n° 1, pp. 9-11.
- « Parenté et parentalités, aspects juridiques », in *Lien familial, lien social*, DELAGE (M.), PEDROT (P.) (dir. de), Grenoble, PUG, 2003, pp. 59-74.
- « Homoparentalité et adoption », in *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle. Études offertes à Pierre CATALA*, Litec, 2001, pp. 353-362.

- « PMA : six personnages en quête d'auteur », in *Mélanges offerts à André COLOMER*, Paris, Litec, 1993, pp. 307-317.

NERSON (R.)

- « Progrès scientifiques et droit familial », in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle*. Études offerts à Georges RIPERT, Paris, LGDJ, t. I, 1950, pp. 403-431.

NIBOYET (M.-L.)

- « Regard français sur la reconnaissance en France des répudiations musulmanes », *RIDC*, 2006, pp. 27-46.

NICOD (M.)

- « L'anticipation de la succession », *JCP, N*, 2006, n° 12, 1136, pp. 607-611.

NICOLAU (G.)

- « L'autorité parentale à l'épreuve », in *Études à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, Bordeaux, PUB, 2003, pp. 141-176.

OLIVIER (S.)

- « La transmission anticipée du patrimoine : aspects civils et fiscaux », *JCP, N*, 2012, n° 27, act. 691, pp. 7-9.

ONORIO (d') (J.-B.)

- « La protection constitutionnelle du mariage et de la famille en Europe » *RTD civ.*, 1988, n° 1, pp. 1-29.

LOUDIN (F.)

- « Le recul du principe d'égalité en matière de répudiation au profit de l'exception classique de l'ordre public international », *RJPF*, 2002, n° 12, pp. 6-10.

PARICARD (S.)

- « Mariage homosexuel et filiation. Quelques éléments de droit comparé », *Rev. dr. fam.*, 2013, n° 1, dossier « Le mariage pour tous », n° 8, pp. 28-31.

PARIZER-KRIEF (K.)

- « Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant en Grande-Bretagne. De l'indemnisation raisonnable de la gestatrice prévue par la loi à la reconnaissance judiciaire des contrats internationaux à but lucratif », *RIDC*, 2011, pp. 645-659.

PETERKA (N.)

- « Les libéralités graduelles et résiduelles, entre rupture et continuité », *D.*, 2006, pp. 2580-2583.

PHILIPPE (C.)

- « Vers un droit commun des effets du contrat de couple », *LPA*, 2007, n° 254, pp. 18-22.

- « Quel avenir pour la fidélité ? », *Rev. dr. fam.*, 2003, n° 5, pp. 17-20.
- « Maupassant, précurseur du mariage moderne », in *Mélanges à la mémoire de Danièle HUET-WEILLER*, Liber amicorum, Strasbourg, PUS, LGDJ, 1994, pp. 367-377.

PIASTRA (R.)

- « Loi relative au PACS », *D.*, 2000, n° 13, pp. 203-208.

PIERRON (J.-P.)

- « Le Geste et la Parole –Nouvelles techniques de procréation et dit du droit », in *Parenté, Filiation, Origines, Le droit et l'engendrement à plusieurs*, FULCHIRON (H.), SOSSON (J.) (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 223-236.

PITTI (G.)

- « Le logement et la rupture du couple », *AJ fam.*, 2011, n° 10, pp. 464-468.

PONTON-GRILLET (D.)

- « La famille et le droit fiscal », *D.*, 1987, pp. 125-130.

POUSSON-PETIT (J.)

- « Le droit de vivre en commun en dehors du couple sexuel conjugal », in *Mélanges en l'honneur du Professeur J. HAUSER*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 563-588.
- « Les volontés individuelles et le droit de la filiation charnelle dans les droits européens », in *De la volonté individuelle*, NICOD (M.) (dir. de), Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2009, pp. 57-76.
- « Le juge et les droits aux relations personnelles des parents séparés de leurs enfants en France et en Europe », *RIDC*, 1992, pp. 795-848.

RASSON-ROLAND (A.)

- « Une approche comparative des droits de l'enfant », in *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme*. Liber Amicorum Michel MELCHIOR, Anthémis, 2010, pp. 1015-1029.

RAYNAUD (P.)

- « Les deux familles. Réflexions comparatives sur la famille légitime et la famille naturelle », in *Aspects du droit privé en fin du XX^{ème} siècle*. Études réunies en l'honneur de Michel JUGLART, Paris, LGDJ, 1986, pp. 63-79.
- « L'inégalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement. Où va la jurisprudence ? », *D.*, 1980, pp. 1-8.
- « Les divers visages du divorce 1976 », *D.*, 1976, pp. 141-146.

REBOURG (M.)

- «La prise en charge de l'enfant par son beau-parent pendant la vie commune », *AJ fam.*, 2007, n° 7, pp. 290-294.

REIGNIE (PH.)

- « Sexe, genre et état des personnes », *JCP, G*, 2011, n° 42, pp. 1883-1890.

REMY (P.)

- « Le mythe du pluralisme civil en législation, observations complémentaires », *RRJ*, 1983, pp. 91-92.

RENCHON (J.-L.)

- « Les causes des mutations de l'ordre public », *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 9.
- « Une filiation monosexuée ? », in *Parenté, Filiation, Origines, Le droit et l'engendrement à plusieurs*, FULCHIRON (H.), SOSSON (J.) (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 237-257.
- « À propos du droit de l'enfant d'être entendu dans le litige entre ses parents », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 601-617.
- « La prégnance de l'idéologie individualiste et libérale dans les récentes réformes du droit de la personne et de la famille », in *Mariage-Conjugalité, Parenté-Parentalité*, FULCHIRON (H.) (dir. de), Paris, Dalloz, 2009, pp. 209-236.

RHEINSTEIN (M.)

- « La famille, son évolution et son droit », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc ANCEL*, éd. A. Pedone, t. I, 1975, pp. 193-206.

RIEUBERNET (C.)

- « Volonté du couple et incidences patrimoniales de la rupture : entre exclusion et incitation », *RRJ*, 2009, pp. 135-152.

ROCHE DAHAN (J.)

- « La différenciation sexuelle au sein du couple, approche de droit comparé : droit canonique, droit hébraïque, évolution du droit français », *Annuaire droit et religions*, 2009-2010, volume 4, pp. 307-327.
- « Les devoirs nés du mariage, obligations réciproques ou obligations mutuelles ? », *RTD civ.*, 2000, pp. 735-758.

RUBELLIN-DEVICHI (J.)

- « « Réflexions sur la réforme attendue du droit de la filiation », in *Mélanges offerts à André COLOMER*, Paris, Litec, 1993, pp. 397-414.
- « La famille et le droit au logement », *RTD civ.*, 1991, pp. 245-261.
- « Les procréations assistées », *RTD civ.*, 1987, pp. 457-497.

SACCO (R.)

- « Le droit muet », *RTD civ.*, 1995, pp. 783-796.

SAINT-CYR (P.)

- « De l'union libre au mariage », *D.*, 1975, pp. 123-128.

SAINT-JOURS (Y.)

- « Le statut social du concubinage », *JCP, N, I*, 1993, pp. 138-140.

SALVAGE-GEREST (P.)

- « La reconnaissance d'enfant, ou de quelques surprises réservées par l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *Rev. dr. fam.*, 2006, pp. 13-16.

SANTORO (V.)

- « Pratique de l'application du droit marocain par le juge français en matière familiale », *RRJ*, 2010, pp. 613-619.

SAVATIER (J.)

- « Les légitimations de complaisance », *D.*, 1950, pp. 9-12.

SAVATIER (R.)

- « La finance ou la gloire : option pour la femme mariée ? Réflexions sur la réforme des régimes matrimoniaux », *D.*, 1965, pp. 135-140.
- « Un exemple des métamorphoses du droit civil : l'évolution de l'obligation alimentaire », *D.*, 1950, pp. 149-152.
- « Le droit civil de la famille et les conquêtes de la biologie », *D.*, 1948, pp. 33-36.

SAVOYE (J.)

- « La notion de "manquement à l'honneur", à la probité et aux bonnes mœurs », *D.*, 1968, pp. 103-108.

SERIAUX (A.)

- « Une définition civile du mariage (prière d'insérer) », *D.*, 2005, pp. 1966-1969.
- « Le juriste face au droit de la famille », *Rev. dr. fam.*, 2001, n° 6, pp. 4-6.
- « Question controversée : la théorie du non-droit », *RRJ*, 1995, pp. 13-30.
- « L'égalité des filiations depuis la loi du 3 janvier 1972 », in *Mélanges offerts à André COLOMER*, Paris, Litec, 1993, pp. 431-442.

SIMLER (P.), HILT (P.)

- « Le nouveau visage du PACS : un quasi mariage », *JCP, G, I*, 2006, n° 30, pp. 1495-1500.

SIMSON (G.)

- « L'évolution du droit moderne du divorce », *RIDC*, 1957, pp. 379-394.

SINDRES (D.)

- « Vers la disparition de l'ordre public de proximité ? », *JDI*, 2012, n° 3, pp. 887-901.

SOULEAU-TRAVERS (A.)

- « Solidarité légale entre époux et entre partenaires d'un PACS », *Defr.*, 2002, art. 37533, pp. 569-588.

STEFF (A.)

- « L'exception d'ordre public dans la convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire », *RRJ*, 2010, n° 2, pp. 621-627.

SUDRE (F.)

- « La mystification du “consensus” européen », *JCP, G*, 2015, n° 50, 1369.

SURREL (H.)

- « Les juges européens confrontés à l'interprétation des différences de traitement fondées sur le sexe », *Rev. trim. dr. homme*, 2004, n° 57, pp. 141-174.

SZABO (I.)

- « La méthode de la comparaison », in *Études offertes à René RODIERE*, Paris, Dalloz, 1981, pp. 323-334.

TERRÉ (F.)

- « L'ordre public entre deux siècles », *Arch. philo. dr.*, 2015, t. 58, pp. 189-198.
- « La Méditerranée, source d'un droit », *D.*, 2009, pp. 30-37.
- « Contractualiser le droit du couple », *LPA*, 20 déc. 2007, n° 254, pp. 8-9.
- « Réflexions sur un couple instable », *Arch. philo. dr.*, 2008, t. 51, pp. 21-27.
- « Terre à terre dans le droit du divorce », in *Droit des personnes et de la famille. Mélanges à la mémoire de Danièle HUET-WEILLER*, Strasbourg, PUS-LGDJ, 1994, pp. 483-496.
- « À propos de l'autorité parentale », *Arch. philo. dr.*, 1975, pp. 45-55.

THERY (R.)

- « Approche sociologique de la “vie familiale” : la question des définitions », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 61-105.
- « Trois conceptions de la famille dans notre droit », *D.*, 1953, pp. 47-52.

THERY (I.)

- « Mariage et filiation de même sexe : une approche sociologique », in *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, LEQUETTE (Y.), MAZEAUD (D.) (dir. de), Paris, éd. Panthéon-Assas, 2014, pp. 89-101.
- « Postface. Engendrement et filiation au temps du démariage », in *Parenté, filiation, origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, FULCHIRON (H.), SOSSON (J.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 329-355.
- « Filiation et parenté : la distinction des sexes dans une société égalitaire », in *Identités, filiations, appartenances*, PUG, 2005, pp. 25-46.

THIERRY (J.)

- « Doit-on accorder aux enfants adultérins les mêmes droits successoraux qu'aux enfants légitimes ? », *D.*, 2000, n° 10, pp. 157-158.

THOMANN (M.)

- « Christian Wolff et le droit subjectif », Dossier « Le droit subjectif en question », *Arch. philo. dr.*, 1964, t. 9, pp. 153-174.

TRIGEAUD (J.-M.)

- « Le dédoublement du sujet : entre sujet juridique et sujet social », in *Personne, Droit, Existence*, éd. Bière, coll. « Bibliothèque de philosophie comparée », 2009, pp. 157-170.
- « Le politique et le droit entre amitié et amour. Une redéfinition de la personne », in *Personne, Droit, Existence*, éd. Bière, coll. « Bibliothèque de philosophie comparée », 2009, pp. 57-66.
- « Reconsidérer la personne et donc la famille avant le “groupe” », in *Existence, droit et personne*, éd. Bière, coll. « Bibliothèque de philosophie comparée », 2009, pp. 177-181.
- « Sur les origines juridiques et mythiques gréco-romaines du concept occidental de personne. Une histoire de la liberté », in *Personne, Droit, Existence*, éd. Bière, coll. « Bibliothèque de philosophie comparée », 2009, pp. 17-53.

VAREILLE (B.)

- « L'enfant de l'adultère et le juge des droits de l'homme », *D.*, 2000, n° 41, pp. 626-627.

VAUVILLE (F.)

- « Du principe de coparentalité », *LPA*, 2002, n° 209, pp. 4-11.
- « Les droits au logement du conjoint survivant », *Defr.*, 2002, art. 37608, pp. 1277-1293.

VERKINDT (P.-Y.)

- « Les figures du couple en droit du travail », *LPA*, 2007, n° 254, pp. 47-49.

VILLA-NYS (M.-C.)

- « Réflexions sur le devoir de l'obligation de fidélité dans le droit civil de la famille », *Rev. dr. patrim.*, 2000, n° 85, pp. 88-100.

VILLEY (M.)

- « Historique de la nature des choses », *Arch. philo. dr.*, 1965, t. 10, pp. 267-283.
- « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'OCCAM », *Arch. philo. dr.*, 1964, t. 9, pp. 97-127.

VOUIN (R.)

- « De l'esprit des lois civiles », *D.*, 1948, pp. 149-152.

WACHSMANN (P.)

- « Réflexions sur l'interprétation "globalisante" de la convention européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits*. Mélanges en l'honneur de J.-P. COSTA, Paris, Dalloz, 2011, pp. 667-676.

WALINE (M.)

- « Paradoxe sur l'égalité devant la loi », *D.*, 1949, pp. 25-28.

WAREIN-VERMEULIN (J.-M.)

- « 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*. Écrits autour de Michelle GOBERT, *Economica*, 2004, pp. 337-345.

YNTEMA (H.-R.)

- « Le droit comparé et l'humanisme », *RIDC*, 1958, pp. 693-700.

ZAJTAYE (I.)

- « La réception des droits étrangers et le droit comparé », *RIDC*, 1957, pp. 686-713.

ZALEWSKI-SICARD (V.)

- « Familles recomposées et transmission », *JCP, N*, 2013, n° 19, 1130, pp. 43-47.

ZIMMERMANN (R.)

- « Le droit comparé et l'eupéanisation du droit privé », *RTD civ.*, 2007, n° 3, pp. 451-483.

ZLATESCU (V.-D.)

- « Quelques aspects méthodologiques de la comparaison des droits », *RIDC*, 1983, pp. 559-566.

2. Droit maghrébin

ABDELLAOUI (F.-Z.)

- « La garde de l'enfant dans le nouveau code de la famille marocain », in *L'enfant en droit musulman (Afrique, Moyen-Orient)*, Actes du colloque du 14 janvier 2008 à la Cour de cassation, Paris, Société de législation comparée, 2008, pp. 345-358.

ABDELHAMID (H.)

- « Le corps de la femme et la biomédecine dans le contexte de la culture juridique égyptienne », in *Corps de la femme et biomédecine, Approche internationale*, FEUILLET-LIGER (B.), AOUIJ-MRAD (A.) (dir. de), Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit, bioéthique et société », 2013, pp. 181-200.

- « État, religion et bioéthique en Égypte », in *Droit, Éthique et Religion : de l'âge théologique à l'âge bioéthique*, FEUILLET-LIGER (B.), PORTIER (P.) (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 427-445.

ABOU RAMADAN (M.)

- « Les transformations du droit de garde dans les pays arabes : l'émergence d'un libéralisme patriarcal », *Annuaire droit et religions*, 2009-2010, volume 4, pp. 69-80.

AIT ZAI (N.)

- « L'enfant algérien entre le droit musulman et la convention des droits de l'enfant », in *L'enfant en droit musulman (Afrique, Moyen-Orient)*, Société de législation comparée, 2008, pp. 63-112.
- « Algérie : la filiation dans le mariage et hors mariage-La kafala », in *L'enfant en droit musulman (Afrique, Moyen-Orient)*, Société de législation comparée, 2008, pp. 317-322.
- « L'enfant illégitime dans la société musulmane », *Rev. Femmes et pouvoir, Peuples méditerranéens*, 1989, n° 48-49, p. 113.

AL-AHNAF (M.)

- « Maroc : le Code du statut personnel », *Maghreb-Machrek*, 1994, n° 145, pp. 3-23.

ALDEEB ABU-SAHLIEH (S.)

- « Droit musulman de la famille et des successions en Suisse », *Rev. crit. DIP*, 1996, n° 3, pp. 491-538.
- « Introduction à la lecture juridique du Coran », *RIDC*, 1988, pp. 96-100.

ALHORR (Z.)

- « Les droits de l'enfant en droit marocain », in *L'enfant en droit musulman (Afrique, Moyen-Orient)*, Société de législation comparée, 2008, pp. 229-251.
- « Maroc : la filiation en cas de mariage et hors mariage », in *L'enfant en droit musulman (Afrique, Moyen-Orient)*, Société de législation comparée, 2008, pp. 323-326.

ALLAOUI (K.)

- « Vers la mise en place de la médiation familiale au Maroc », in *Approche plurielle des problématiques familiales*, ELAMARI (Z.) (réun. et coord. par) Rabat, Publications de la revue de la justice civile, t. 2, 2015, pp. 169-174 (en langue arabe).

ALUFFI (R.)

- « Droit de la filiation dans les codes de statut personnel », *Annuaire droit et religions*, 2009-2010, volume 4, pp. 61-66.

AOUIJ-MRAD (A.)

- « Le faible impact des pratiques biomédicales sur la vision de la parenté en Tunisie », in *Les incidences de la biomédecine sur la parenté. Approche internationale*,

FEUILLET-LIGER (B.), CRESPO-BRAUNER (M.-C.) (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 189-198.

- « L'ancrage religieux de la législation tunisienne relative à la procréation médicalement assistée : l'interdiction du don », in *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international*, FEUILLET-LIGER (B.) (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 275-282.

ARENA (M.)

- « Adoptions et maternités hors mariage : lois et société civile en Tunisie », *Annuaire droit et religions*, 2009-2010, volume 4, pp. 165-176.

ARKOUN (M.)

- « Le concept de raison islamique », *Arch. Sciences sociales des religions*, 1987, pp. 125-132.

BABADJ (R.), MAHIEDDIN (N.)

- « Le fiqh islamique, source non exclusive du droit de la famille en Algérie », *RIDC*, 1987, pp. 163-173.

BELKNANI (F.)

- « Le mari chef de famille », *Rev. tun. dr.*, 2000, pp. 49-93.

BEN ACHOUR (S.)

- « L'adoption en droit tunisien : à propos de la condition d'islamité », in *L'enfant en droit musulman (Afrique, Moyen-Orient)*, Société de législation comparée, 2008, pp. 333-338.
- « Le statut de l'enfant en droit tunisien », in *L'enfant en droit musulman (Afrique, Moyen-Orient)*, Société de législation comparée, 2008, pp. 279-309.
- « Le Code tunisien du statut personnel, cinquante ans après : les dimensions de l'ambivalence », *L'année du Maghreb*, 2005-2006, pp. 55-70.

BEN ACHOUR (Y.)

- « Les droits de l'homme et du croyant entre l'islam traditionnel et l'islam moderne », in *Les droits de l'homme en évolution*, Mélanges en l'honneur du Professeur Petros J. PARARAS, Bruylant, 2009.
- « L'articulation du droit musulman et du droit étatique dans le monde arabe actuel », in *Lectures contemporaines du droit islamique (Europe et monde arabe)*, Strasbourg, PUS, 2004, pp. 101-123.
- « Le livre, la balance et le glaive. La symbolique du droit et de la politique dans le Coran et la pensée de ses interprètes », in *L'architecture du droit*, Mélanges en l'honneur de Michel TROPER, Economica, 2006, pp. 167-183.
- « Mutations culturelles et juridiques, vers un seuil minimum de modernité ? », *Rev. tun. dr.*, 1990, pp. 55-73.

BENCHEIKH HOCINE (H.-D.)

- « De l'inégalité des époux en droit algérien », in *Études à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, PUB, 2003, pp. 723-732.

BENCHENANE (M.)

- « Les transformations socio-culturelles au Maghreb et leurs impacts en France », *Confluences Méditerranée*, 2007, n° 63, pp. 105-115.

BEN HADJ YAHIA (S.)

- « Présentation de la Convention franco-marocaine », *RRJ*, 2010, n° 2, pp. 605-612.

BEN HALIMA (S.)

- « Religion et statut personnel en Tunisie », *Rev. tun. dr.*, 2000, pp. 107-138.

BENJEMIA (M.)

- « Non-discrimination religieuse et le code du statut personnel tunisien », *Revue Franco-Maghrébine de droit*, 2007, n° 15, pp. 1999-2016.

BENJEMIA (M.), BEN ACHOUR (S.), BELLAMINE (M.)

- « Le droit tunisien de la famille entre modernité et tradition », in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, BERNARD-MAUGIRON (N.), DUPRET (B.) (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 162-196.

BENKHEIRA (M.-H.)

- « Le mariage précoce dans le débat juridique sur la tutelle matrimoniale aux II^{ème}/VIII^{ème} siècles de l'Islam », *Annuaire droit et religions*, 2009-2010, pp. 85-94.

BEN MLIH (A.)

- « Le champ politique marocain entre tentative de réformes et conservatismes », *Maghreb-Machrek*, 2001, n° 173, pp. 4-12.

BETTAHAR (Y.)

- « La construction sociale de la parentalité », in *L'Année du Maghreb*, 2005-2006, pp. 155-167.

BIDAR (A.)

- « Mohammed Arkoun et la question des fondements de l'Islam », *Esprit*, fév. 2011, pp. 150-175.

BLEUCHOT (H.)

- « Le mariage en droit musulman », *Annuaire droit et religions*, 2006-2007, pp. 187-197.

BONTE (P.)

- « Le consentement au mariage dans le contexte des réformes des codes musulmans du statut personnel », *Annuaire droit et religions*, 2009-2010, volume 4, pp. 37-57.

BORRMANS (M.)

- « Le nouveau code algérien de la famille dans l'ensemble des codes musulmans de statut personnel », *RIDC*, 1986, pp. 113-139.
- « Le nouveau code algérien de la famille dans l'ensemble des codes musulman de statut personnel, principalement dans les pays arabes », *RIDC*, 1986, pp. 133-139.

BOUHDIBA (A.)

- « Existe-t-il un Islam des Lumières ? », in *Droit, Éthique et Religion, de l'âge théologique à l'âge bioéthique*, (B.) FEUILLET-LIGER, PORTIER (P.) (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 157-185.

BOSTANJI (S.)

- « Turbulences dans l'application judiciaire du code tunisien du statut personnel : le conflit référentiel dans l'oeuvre prétorienne », *RIDC*, 2009, pp. 7-47.

BUSKENS (L.)

- « Le droit de la famille au Maroc », in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, BERNARD-MAUGIRON (N.), DUPRET (B.) (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 97-125.
- « Commentaires islamiques et Codes français. Confrontation et accommodation de deux formes de rédaction du droit de la famille au Maroc », in *Droits et sociétés dans le monde arabe. Perspectives socio-anthropologiques*, BOËTSCH (G.), DUPRET (B.), FERRIE (J.-N.) (dir. de), Marseille, PUAM, 1997, pp. 61-86.

CHAFI (M.)

- « L'enfant né hors mariage au Maroc », *Rev. mar. dr. et d'éco.*, 1989, pp. 133-152.

CHARNAY (J.-P.)

- « Le rôle du juge français dans l'élaboration du droit musulman algérien », *RIDC*, 1963, pp. 705-721.
- « Évolution du droit musulman, de la révélation, à la déjuridicisation », in *Regards sur le droit*, Académie des sciences morales et politiques, Dalloz, Paris, 2010, pp. 369-390.

CHEDLY (L.)

- « Les relations pécuniaires entre époux », *RIDC*, 2007, pp. 551-593.

CHEHATA (C.)

- « La religion et les fondements du droit en Islam », *Arch. philo. dr.*, 1973, pp. 17-25.

CUBERTAFOND (B.)

- « Mohamed VI, Commandeur des croyants au secours de la laïcité ? », *Confluences Méditerranée*, 2004, n° 51, pp. 163-180.

DECROUX (P.)

- « La Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire », *JDI*, 1985, pp. 49-99.
- « Le mariage des Français et des étrangers au Maroc », *D.*, 1956, pp. 109-116.
- « La nationalité marocaine », *D.*, 1948, pp. 111-116.

DEVERS (A.)

- « L'articulation des règlements européens (Bruxelles II bis et Rome III) et des conventions franco-marocaines (de 1957 et 1981) », *Rev. dr. fam.*, 2012, n° 1, étude 1, pp. 8-12.
- « Le divorce d'époux marocains ou franco-marocains. Les conventions franco-marocaines face aux droits européen et communautaire », *Rev. dr. fam.*, 2006, n° 6, étude 15, pp. 8-13.

DAOUALIBI (M.)

- « L'influence juridique réciproque des écoles », in *Travaux de la semaine internationale de droit musulman*, Paris, 2-7 juillet 1951, Recueil Sirey, 1953, pp. 101-115.

DEPREZ (J.)

- « Environnement social et droit international privé. Le droit international privé marocain entre la fidélité à l'Umma et l'appartenance à la communauté internationale », in *Droit et environnement social au Maghreb*, Casablanca-Paris, co-éd. du CNRS et de la Fondation du Roi Abdul-Aziz Al-Saoud pour les études islamiques et les sciences humaines, 1989, pp. 281-330.

ELFAKHOURI (D.)

- « Le déplacement illicite d'enfants en droit international privé », in *Litiges relatifs au statut personnel et aux successions, Appréhensions nationales et perspectives internationales*, BEJDANI (H.) (dir. de), Rabat, Publications de la revue de droit, t. 1, 2016, pp. 13-28 (en langue arabe).

EL SHAKANKIRI (M.)

- « Loi divine, loi humaine et droit dans l'histoire juridique de l'Islam », *RIDC*, 1981, pp. 767-786.

FADLALLAH (I.)

- « Lien conjugal et rencontre de civilisations », in *Le statut personnel des musulmans, Droit comparé et Droit international privé*, CARLIER (J.-Y.), VERWILGHEN (M.) (dir. de), Bruxelles Bruylant, 1992, pp. 343-354.
- « Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français » *Rev. crit. DIP*, 1981, pp. 17-29.

FOBLETS (M.-C.)

- « L'enfant d'une famille musulmane. Questions particulières relatives à la gestion par le droit de l'appartenance », in *L'enfant et les relations familiales internationales*,

RENCHON (J.-L.) (dir. de), Bruxelles, Bruylant, coll. « Famille&Droit », 2003, pp. 235-263.

- « Le statut personnel musulman devant les tribunaux en Europe. Une reconnaissance conditionnelle », in *L'identité de la personne humaine (Étude de droit français et de droit comparé)*, POUSSON-PETIT (J.) (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 935-972.

FORTIER (C.)

- « Filiation versus inceste en Islam, parenté de lait, procréations médicalement assistées, adoptions et reconnaissance de paternité. De la nécessaire conjonction du social et du biologique », in *L'argument de filiation. Aux fondements des sociétés européennes et méditerranéennes*, BONTE (P.), PORQUERES I GENE (E.), J. WILGAUX (dir. de), Marseille, éd. de la Maison des sciences de l'homme, 2011, pp. 225-248.
- « Le droit musulman en pratique : genre, filiation et bioéthique », *Droit et cultures*, 2010, n° 59, pp. 15-38.
- « Le lait, le sperme, le dos. Et le sang ? », *Cahiers d'études africaines*, 2001, n° 161, pp. 97-138.

FREGOSI (F.)

- « Droit français et norme religieuse ou les limites d'une prise en compte dans un État laïque : le cas de l'Islam », in *L'étranger et le droit de la famille, pluralité ethnique, pluralisme juridique*, KAHN (P.) (dir. de), Paris, Mission de recherche « Droit et Justice », La Documentation française, 2001, pp. 183-200.

GAMAL MOURSI BADR (M.)

- « La relance du droit islamique dans la jurisprudence algérienne depuis 1962 », *RIDC*, 1970, pp. 43-54.

HACEM (M.)

- « Le Code tunisien de droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 1999, pp. 227-244.

HAMDAN (L.)

- « Les difficultés de codification du droit de la famille algérien », *RIDC*, 1985, pp. 1001-1015.

HAMOUCHE (A.)

- « Les conditions d'octroi du droit de garde et les causes de sa déchéance : étude à la lumière du Code de la famille et de la pratique judiciaire », in *Litiges relatifs au statut personnel et aux successions, Appréhensions nationales et perspectives internationales*, BELHASSANI (L.), BEJDAINI (H.) (dir. de), Rabat, Publications de la revue de droit, t. 1, 2016, pp. 87-108 (en langue arabe).

HOUOT (S.)

- « La fatwa, un cadre pour la bioéthique contemporaine », in *Islam et Révolutions médicales. Le labyrinthe du corps*, MOULIN (A.-M.) (dir. de), éd. IRD Karthala, 2013, pp. 123-144.

JAHHEL (S.)

- « Les concubinages en terres d’Islam », in *La place de la Chari’a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Paris, LGDJ, éd. Panthéon Assas, 2012, pp. 155-180.
- « Les droits fondamentaux en pays arabo- musulmans », *RIDC*, 2004, pp. 787-796.
- « La lente acculturation du droit maghrébin de la famille dans l’espace juridique français », *RIDC*, 1994, pp. 40-57.

JEAN (F.)

- « Le nouveau code marocain de la famille », *RRJ*, 2010, pp. 629-644.

JULIE (C.), BEYER (O.)

- « Le code marocain de la famille devant le juge français : aspects de droit marocain et conséquences en droit international privé français », *Annuaire droit et religions*, 2010-2011, pp. 257-275.

KHILLO (I.)

- « Concubinage et conjugalité dans le monde musulman : de la loi religieuse à la réalité sociale », *Annuaire droit et religions*, 2010-2011, pp. 277-298.

KOUMDADJI (A.)

- « Une approche théologique, l’Islam et la répudiation : un mode de rupture emprunt de réflexion et de formalisme », *Rev. dr. fam.*, 2012, n° 3, pp. 18-20.

LACHKAR (M.)

- « La caisse de solidarité familiale », in *Justice familiale. Approche plurielle des problématiques contemporaines*, ELAMARI (Z.) (réun. et coord. par), Rabat, Publications de la revue de justice civile, t. 2, 2015, pp. 142-168 (en langue arabe).

LALAMI (F.)

- « Les amendements au Code algérien de la famille, une réforme en trompe l’œil », *Confluences Méditerranée*, 2006, n° 59, pp. 23-30.

LOUKILI (M.)

- « L’ordre public en droit international privé marocain de la famille », in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, BERNARD-MAUGIRON (N.), DUPRET (B.) (dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 127-159.

LAROCHE-GISSEROT (F.)

- « Le nouveau code marocain de la famille : innovation ou archaïsme », *Rev. dr. inter. et dr. comp.*, 2006, pp. 335-355.

LINANT DE BELLEFONDS (Y.)

- « La répudiation dans l’Islam d’aujourd’hui », *RIDC*, 1962, pp. 521-548.

LTAIEF (W.)

- « La réforme du Code algérien de la famille », in *Les statuts personnels en droit comparé, évolutions récentes et implications pratiques*, AOUN (M.) (dir. de), Leuven-Paris-Dudley, Peeters, 2009, pp. 83-101.
- « Conventions internationales, mariage mixte et droit successoral en Afrique du Nord : “Cachez-moi cette différence que je ne saurais voir” », *Rev. inter. des sc. soc.*, 2005, n° 184, pp. 363-383.

MAHIEDDIN (N.)

- « La dissolution du mariage par la volonté unilatérale de l'un des époux en droit musulman et en droit algérien », *RIDC*, 2006, pp 73-100.
- « L'évolution du droit de la famille en Algérie : nouveautés et modifications apportées par la loi du 27 février 2005 au Code algérien de la famille du 9 juin 1984 », in *L'Année du Maghreb*, 2005-2006, pp. 97-137.

MAHMASSANI (G.)

- « Les droits de l'homme dans le système juridique musulman », in *Une certaine idée du droit*. Mélanges offerts à André DECOCQ, Paris, Litec, 2004, pp. 417-435.

MAHMASSANI (M.)

- « Le droit musulman et la vocation universelle de l'Islam », in *Une certaine idée du droit*. Mélanges offerts à André DECOCQ, Litec, 2004, pp. 437-467.

MARZOUKI (I.)

- « La conquête de la banalisation par le Code tunisien du statut personnel », in *L'année du Maghreb*, 2005-2006, pp. 71-95.

MAYEUR-JAOUEN (C.)

- « L'émergence du couple à la fin de l'empire ottoman », *Annuaire droit et religions*, 2009-2010, pp. 109-118.

MESSAOUDI (L.)

- « La discrimination à l'égard de la femme en droit international privé marocain », *RIDC*, 1992, pp. 947-957.
- « Grandeur et limite du droit musulman au Maroc », *RIDC*, 1995, pp. 146-154.

MEZIOU (K.)

- « Migrations et relations familiales », in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international privé*, 2009, n° 345, pp. 9-386.

MILLIOT (L.)

- « La pensée juridique de l'Islam », *RIDC*, 1954, pp. 441-454.
- « L'idée de la loi dans l'Islam », *RIDC*, 1952, pp. 669-682.

MONEGER (F.)

- « La Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire », *Rev. crit. DIP*, 1984, pp. 2-69.

MONEGER (J.)

- « Les codes des obligations et contrats du Maghreb ou de la symbiose des droits civils musulman et européens des obligations », in *Le Code civil français et le dialogue des cultures juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 173-179.

MONJID (M.)

- « Le Code de la famille à l'épreuve de la Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes », in *Litiges relatifs au statut personnel et aux successions, Appréhensions nationales et perspectives internationales* (en langue arabe), BELHASSANI (L.), BEJDAINI (H.) (dir. de), Rabat, Publications de la revue de droit, t. 1, 2016, pp. 222-234.
- « Le mariage du mineur en droit marocain », *RIDC*, 2015, pp. 207-224.

MOUAQUIT (M.)

- « Modernisation de l'État, modernisation de la société, réforme de la *Moudawana* », *L'Année du Maghreb*, 2005-2006, dossier « Femmes-famille et droit au Maghreb », pp. 11-21.

MOULAY R'CHID (A.)

- « Les grandes lignes du droit international privé en matière de statut personnel », *Rev. dr. d'éco.*, 1991, n° 7, pp. 7-42.
- « Le droit de la famille entre la politique de l'État et le changement social », in *Droit et environnement social au Maghreb*, Casablanca-Paris, co-éd. du CNRS et de la Fondation du Roi Abdul-Aziz AL-SAOUD pour les études islamiques et les sciences humaines, 1989, pp. 243-255.

MOUMEN (M.)

- « L'héritage de la femme et le principe d'égalité », in *Litiges relatifs au statut personnel et aux successions, Appréhensions nationales et perspectives internationales*, BELHASSANI (L.), BEJDAINI (H.) (dir. de), Rabat, Publications de la revue de droit, t. 1, 2016, pp. 43-56 (en langue arabe).

NOKKARI (M.)

- « Le statut de l'enfant dans le Coran et dans la Sunna », in *L'enfant en droit musulman (Afrique, Moyen-Orient)*, Actes du colloque du 14 janvier 2008 à la Cour de cassation, Paris, société de législation comparée, 2008, pp. 33-44.

PAPI (S.)

- « La reconnaissance du mariage mixte des musulmanes dans les législations maghrébines », *Annuaire droit et religions*, 2009-2010, pp. 150-163.

RABBATH (E.)

- « La théorie des droits de l'homme dans le droit musulman », *RIDC*, 1959, pp. 672-693.

RADI (S.)

- « Mariage religieux et concubinage chez les musulmans de Marseille », in *Anthropologie de l'immigration*, BOËTSCH (G.), FERRIE (J.-N.) (dir. de), Marseille, Institut de recherches et d'études sur le monde arabe et musulman, coll. « Les Cahiers de l'IREMAM », 1992, pp. 43-47.

RIAD (F.)

- « Pour un code européen de droit musulman », in *Le statut personnel des musulmans-Droit comparé et Droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 379-382.

RIVIERE (P.-L.)

- « L'édifice judiciaire marocain », *D.*, 1947, pp. 99-104.
- « À propos du nouveau Code pénal du Maroc », *D.*, 1951, pp. 173-175.
- « La législation sociale du Maroc », *D.*, 1949, pp. 115-116.
- « Les nouveaux codes marocains », *D.*, 1954, pp. 27-34.

RUDE-ANTOINE (E.)

- « Le mariage et le divorce dans le Code marocain de la famille. Le nouveau droit à l'égalité entre l'homme et la femme », *Rev. Droit et cultures*, 2010, n° 59, pp. 43-57.
- « Les systèmes de droit musulman et le statut de l'enfant », in *L'enfant en droit musulman (Afrique, Moyen-Orient)*, Société de législation comparée, 2008, pp. 45-60.

SAADI (N.)

- « Le corps humain : interpénétration du sacré et du profane dans le droit positif algérien », in *Le droit de la santé : aspects nouveaux*, Travaux de l'Association Henri CAPITANT, Bruxelles- Paris, Bruylant-LB2V, 2012, pp. 39-63.

SAÏDI (K.)

- « La réforme du droit algérien de la famille : pérennité et rénovation », *RIDC*, 2006, pp. 119-152.

SAADOUNE (A.)

- « La “raison impérieuse” requise dans l'établissement du *nasab* de l'enfant conçu pendant les fiançailles. Étude à la lumière de la pratique judiciaire », in *Justice familiale. Appréhensions plurielles et problématiques contemporaines*, ELAMARI (Z.) (dir. de), Rabat, Publications de la revue de justice civile, t. 1, 2013, pp. 49-78 (en langue arabe).

SALIM (A.)

- « Le traitement judiciaire de l'action en reconnaissance de mariage », in *Approche plurielle des problématiques familiales*, ELAMARI (Z.) (réun. et coord. par), Rabat, Publications de la revue de la justice civile, 2015, t. 2, pp. 203-212 (en langue arabe).

SAREHANE (F.)

- « La répudiation, quels obstacles pour les marocains résidant en France ? », *RIDC*, 2006, pp. 47-59.
- « Le nouveau Code marocain de la famille », *Gaz. pal.*, 2004, sept.oct., pp. 2792-2805.

WAHCHI (A.)

- « L'action en reconnaissance de mariage entre cadre juridique et pratique judiciaire », in *Approche plurielle des problématiques familiales*, ELAMARI (Z.) (réun. et coord. par), Rabat, Publications de la revue de la justice civile, 2015, t. 2, pp. 188-202 (en langue arabe).

ZAHER (K.)

- « Plaidoyer pour la reconnaissance des divorces marocains », *Rev. crit. DIP*, 2010, pp. 313-332.

IV. NOTES, OBSERVATIONS ET CONCLUSIONS

1. En droit français

AGOSTINI (E.)

- Note ss Cass. civ 1^{ère}, 13 mars 2007, *D.*, 2007, p. 1395.

BALESTRIERO (V.)

- Obs. ss Cass. civ. 2^{ème}, 29 avr. 1994, *LPA*, 1995, n° 134, p. 17.

BEIGNIER (B.)

- Note ss CA Bourges, 8 déc. 1997, *Rev. dr. fam.*, 1998, n° 6, comm. 89.
- Note ss TGI Lille, 5 juin 2002, *Rev. dr. fam.*, 2003, comm. 57.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 17 oct. 2000, *Rev. dr. fam.*, 2000, comm. 139.

BERNAUD (V.)

- Obs. ss Cons. const., 28 janv. 2011, *D.*, 2011, p. 1793.

BINET (J.-R.)

- Note ss Cons. constit., 21 oct. 2015, *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 12, comm. 213.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 23 sept. 2015, *Rev. dr. fam.*, 2016, n° 1, comm. 5.
- Note ss CA Paris, pôle 3, ch. 3, 18 juin 2015, *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 12, comm. 216.
- Note ss CA Rennes, 5 mai 2015, *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 7-8, comm. 140.
- Note ss CA Rennes, 5 mai 2015, *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 7-8, comm. 140.
- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 15 avr. 2015, *Rev. dr. fam.*, n° 6, 2015, comm. 114.

- Note ss CA Versailles, 2^{ème} ch., sect. 1, 22 janv. 2015, *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 5, comm. 87.
- Note ss CEDH, gde ch., 16 juill. 2014, *Hämäläinen c/ Finlande*, *Rev. dr. fam.*, 2015, comm. 1.
- Note ss CA Douai, 19 déc. 2013, *Rev. dr. fam.*, 2014, n° 2, comm. 22.
- Note ss CA Chambéry, 22 oct. 2013, *Rev. dr. fam.*, 2013, comm. 158.
- Note ss CA Lyon, 2^{ème} ch. A, 2 juill. 2013, *Rev. dr. fam.*, 2013, n° 10, comm. 132.

BLANC (A.-M.)

- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 20 mai 2003, *RJPF*, 2003, n° 9, p. 39.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2002, *RJPF*, 2002, n° 10, p. 35.
- Note ss Cass. Civ. 1^{ère}, 9 juil. 2002, *RJPF*, 2002, n° 12, p. 38.

BOICHE (A.)

- Note ss CEDH, grde chb., 26 nov. 2013, *X. c/ Lettonie*, *AJ fam.*, 2014, p. 58.
- Obs. ss CA Chambéry, 22 oct. 2013, *AJ fam.*, 2013, p. 720.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 13 fév. 2013, *AJ fam.*, 2013, p. 185.
- Note ss CEDH, 6 déc. 2007, *Maumousseau et Washington c/ France*, *AJ fam.*, 2008, p. 83.

BONFILS (P.)

- Note ss CA Bordeaux, ch. civ. 6, 16 janv. 2013, *Rev. dr. fam.*, 2013, n° 4, comm. 62.

BOSSE-PLATIERE (H.)

- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 24 sept. 2008, *JCP, G, I*, 2008, art. 597.
- Obs. ss CA Bordeaux, 21 mars 2001, *JCP, G, I*, p. 332.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 1994, *JCP, G, I*, 1995, p. 3903.

BOULANGER (F.)

- Obs. ss CA Chambéry, 22 oct. 2013, *JCP, G, I*, 2013, p. 1233.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 2006, *Enfant Lorenzo, D.*, 2006, p. 2790.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, *D.*, 2006, p. 554.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, *D.*, 2005, p. 2790.

BRENNER (C.)

- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 12 avr. 2012, *D.*, 2012, p. 2011.

BRIERE (C.)

- Obs. ss CEDH, 10 juin 2010, *Schwizgebel c/ Suisse, D.*, 2010, p. 2269.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 7 oct. 2003, *LPA*, 23 févr. 2005, n° 38, p. 5.

BRUGGEMAN (M.)

- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, *Rev. dr. san. soc.*, 2006, p. 349.

CABRILLAC (R.)

- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 17 oct. 2000, *D.*, 2001, p. 497.

CHABAS (F.)

- Note ss Cass. ass. plén., 29 oct. 2004, *JCP, G*, II, 2005, p. 10011.

CHAMPENOIS (G.)

- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 11 janv. 1984, *Defrénois*, 1984, p. 933.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 14 oct. 1981, *Defrénois*, 1982, art. 32582.

CHENEDE (F.)

- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, *JCP, G*, 2012, p. 857.
- Obs. ss Cons. constit., 28 janv. 2011, *AJ fam.*, 2011, p. 157.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère} 4 juin 2009, *AJ fam.*, 2009, p. 303.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 24 sept. 2008, *AJ fam.*, 2008, p. 431.
- Obs. ss TGI Paris, 28 mars 2008, *AJ fam.*, 2008, p. 249.
- Obs. ss TGI Grenoble, 28 janv. 2008, *AJ fam.*, 2008, p. 476.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, *AJ fam.*, 2007, p. 227.
- Obs. ss CE, 6 déc. 2006, *AJ fam.*, 2007, p. 34.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 24 fév. 2006, *AJ fam.*, 2006, p. 159.
- Obs. ss TGI Paris, 2 juil. 2004, *AJ fam.*, 2004, p. 361.

CORPART (I.)

- Note ss TGI Lille, 21 fév. 2006, *Rev. dr. fam.*, 2006, comm. 141.

COUARD (J.)

- Note ss CEDH, 2^{ème} sect., 27 janv. 2015, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, *Rev. dr. fam.*, mars 2015, n° 27.

DAVID (S.)

- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 12 avr. 2012, *AJ fam.*, 2012, p. 403.

DESNOYER (C.)

- Obs. ss TGI Paris, 27 juin 2001, *D.*, 2003, somm., p. 655.

DEUMIER (P.)

- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, *RTD civ.*, 2008, p. 438.

DEVERS (A.)

- Obs. ss CA Chambéry, 22 oct. 2013, *JCP, G, I*, 2013, p. 1159.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, *JCP, G*, 2012, act. 728.
- Note ss Cass. soc., 23 mai 2012, *JCP, S*, 2012, p. 1383.
- Obs. ss Cons. Constit., 29 juil. 2011, *JCP, S.*, 2011, 1458, n° 41.
- Note ss CE, 6 déc. 2006, *JCP, G, II*, 2007, 10096.
- Note ss Cass. civ. 2^{ème}, 22 mai 2007, *Rev. dr. fam.*, 2007, comm. 160.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2006, *JCP, G, II*, 2006, p. 10133.

DOUCET (M.)

- Note ss CEDH, 7 mars 2013, *Raw c/ France, RJPF*, 2013, n° 5.

DOUCHY-OUDOT (M.)

- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2012, *Procédures*, 2013, comm. 19.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 24 oct. 2012, *Procédures*, 2012, n° 12, comm. 358.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 28 sept. 2011, *Procédures*, 2012, n° 1, comm. 12.
- Obs. ss Cons. const., 29 juillet 2011, *D.*, 2012, p. 1033.
- Obs. ss Cons. Constit., 28 janv. 2011, *D.*, 2012, 1033.
- Note ss CEDH, 6 juil. 2010, *Neulinger et Churuck c/ Suisse, RTD eur.*, 2010, p. 927.
- Obs. ss CJUE, 22 déc. 2010, n° C-497/10, *RTD eur.*, 2011, 481.
- Note ss CJUE, 2 avr. 2009, n° C-523/07, *RTD eur.*, 2010, 421.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 2008, *Procédures*, 2009, comm. 52.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, *D.*, pan., p. 2436.

ÉGÉA (V.)

- Cass. civ. 1^{ère}, 25 sept. 2015, *Rev. dr. fam.*, 2016, n° 2, chron. 1.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 18 mars 2015, *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 9, chron. 3.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 15 avr. 2015, *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 9, chron. 3.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 18 déc. 2013, *RJPF*, 2014, n° 2, p. 2.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2012, *Rev. dr. fam.*, 2013, n° 11, p. 1.

EUDIER (F.)

- Obs. ss CEDH, 6 juil. 2010, *Neulinger et Churuck c/ Suisse, RJPF*, 2011-1/25.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 12 déc. 2006, *RJPF*, 2007, n° 3.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, *RJPF*, 2005, n° 10, p. 40.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 7 oct. 2003, *RJPF*, 2004, n° 2, p. 39.

FARGE (M.)

- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2007, *Rev. dr. fam.*, 2007, comm. 155.

- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, *Rev. dr. fam.*, 2006, comm. 42.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 11 fév. 1997, *JCP, G, I*, 1997, p. 4045.

FAVIER (Y.)

- Obs. ss Cons. constit., 29 juil. 2011, *JCP, G, I*, 2012, n° 1.
- Obs. ss Cass. com., 23 juin 2004, *JCP, G, I*, 2005, n° 3, p. 116.

FOREST (G.)

- Obs. ss Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} avr. 2009, *D.*, 2009, p. 1090.

FULCHIRON (H.)

- Note ss CA Chambéry, 22 oct. 2013, *D.*, 2013, entret. p. 2576.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 28 janv. 2015, *D.*, p. 464.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, *D.*, 2007, p. 1375.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 24 fév. 2006, *D.*, Point de vue, 876.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 17 févr. 2004, *JCP, G, II*, 2004, 10128.

GALLANT (E.)

- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, *Enfant Laetitia, Rev. crit. DIP*, 2007, p. 603.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 2006, *Enfant Lorenzo, Rev. crit. DIP*, 2006, p. 127.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 127.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 9 juil. 2002, *Rev. crit. DIP*, 2002, pp. 468-469.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 18 avril 2000, *Rev. crit. DIP*, 2001, p. 341.

GALLMEISTER (I.)

- Obs. ss Cass. plén., 3 juil. 2015, *D.*, 2015, p. 1438.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 13 fév. 2013, *D.*, 2013, p. 498.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 25 fév. 2009, *AJ fam.*, 2009, p. 171.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 24 sept. 2008, *AJ fam.*, 2008, 2430.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, *D.*, 2007, p. 935.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 24 fév. 2006, *D.*, 2006, IR, p. 670.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, *D.*, 2005, p. 3036.

GANNAGE (L.)

- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 28 janv. 2015, *JCP, G, I*, 2015, n° 12, p. 318.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, *RCDIP*, 2013, p. 587.

GARE (T.)

- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2006, *RJPF*, 2006, n° 6, p. 19.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 17 oct. 2000, *JCP, N*, 2001, p. 1822.

- Note ss Cass.civ. 1^{ère}, 11 fév. 1997, *JCP, G, II*, 1997, p. 22820.
- Note ss Trib. Enfants Toulouse, 13 sept. 1988 et 2 fév. 1989, *D.*, 1990, p. 395.

GAUDEMET-TALLON (H.)

- Obs. ss CA Chambéry, 22 oct. 2013, *D.*, 2014, p. 1059.

GAURIAU (B.)

- Note ss Cass. soc., 15 févr. 2001, *Rev. dr. soc.*, 2001, p. 463.

GODECHOT-PATRIS (S.)

- Note ss CEDH, 22 juill. 2014, *Rouiller c/ Suisse, RJPF*, 2014, n° 10.

GOUTTENOIRE (A.)

- Obs. ss CEDH, 5 nov. 2015, *Henrioud c/ France, JCP, G, I*, 2015, n° 49, 1333.
- Note ss CEDH, 10 juil. 2012, *B. c/ Belgique, Rev. dr. fam.*, 2013, étude n° 3.
- Note ss CEDH, 12 juil. 2011, *Sneersone et Kampanella c/ Italie, Rev. dr. fam.*, 2012, étude n° 6.
- Obs. ss CEDH, 28 janv. 2011, *Nunez c/ Norvège, Rev. dr. fam.*, 2012, étude 10.
- Ob. ss Cons. constit., 28 janv. 2011, *JCP, G*, 2011, n° 29.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, *Enfant Laetitia, D.*, 2007, p. 2192.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, *Rev. dr. fam.*, 2006, comm. 157.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, *Rev. dr. fam.*, 2005, comm. 156.
- Note sous CE, 22 sept. 1997, *affaire Cinar, JCP, G, II*, 1998, 10051.

GRANET-LAMBRECHTS (F.)

- Obs. ss TGI Grenoble, 28 janv. 2008, *D.*, 2009, p. 773.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 24 fév. 2006, *D.*, 2006, pan. 1148.
- Note ss CA Rennes, 4 juill. 2002, *D.*, 2002, p. 2902.
- Obs. ss CA Paris, 19 mai 1992, *D.*, 1993, somm. 47.

GRIMALDI (M.)

- Obs. ss Cass. Civ. 2^{ème}, 14 déc. 1983, *Gaz. Pal.*, 1984, p. 1.

HAUSER (J.)

- Obs. ss CA Chambéry, 22 oct. 2013, *RTD civ.*, 2014, p. 89.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2012, *RTD civ.*, 2013, p. 96.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 12 avr. 2012, *RTD civ.*, 2012, p. 519.
- Obs. ss CA Lyon, 28 juin 2010, *RTD civ.*, 2011, p. 118.
- Obs. ss CEDH, 31 août 2010, *Gas et Dubois c/ France, RTD civ.*, 2011, p. 114.
- Obs. ss Cons. const., 29 juil. 2011, *RTD civ.*, 2011, p. 748.

- Obs. ss Cons. constit., 28 janv. 2011, *RTD civ.*, 2011, p. 326.
- Obs. ss CE 18 juin 2010, *RTD civ.*, 2010, p. 764.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 24 sept. 2008, *RTD civ.*, 2008, p. 660.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, *RTD civ.*, 2007, p. 315.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, *Enfant Laetitia*, *RTD civ.*, 2007, p. 330.
- Obs. ss CE, 6 déc. 2006, *RTD civ.*, 2007, p. 86.
- Obs. ss Cass. Civ. 1^{ère}, 24 fév. 2006, *RTD civ.*, 2006, p. 297.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 2005, *RTD civ.*, 2006, p. 105.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, *RTD civ.*, 2006, p. 101.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 8 nov. 2005, *RTD. civ.*, 2006, p. 101.
- Obs. ss Cass. ass. plén., 29 oct. 2004, *RTD civ.*, 2005, p. 104.
- Obs. ss TGI Paris, 2 juil. 2004, *RTD civ.*, 2005, p. 116.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 27 avr. 2004, *RTD civ.*, 2004, p. 487.
- Obs. ss Cass. com., 23 juin 2004, *RTD civ.*, 2004, p. 487.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 2004, *RTD civ.*, 2004, p. 487.
- Obs. ss CE 9 juil. 2003, *RTD civ.*, 2004, p. 69.
- Obs. ss TGI Lille, 5 juin 2002, *RTD civ.*, 2003, p. 270.
- Obs. ss Cass. com., 9 oct. 2001, *RTD civ.*, 2002, p. 489.
- Obs. ss TGI Paris, 27 juin 2001, *RTD civ.*, 2002, p. 84.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 2 mai 2001, *RTD civ.*, 2001, p. 565.
- Obs. ss Cass. soc., 15 févr. 2001, *RTD civ.*, 2001, p. 563.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 17 oct. 2000, *RTD civ.*, 2001, p. 565.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 15 oct. 1996, *RTD civ.*, 1997, p. 102.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 18 juil. 1995, *RTD civ.*, 1996, p. 133.
- Obs. ss Cass. civ. 2^{ème}, 29 avr. 1994, *RTD civ.*, 1994, p. 571.
- Obs. ss cass. plén., 11 déc. 1992, *RTD civ.*, 1993, p. 97.
- Obs. ss CA Toulouse, 18 nov. 1991, *RTD civ.*, 1993, p. 104.

HILT (P.)

- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2012, *AJ fam.*, 2013, p. 55.

HOCQUET-BERG (S.)

- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995, *LPA*, 23 août 1996, n° 102, p. 9.

JULLIOT DE LA MORANDIERE (L.)

- Note ss Chb. réunies, 8 mars 1939, *D.*, 1941, p. 37.

KOUMDADJI (A.)

- Note ss TI Lille, 7 sept. 2009, *D.*, 2010, n° 1, p. 6970.

LABBEE (X.)

- Note ss TGI Lille, 16 déc. 2014, *AJ fam.*, 2015, n° 3, p. 174
- Note ss CA Douai, 7^{ème} chb., sect. 1, 19 janv. 2012, *Rev. dr. fam.*, 2012, n° 7, p. 41.
- Note ss TGI Lille, 21 fév. 2006, *D.*, 2006, p. 1350.
- Note ss TGI Lille, 5 juin 2002, *D.*, 2003, p. 514.
- Note ss TGI Lille, 26 nov. 1999, *D.*, 2000, p. 254.

LARRIBAU-TERNEYRE (V.)

- Note ss Cass. soc., 23 mai 2012, *Rev. dr. fam.*, 2012, n° 7-8, comm. 114.
- Note ss Cons. constit., 29 juil. 2011, *Rev. dr. fam.*, 2011, n° 10, comm. 143.
- Note ss CA Montpellier, 1^{ère} ch., 4 janv. 2011, *Rev. dr. fam.*, 2011, n° 6, comm. 89.
- Note ss CE, 18 juin 2010, *Rev. dr. fam.*, 2010, n° 9, comm. 123.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 17 nov. 2010, *Rev. dr. fam.*, 2011, n° 1, comm. 2.
- Obs. ss Cass. crim., 5 oct. 2010, *Rev. dr. fam.*, 2011, n° 1, comm. 1.
- Obs. ss Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} avr. 2009, *Rev. dr. fam.*, 2009, n° 5, comm. 70.
- Note ss Cass. civ. 2^{ème}, 10 juill. 2008, *Rev. dr. fam.*, 2008, n° 10, comm. 137.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2007, *Rev. dr. fam.*, 2007, n° 10, comm. 185.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2007, *Rev. dr. fam.*, 2007, n° 10, comm. 188.
- Note ss CA Metz, ch. famille, 17 avr. 2007, *K. Z. c/ Z.*, *Rev. dr. fam.*, 2007, n° 10, comm. 187.
- Note ss CA Aix-en-provence, 20 juin 2006, *Rev. dr. fam.*, 2006, n° 12, comm. 202.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 31 janv. 2006, *Rev. dr. fam.*, 2006, n° 4, comm. 83.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2006, *Rev. dr. fam.*, 2006, n° 6, comm. 133.
- Note ss CA Aix-en-Provence, 28 juin 2005, *Rev. dr. fam.*, 2006, n° 2, comm. 24.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 19 avr. 2005, *Rev. dr. fam.*, 2005, n° 6, comm. 127.
- Note ss CA Pau, 4 avr. 2005, *Rev. dr. fam.*, 2005, n°7-8, comm. 152.
- Note ss CA Montpellier, 11 oct. 2004, *Rev. dr. fam.*, 2005, n° 3, comm. 49.
- Note ss Cass. com., 23 juin 2004, *Rev. dr. fam.*, 2004, n° 10, comm. 168.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 27 avr. 2004, *Rev. dr. fam.*, 2004, n° 9, comm. 140.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 2004, *Rev. dr. fam.*, 2004, n° 10, comm. 168.

LEBORGNE (A.)

- Note ss Cons. Constit., 28 janv. 2011, *RJPF*, 2011, n° 3.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, *RJPF*, 2007, n° 5.

LECUYER (H.)

- Note ss CA Douai, 12 déc. 2002, *Rev. dr. fam.*, 2003, comm. 86.
- Note ss Cass. com., 9 oct. 2001, *Rev. dr. fam.*, 2002, n° 2, comm. 18.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, *Rev. dr. fam.*, 2002, n° 3, comm. 28.
- Obs. ss CA Paris, 4 oct. 2000, *Rev. dr. fam.*, 2001, n° 3, comm. 28.
- Obs. ss Cass. civ. 2^{ème}, 15 juin 2000, *Rev. dr. fam.*, 2000, n° 10, comm. 111.
- Note ss CA Toulouse, 6 mars 2000, *Rev. dr. fam.*, 2000, n° 10, comm. 106.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 12 nov. 1998, *Rev. dr. fam.*, 1999, comm. 12.
- Obs. ss CA Bordeaux, 17 juin 1998, *Rev. dr. fam.*, 1999, comm. 1.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juil. 1997, *Rev. dr. fam.*, 1997, comm. 153.
- Obs. ss Cass. civ. 2^{ème}, 4 juin 1997, *Rev. dr. fam.*, 1998, comm. 176.
- Note ss CA Bordeaux, 25 mars 1997, *Rev. dr. fam.*, 1997, comm. 132.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 11 fév. 1997, *Rev. dr. fam.*, 1997, comm. 56.

LEMOULAND (J.-J.)

- Obs. ss CA Chambéry, 22 oct. 2013, *D.*, 2013, p. 1342.
- Obs. ss Cons. const., 29 juillet 2011, *D.*, 2012, 983.
- Note ss Civ. 1^{ère} 4 juin, 2009, *D.*, 2009, p. 1610.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2007, *D.*, 2008, pan., 1793.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, *D.*, 2007, p. 1561.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 24 fév. 2006, *D.*, 2006, p. 1421.
- Obs. ss CE, 9 juil. 2003, *D.*, 2004, somm. 2967.
- Obs. ss TGI Paris, 27 juin 2001, *D.*, 2003, p. 1941.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 2 mai 2001, *D.*, 2002, somm. 612.
- Obs. ss Cass. soc., 15 févr. 2001, *D.*, 2002, somm. 535.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 17 oct. 2000, *D.*, 2002, p. 612.

LIBCHABER (R.)

- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 15 oct. 1996, *D.*, 1997, somm. 177.

LIENHARD (C.)

- Note ss TGI d'Argentan, 23 juin 1988, *D.*, 1989, p. 411.

MARGUENAUD (J.-P.)

- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, *RTD civ.*, 2007, p. 287.
- Note ss CEDH, 6 juil. 2010, *Neulinger et Churuck c/ Suisse*, *RTD civ.*, 2010, p. 735.

MARRAUD DES GROTTES (G.)

- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 7 oct. 2003, *Rev. Lamy dr. civ.*, 2004, janv., n° 30.

MASSIP (J.)

- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 2005, *Defr.*, 2006, p. 1066.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 27 janv. 2004, *Defr.*, 2004, p. 1232.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 7 oct. 2003, *Defr.*, 2004, p. 159.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 20 mai 2003, *LPA*, 15 mars 2004, p. 17.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 2 mai 2001, *Defr.*, 2001, p. 1003.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 17 oct. 2000, *Defr.*, 2001, p. 93.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 21 novembre 1995, *D.*, 1996, p. 468.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 1994, *Defr.*, 1995, art. 36024.
- Obs. ss Cass. civ. 2^{ème}, 29 avr. 1994, *LPA*, 1996, n° 2, p. 7.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 1991, *Defr.*, 1991, p. 942.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 11 janv. 1984, *Defr.*, 1984, p. 1003.
- Note ss Cass. civ. 2^{ème}, 23 avr. 1980, *Gaz. Pal.*, 1981, 1, 89.

MAYER (D.)

- Note ss CA Paris, 25 sept. 1986, *D.*, 1987, p. 134

MESTRE (J.)

- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 11 janv. 1984, *RTD civ.*, 1985, p. 171.

MEYZEAUD-GARAUD (M.-C.)

- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2007, *RJPF*, 2007, n° 10, p. 26.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, *RJPF*, 2005, n° 4, p. 36.

MILHAC

- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 15 oct. 1996, *Defrénois*, 1997, p. 923.

MONÉGER (F.)

- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 9 juil. 2002, *Rev. dr. patr.*, 2002, 109, p. 113.

MUIR-WATT (H.)

- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 1994, *Rev. crit. DIP*, 1995, p. 96.

MURAT (P.)

- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, *Rev. dr. fam.*, 2007, n° 5, comm. 105.
- Note ss Cass. Civ. 1^{ère}, 4 juil. 2006, *Rev. dr. fam.*, 2006, n° 10, p. 25.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 24 fév. 2006, *Rev. dr. fam.*, 2006, n° 4, comm. 89.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 2005, *Rev. dr. fam.*, 2006, n° 2, comm. 27.
- Note ss CA Paris, 10 nov. 2004, *Rev. dr. fam.*, 2005, n° 5, comm. 101.
- Note ss TGI Paris, 2 juil. 2004, *Rev. dr. fam.*, 2005, comm. 4.

- Obs. ss TGI Paris, 27 juin 2001, *Rev. dr. fam.*, 2001, comm. 116.

NEIRINCK (C.)

- Note ss TGI Nantes, 13 mai 2015, *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 7-8, comm. 145.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 19 nov. 2014, *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 2, comm. 31.
- Note ss Cass., avis, 22 sept. 2014, *Rev. dr. fam.*, 2014, n° 11, comm. 160.
- Note ss CEDH, 5^{ème} sect., 26 juin 2014, *Menesson et Labassée c/ France*, *Rev. dr. fam.*, 2014, comm. 128.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 26 juin 2013, *Rev. dr. fam.*, 2013, n° 9, comm. 118.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 24 oct. 2012, *Rev. dr. fam.*, 2013, n° 1, comm. 9.
- Obs. ss CEDH, 22 janvier 2008, *Mlle B c/ France*, *Rev. de droit sanit. et soc.*, 2008, p. 380.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 24 fév. 2006, *Rev. dr. sanit. soc.*, 2006, p. 578.

NIBOYET (M.-L.)

- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 20 mai 2003, *Gaz. Pal.*, 18 nov. 2003, p. 20.

PERROUIN (L.)

- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 2 mai 2001, *Rev. dr. fam.*, 2001, comm. 79.

PREVAULT

- Note ss CA Aix-en-provence, 22 juin 1978, *D.*, 1978, p. 192.

PRETOT (X.)

- Obs. ss Cass. soc., 15 févr. 2001, *D.*, 2001, somm. 2249.

PUTMAN (E.)

- Note ss cass. soc., 23 mai 2012, *RJPF*, 2012-07-08/11.

RAOUL-CORNEIL (G.)

- Obs. ss Cass. civ. 2^{ème}, 4 avr. 2013, *AJ fam.*, 2013, p. 300.

REBOURG (M.)

- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 24 fév. 2006, *JCP, G, I*, 2006, 199.

RÉGLIER (A.-C.)

- Obs. ss CA Rouen, ch. fam., 22 oct. 2015, *Rev. dr. fam.*, 2016, n° 2, comm. 21.
- Obs. ss CA Chambéry, 6 oct. 2015, *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 12, comm. 218.
- Obs. ss CA Nancy, 3^{ème} ch. civ., 29 mai 2015, *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 10, comm. 182.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 18 mars 2015, *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 6, comm. 123.
- Obs. ss CA Metz, 1^{ère} ch., 8 janv. 2015, *Rev. dr. fam.*, 2015, n° 4, comm. 70.

RUBBELIN-DEVICHI (J.)

- Obs. ss CA Rennes, 4 juill. 2002, *JCP, G, I*, 2003, p. 101.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 13 déc. 1989, *RTD civ.*, 1990, p. 254.

REMY (P.)

- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 14 oct. 1981, *JCP, N*, 1983, II, p. 54.

SALVAGE-GEREST (P.)

- Obs. ss CA Toulouse, 10 fév. 2015, *AJ fam.*, 2015, p. 220.

SAULIER (M.)

- Note ss CA Rennes, 2 juin 2015, *AJ fam.*, 2015, p. 401.

SIFFREIN-BLANC (C.)

- Obs. ss CEDH, 16 juin 2011, *Pascaud c/ France, D. actu.*, 5 juil. 2011.
- Obs. ss Cons. const., 28 janv. 2011, *D. actu.*, 7 février 2011.
- Obs. ss CEDH, 31 août 2010, *AJ fam.*, 2010, p. 433.
- Obs. ss CA Lyon, 28 juin 2010, *AJ fam.*, 2010, p. 490.

SUDRE (F.)

- Obs. ss CEDH, 3 sept. 2015, *M. et M. c/ Croatie, JCP, G, I*, 2016, n° 3, 65.
- Obs. ss CEDH, 30 juin 2015, *Khoroshenko c/ Russie, JCP, G, I*, 2016, n° 3, 65.
- Note ss CEDH, 6 déc. 2007, *Maumousseau et Washington c/ France, JCP, G*, 2011, p. 94.
- Note ss CEDH, 28 nov. 2002, *Lavents c/ Lettonie, JCP, G, I*, 2003, p. 109.
- Obs. ss CEDH, 28 sept. 2000, *Messina c/ Italie, JCP, G, I*, 2001, p. 291.
- Obs. ss CEDH, 22 avril 1997, *X, Y et Z c/ Royaume-Uni, JCP, G, I*, p. 107.

TAVERNIER (P.)

- Obs. ss CEDH, 24 mars 1988, *Olssen c/ Suède, JDI*, 1989, p. 789.

TORICELLI-CHRIFI (S.)

- Note ss Cass. civ. 2^{ème}, 23 janv. 2014, *Rev. dr. fam.*, 2014, n° 4, comm. 63.

VACHET (G.)

- Note ss Cass. civ. 2^{ème}, 22 mai 2007, *JCP, S*, 2007, p. 1524.

VAREILLES (B.)

- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2009, *RTD civ.*, 2010, p. 800.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 2 mai 2001, *RTD civ.*, 2001, p. 556.

VAUVILLE (F.)

- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 24 sept. 2008, *RJPF*, 2008-12/19.
- Note ss Cass. com., 23 juin 2004, *RJPF*, 2004-10/22.

VIAL-PEDROLETTI (B.)

- Note ss Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} avr. 2009, *Rev. Loyers et copro.*, 2009, comm. 140.

VIGANOTTI (E.)

- Note ss CEDH, 3^{ème} sect., 28 avr. 2015, *AJ fam.*, 2015, p. 347.
- Note ss CEDH, 5^{ème} sect., 15 janv. 2015, *AJ fam.*, 2015, p. 101.
- Note ss CEDH, 10 juil. 2012, *B. c/ Belgique*, *AJ fam.*, 2012, p. 562.

VIGNEAU (D.)

- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 20 fév. 2007, *D.*, 2007, p. 1047.
- Note ss Cass. civ. 1^{ère}, 24 fév. 2006, *D.*, 2006, juris. 897.
- Obs. ss Cass. com., 23 juin 2004, *D.*, 2004, somm. 2969.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 27 avr. 2004, *D.*, 2004, 2968.
- Note ss Cass. ass. plén., 29 oct. 2004, *D.*, 2004, p. 3175.
- Obs. ss Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai, *AJ fam.*, 2004, p. 2969.
- Obs ss Cass. civ. 1^{ère}, 27 janv. 2004, *D.*, 2004, p. 268.

VRAY (H.)

- Obs. ss Cass. civ. 2^{ème}, 29 avr. 1994, *Gaz. Pal.*, 25-29 août 1995, p. 14.

2. En droit maghrébin

a) Décisions des Cours suprêmes

- Cour cass. maroc., 20 janv. 2015, dossier n° 192/2/1/2014, n°2/25.
- Cour. cass. maroc., 25 mars 2014, dossier n° 35/2/1/2013, n° 230.
- Cour cass. maroc, 4 mars 2014, dossier n° 291/2/1/2012, n° 175.
- Cour cass. maroc., 4 oct. 2011, dossier n° 285/2/1/2010, n° 534.
- Cour cass. maroc., 28 juin 2011, n° dossier 361/2/1/2010, n° 390.
- Cour cass. maroc., 14 juin 2011, dossier n° 364/2/1/2010, n° 346.
- Cour cass. maroc., 31 mai 2011, dossier n° 210/1/2/431, n° 310.
- Cour cass. maroc., 24 mai 2011, dossier n° 622/2/1/2009, n° 286.
- Cour cass. maroc., 8 fév. 2011, dossier n° 148/2/1/2009, n° 51.

- Cour cass. maroc., 31 août 2010, dossier n° 173/1/2/2009, n° 388.
- Cour cass. maroc., 17 août 2010, dossier n° 116/2/1/2009, n° 370.
- Cass. civ. tun., 30 juin 2009, n° 26905/2008.
- Cour suprême, 11 juin 2008, dossier n° 562/2/1/2007, n° 326.
- Cour supr. maroc., 31 déc. 2008, dossier n° 371/2/1/2008, n° 598.
- Cour suprême, 12 nov. 2008, dossier n° 298/2/1/2008, n° 527.
- Cour suprême, 24 sept. 2008, dossier n° 198/2/1/2007, n° 440.
- Cour suprême, 3 sept. 2008, dossier n° 233/2/1/2007, n° 415.
- Cour suprême, 16 janv. 2008, dossier n° 34/2/1/2007.
- Cour suprême, 7 nov. 2007, dossier n° 362/2/1/2007, n° 566.
- Cour suprême, 18 juil. 2007, dossier n° 667/2/1/2006, n° 411.
- Cour suprême, 9 mai 2007, dossier n° 181/2/1/2005, n° 254.
- Cass. civ. tun., 16 janv. 2007, n° 2006/4487.
- Cour suprême, 10 janv. 2007, dossier n° 101/2/1/2006.
- Cour suprême, 29 nov. 2006, dossier n° 326/2/1/2005, n° 679.
- Cour suprême, 22 nov. 2006, dossier n° 118/2/2/2006.
- Cour suprême, 31 mai 2006, dossier n° 627/2/1/2004, n° 348.
- Cour suprême, 18 avr. 2006, dossier n° 282/2/1/2006.
- Cour suprême, 22 fév. 2006, dossier n° 386/2/2/2005, n° 115.
- Cour suprême, 18 janv. 2006, n° 2005/1/2/108.
- Cour suprême, 26 oct. 2005, dossier n° 293/2/1/2005, n° 492.
- Cour suprême, 30 déc. 2004, dossier n° 2003, n° 658.
- Cour suprême, 24 janv. 2001, arrêt n° 90.
- Cour suprême, 18 janv. 2001, n° 79.
- Cour suprême, 7 sept. 2000, n° 821.
- Cass. civ. tun., 13 mai 1997, n° 56315.
- Cass. civ., 18 nov. 1996, n° 43-354.
- Cour suprême, 25 janv. 1994, dossier n° 87/5556, n° 16.
- Cour suprême, 8 sept. 1992, dossier n° 87/5457, n° 966.
- Cour suprême, 15 sept. 1991, dossier n° 91/217, n° 527.
- Cass. civ. tun., 2 juin 1991, n° 26431.
- Cour suprême, 19 fév. 1990, dossier n° 59013.
- Cass. civ. tun., 15 mai 1984, n° 9976.
- Cour suprême, 30 mars 1983, dossier n° 54758.
- Cour suprême, 15 sept. 1981, n° 527.

- Cour suprême, chambre civile, 23 fév. 1977, arrêt n° 139.
- Cass. civ. tun., 23 avr. 1975, n° 9853.
- Cour suprême, 5 juil. 1974, arrêt n° 250.
- Cass. civ. tun., 6 mars 1973, n° 9210.
- Cass. civ. tun., 27 juin 1973, n° 7795.

b) Décisions des juridictions inférieures

- TPI Salé, 29 août 2012, dossier n° 531/12/1606, n° 814.
- TPI Salé, 18 juil. 2012, dossier n° 2262/11/1607, n° 1947.
- TPI Tadla, 5 déc. 2006, dossier n° 06/9/214, n° 489.
- TPI Tétouan, 27 nov. 2006, dossier n° 858/2006/13, n° 1487.
- CA Settat, 1^{er} nov. 2006, n° dossier 1960/02, n° 835/06.
- TI Larache, 20 oct. 2006, n° 458/06.
- CA Rabat, 12 juin 2006, n° 171.
- TPI Tunis, 6 mai 2006, n° 59121.
- CA Laâyoune, 21 mars 2006, dossier n° 02/2006.
- TPI Marrakech, 13 janvier 2005, dossier n° 3269/8/2004.
- TPI Marrakech, 6 mai 2004, dossier n° 04/8/192, n° 1307.
- CA Rabat, 19 avr. 2004, dossier n° 1214/03/10, n° 904.
- TPI Manouba, 2 déc. 2003, n° 16189/53.
- TPI Manouba, 28 oct. 2003, n° 16198.
- TPI Sousse, 29 fév. 2000, n° 40376.
- TPI Tunis, 6 déc. 1999, n° 31968.
- TPI Tunis, 22 nov. 1999, n° 31846.
- TPI Tunis, 29 juin 1999, affaire n° 26-855.
- TPI Tunis, 21 juin 1999, n° 29840.
- TPI Sfax, 11 juin 1999, n° 41164.
- TPI Tunis, 10 mai 1999, n° 29308.
- TPI Gafsa, 21 fév. 1994, n° 43979.
- TPI Tunis, 2 juin 1992, n° 93620.
- TPI Sousse, 27 juil. 1976, n° 11005.
- TPI Sousse, 17 janv. 1974, n° 3411.

V. AUTRES ELEMENTS

1. Presse généraliste française et marocaine

- *Le Matin* du 20 octobre 2015, « Rapport analytique du CNDH sur la parité. Le gouvernement appelé à accélérer la mise en œuvre des dispositions constitutionnelles », par J. GATTIOUI.
- *Le Monde* du 2 juillet 2015, « GPA : la France doit prendre la maternité au sérieux », par I. THERY.
- *Le Monde* du 1^{er} juillet 2015, « Un droit de la filiation à géométrie variable », par J. COURDURIES, M. GROSS, M. GOURARIER.
- *Le Matin* du 20 avril 2015, « Organisation arabe de la famille, Le prix de la personnalité de l'année 2015 décerné à S.M. le Roi ».
- *Jeune Afrique* du 17 mars 2015, « Avortement au Maroc : Mohamed VI veut des propositions de réforme d'ici à un mois », par E. BLUM.
- *Le Matin* du 10 juillet 2014, « Code de la famille, le mariage des mineurs gagne du terrain », par A.L.
- *Jeune Afrique* du 11 février 2014, « Homosexualité : au Maroc, on se cache pour s'aimer », par Y. AÏT AKDIM.
- *Le Matin* du 8 février 2014, « Le Code de la famille, dix ans après », par P. MAINGRE, H. EL HAITI, Y. MOUTMAÏNE.

2. Liens internet

- Site du Ministère français de la justice : www.justice.gouv.fr
- Site du Ministère marocain de la justice et des libertés : www.justice.gov.ma
- Secrétariat Général du Gouvernement marocain : www.sgg.gov.ma
- Site de la Cour de cassation : www.coursupreme.ma
- Portail juridique et judiciaire du Ministère de la Justice et des Libertés du Maroc : www.adala.justice.gov.ma
- Site du Ministère tunisien de la justice et des droits de l'homme : www.e-justice.tn
- Site du Ministère algérien de la justice : www.mjustice.dz

TABLES DES MATIERES

TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

GLOSSAIRE

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	1
PREMIERE PARTIE : LA PRIVATISATION DES LIENS DE FAMILLE	29
TITRE PREMIER. LE LIEN MATRIMONIAL FONDEMENT DU LIEN FAMILIAL	31
Chapitre premier. Une conception de la famille commune aux deux rives de la Méditerranée	34
Section 1. Le mariage occidental	36
§1) La dimension morale du mariage chrétien.....	37
A) Le point de vue philosophique.....	38
B) Le point de vue religieux	42
§2) Vers une approche contractuelle du mariage	47
A) L'affaiblissement du caractère religieux du mariage	48
B) La consécration du mariage civil républicain	55
Section 2. Le mariage musulman	62
§1) L'organisation familiale anté-islamique : une structure désorganisée.....	63
§2) L'organisation familiale islamique : le mariage fondateur de la famille.....	65
A) Détermination du cadre politico-religieux	65
1- Un message divin imparfaitement compris ?	65
2- Une relecture possible de la tradition religieuse	67
3- Une contestable politisation de la vie sociale.....	71
B) La conception islamique du mariage	74
§3) Le mariage dans les droits positifs des pays musulmans	77
Conclusion du chapitre premier.....	84
Chapitre second. Une conception de la famille renouvelée sur les deux rives de la Méditerranée	86
Section 1. La transformation de la conception juridique du mariage occidental	88
§1) La situation concurrentielle des époux pendant le mariage	88
§2) Le droit de libre rupture du mariage.....	91
A) La première phase : la libéralisation du droit du divorce	92
B) La consécration du droit au divorce : un aboutissement.....	95
Section 2. La lente progression vers l'égalité dans les rapports familiaux au Maroc	102
§1) Les droits interpersonnels conjugaux	103
A) L'accès au mariage	103
B) L'accès au divorce	107
§2) Les droits patrimoniaux.....	114
A) L'introduction du contrat dans la gestion des acquêts.....	114
B) L'immutabilité du droit successoral	117
Conclusion du chapitre second	120
Conclusion du titre premier.....	122

TITRE SECOND. LE LIEN FAMILIAL DETACHE DU LIEN MATRIMONIAL.....	124
Chapitre premier. Du lien familial au lien parental.....	126
Section 1. La coparentalité renforcée au profit des parents	127
§1) La coparentalité imposée	128
A) Les normes internationales et régionales incitant à la coparentalité	129
B) L'incitation au respect d'un modèle de coparentalité	136
1- En droit français.....	137
2- En droit maghrébin	142
§2) La coparentalité réfléchie.....	143
A) Un préalable : le changement de culture judiciaire.....	145
B) La médiation familiale : un cadre juridique en cours d'élaboration.....	148
1- En droit français.....	148
α) La recherche d'une spécificité de la médiation familiale.....	150
β) Médiation familiale et convention de procédure participative	158
2- En droit maghrébin	165
α) Inexistence d'un cadre propre à la médiation familiale.....	165
β) Un cadre en cours d'élaboration.....	168
Section 2. La coparentalité dans l'intérêt de l'enfant	172
§1) Une protection commune de l'intérêt de l'enfant	172
A) Les fondements de la protection	172
1- L'approche occidentale en termes d' « intérêt de l'enfant »	173
2- L'approche islamique des « droits de l'enfant »	176
B) Les moyens de la protection.....	178
1- La parole de l'enfant.....	178
2- La protection judiciaire de l'enfant en droit français	186
3- La protection judiciaire de l'enfant en droit marocain	189
§2) Une protection insuffisante de l'intérêt de l'enfant	191
A) La coparentalité interdite en droit musulman	191
B) La coparentalité déficiente en droit français.....	193
1- Coparentalité et incarcération	194
α) Le lien parental ignoré du droit pénitentiaire	194
β) La nécessaire considération du lien parental par le droit pénitentiaire	201
2- Coparentalité et déplacements illicites	204
α) L'appréciation de l'intérêt de l'enfant au regard des règles internes de l'autorité parentale.....	206
β) L'appréciation de l'intérêt de l'enfant au regard des conventions bilatérales : le cas de la convention franco-marocaine	214
Conclusion du chapitre premier.....	222
Chapitre second. Du lien familial aux liens familiaux.....	224
Section 1. La contractualisation des rapports familiaux et les stratégies patrimoniales	225
§1) Le phénomène de recomposition familiale.....	226
A) Le renouvellement de la famille recomposée	226
B) Les moyens juridiques en faveur de la famille recomposée	229
1- La possibilité de créer un lien de parenté.....	231
2- Les instruments non créateurs d'un lien de parenté	236
α) Le recours au dispositif d'aide à la parentalité par les parents	237
β) Le recours au dispositif d'aide à la parentalité par les tiers	241
§2) La dimension patrimoniale liée à la recomposition familiale	247
A) La nécessité d'une stratégie patrimoniale adéquate.....	247
1- Le choix du régime matrimonial.....	247
2- La transmission anticipée du patrimoine	250
B) L'obligation naturelle aux aliments.....	255
Section 2. La protection juridique de la pluri-parenté	261
§1) L'inutilité du statut de beau-parent	261
A) Difficultés liées à l'identification du beau-parent.....	262
B) Difficultés liées à l'élaboration d'un statut	264
§2) La reconnaissance du lien avec le beau-parent.....	266

A) Au profit du quotidien beau-parental	266
B) En vue d'un engagement durable	270
Conclusion du chapitre second	273
Conclusion du titre second	274
Conclusion de la première partie	276

SECONDE PARTIE : LA DÉMATRIMONIALISATION DES LIENS DE FAMILLE 279

TITRE PREMIER. LA CONSECRATION JURIDIQUE DE NOUVELLES CONJUGALITES 281

Chapitre premier. L'insertion des unions hors-mariage dans le Code civil	282
Section 1 : Le lien matrimonial concurrencé	283
§1) Le couple non marié révélé par la vie commune	285
§2) Le couple non marié gouverné par le principe de liberté	291
A) La liberté encadrée durant la vie de couple	291
1- Sur le plan personnel	291
α) L'exigence de respect	292
β) Le devoir d'assistance	295
Ω) Un devoir de fidélité ?	298
2- Sur le plan patrimonial	302
α) La contribution aux charges de la vie commune	302
β) La solidarité à l'égard des dettes	305
Ω) Le logement du couple	308
3- Hors du droit civil	310
B) La liberté dans la rupture	313
1- La rupture du concubinage	314
2- La rupture du Pacs	317
§3) Vers un régime impératif conjugal	318
Section 2. Le lien matrimonial dénaturé	327
§1) La revendication d'un droit à la vie familiale par les couples de même sexe	327
A) Les revendications d'accès à la conjugalité	327
1- La problématique de la différenciation sexuelle au sein du couple	328
2- La réponse apportée par le droit	334
B) La revendication d'un droit à l'adoption	336
§2) L'obtention du droit au mariage par les couples homosexuels	340
§3) L'indifférence consécutive des sexes	344
A) Un traitement égalitaire des sexualités conjugales	344
B) Un traitement indifférencié des sexualités conjugales	349
Conclusion du chapitre premier	353
Chapitre second. L'exportation du modèle familial français outre-méditerranée	355
Section 1. Le droit international privé, vecteur d'une exportation indirecte	356
§1) La pratique du concubinage par les français binationaux	356
A) Le mariage coutumier au Maghreb	356
B) L'exportation du mariage coutumier en France	361
1- La dimension socio-juridique du sentiment d'appartenance	361
2- Le concubinage « <i>halalisé</i> »	364
§2) L'exportation de l'union homosexuelle au-delà des frontières françaises	367
A) L'admission controversée du mariage homosexuel franco-marocain	367
B) Les conséquences en droit international privé	371
Section 2. La protection du modèle familial islamique, obstacle certain à l'exportation	379
§1) Une exportation du contenant	379
A) Le Code civil français, modèle de codification imposé	379
B) Le Code marocain de la famille, reflet d'une culture juridique propre	383
§2) Une exportation du contenu	384
A) L'ordre public religieux, obstacle à l'exportation	385
1- La spécificité de l'ordre public en droit marocain	386

2- Les composantes internationales de l'ordre public en droit marocain	388
B) La nécessaire réhabilitation de la place du donné religieux	394
Conclusion du chapitre second	396
Conclusion du titre premier.....	398
TITRE SECOND. LA METAMORPHOSE JURIDIQUE DE LA PARENTE.....	400
Chapitre premier. L'unité de la filiation inhérente à la procréation.....	402
Section 1. L'évolution du concept de filiation en droit français	403
§1) L'égalité du statut de l'enfant naturel et de l'enfant légitime	403
A) L'humanité du législateur à l'égard de l'enfant né hors mariage.....	404
B) La refonte du droit français de la filiation	409
§2) L'égalité en matière de droits parentaux	413
A) L'ascension de l'exercice conjoint de l'autorité parentale.....	413
B) La résidence alternée en quête d'égalité	419
Section 2. La fidélité du droit maghrébin de la filiation au modèle familial islamique.....	425
§1) La parenté légitime, mode privilégié d'établissement de la filiation	426
A) La force de la présomption de paternité.....	426
1- Un mode non volontaire d'établissement de la filiation	427
2- Les modes volontaires d'établissement de la filiation	429
B) La présomption de paternité écartée	434
1- En mariage.....	434
2- Hors mariage	438
§2) Une conception particulière de l'autorité parentale	442
A) Des prérogatives parentales sexuées.....	443
B) Des prérogatives parentales inégalitaires	445
Conclusion du chapitre premier.....	449
Chapitre second. L'unité de la filiation construite sur l'engendrement	450
Section 1. Le projet parental, socle de la famille	453
§1) La volonté dans la conception de l'enfant	453
A) Le droit de ne pas donner la vie.....	453
1- Corollaire du principe de libre disposition du corps	454
2- La conception islamique du corps et de la vie humaine	456
B) L'encadrement procédural lié au choix de la conception	459
§2) La volonté dans la naissance de l'enfant.....	461
A) L'enfant manipulé	461
1- En droit français.....	462
α)Le préalable à l'insémination : l'apport de gamètes	462
β)La procréation médicalement assistée (AMP).....	467
Ω) La gestation pour autrui.....	470
2- En droit maghrébin	477
B) L'enfant nié	483
Section 2. L'accès à l'enfant <i>pour tous</i>	489
§1) La nécessité de repenser le lien de filiation	490
A) La volonté, fondement post-moderne exclusif du lien de filiation ?.....	491
B) Vers la filiation monosexuée	495
§2) Quel avenir pour l'enfant	498
Conclusion du chapitre second	503
Conclusion du titre second	504
Conclusion de la seconde partie	506
Conclusion générale	508
INDEX THEMATIQUE	511

BIBLIOGRAPHIE	523
I. OUVRAGES GENERAUX.....	523
II. OUVRAGES SPECIAUX.....	532
III. ÉTUDES DOCTRINALES ET ARTICLES.....	560
IV. NOTES, OBSERVATIONS ET CONCLUSIONS.....	608
V. AUTRES ELEMENTS.....	623
TABLE DES MATIERES.....	625

